

JOSÉ ANTONIO DA SILVA

Benefício Previdenciário:

AUXÍLIO-RECLUSÃO

(Regime Geral da Previdência Social)

PUC/SÃO PAULO

Abril de 2.009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Programa de Pós-Graduação em Direito “*Stricto Sensu*”
Direito das Relações Sociais
Direito Previdenciário

Orientadora: **Carla T. Martins Romar**

Orientado: **José Antonio da Silva**

Benefício Previdenciário:
AUXÍLIO-RECLUSÃO
(Regime Geral da Previdência Social)

PUC/SÃO PAULO

Abril de 2.009

JOSÉ ANTONIO DA SILVA

Benefício Previdenciário:
AUXÍLIO-RECLUSÃO
(Regime Geral da Previdência Social)

*Trabalho de Dissertação apresentado à Banca Examinadora como exigência parcial para a obtenção do título **MESTRE EM DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS**, no Curso de Pós-Graduação "Stricto Sensu", na sub-área de concentração de **DIREITO PREVIDENCIÁRIO**, sob a orientação da Prof^a. Dra. Carla Teresa Martins Romar*

PUC/SÃO PAULO

Abril de 2.009

AVALIAÇÃO NO EXAME DE QUALIFICAÇÃO PARA FINS DE APRESENTAÇÃO FINAL DA DISSERTAÇÃO À BANCA EXAMINADORA COMO EXIGÊNCIA PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO TÍTULO DE MESTRE NA ÁREA DE DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS, SUB ÁREA DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO.

AGRADECIMENTOS

À DEUS, pelas qualidades pretéritas, presentes e futuras que me foram, são e serão ofertadas, sempre objetivando em servir cada vez mais o próximo; aos amigos docentes e discentes, pelos estímulos e solidariedade; ao Prof. Dr. Wagner Balera, pelos ensinamentos para o caminho de mais uma habilitação à docência e à doutrina do direito.

DEDICATÓRIA

Às minhas três mulheres, meus três amores distintos: *Genny*, “*in memoria*”, por ter me dado a vida física e os ensinamentos para viver com dignidade; *Maria*, por me dar uma vida conjugal harmoniosa e dinâmica; *Juliana*, por me retribuir com gratidão e carinho o eterno amor paterno.

Palavras chaves: auxílio-reclusão, benefício, regime geral da previdência social.

Apresenta este trabalho uma análise praticamente de todas as modalidades de penas e de prisões existentes na legislação pátria, tidas como um dos requisitos para a obtenção do benefício *auxílio-reclusão*, seja este decorrente de práticas de ilícitos criminais ou civis.

Por se tratar de um benefício que objetiva a proteção dos dependentes do segurado recluso, em razão da prisão deste, são examinados com circunspeção, o significado do enunciado dependentes e a relação taxativa de dependentes, bem como dissertado com proficuidade sobre a existência de exceções nela constantes. Outros requisitos normativos também são analisados, como *v.g.*, sujeitos, termo inicial, termo final suspensão, cessação, renda mensal inicial, abono, acumulação, efeitos da morte, ainda que presumida.

Como trabalho científico, fruto do ambiente acadêmico em ritmo acelerado e bem conjugado, de indagações sutis e de estímulos intelectuais que o convívio no ambiente acadêmico de pós-graduação “*stricto sensu*” entre o corpo docente e discente, incitam ao pensamento e provocam novos pensamentos e pesquisas, bem como fruto da experiência vivida no plano prático da aplicação do Direito das Relações Sociais, incluindo a sub área do Direito Previdenciário, ele contém críticas, incluindo inconstitucionalidade de normas e, sugestões de mudanças normativas (acréscimos e revisões), sempre sob o pretexto de aperfeiçoamento do benefício em comento.

Key words: aid-confinement, benefit, the general welfare in Social Security.

This work presents an analysis of basically all forms of punishment and prisons that there has been in homeland legislation, taken as a requirement for obtaining allowance benefit aid-imprisonment, whether as a result of criminal or civil illegal practices.

Because it is a benefit aimed at protecting the dependents of the insurrected inmate in prison in reason of that are examined with circumspection, the meaning of the utterance and the dependent relationship of dependents exhaustive and lectured about the usefulness of the existence of exceptions contained in it. Other regulatory requirements are also analyzed, as e.g., subjects, initial term, the final term suspension, termination, initial monthly rent, allowance, accumulation, effects of death, even assumed.

As a scientific work, due to the academic environment at a fast pace and well combined, and the subtle questions of intellectual stimulation that living in an academic graduate “*stricto sensu*” between faculty and students, to encourage thought and provoke new thoughts and research, as well as the fruit of experience in practice of the application of Social Relations, including the sub area of Social Security Law, it contains criticism, including unconstitutionality of rules and suggestions for regulatory changes (additions and revisions), always under the pretext of improving the benefit under discussion.

S U M Á R I O

INTRODUÇÃO	13
Capítulo 1 – PROTEÇÃO NA PREVIDENCIA SOCIAL	18
1.1. Conceito de Previdência Social.....	18
1.2. O surgimento da proteção previdenciária	19
1.3. Riscos sociais protegidos.....	21
1.4. Determinada necessidade social	23
Capítulo 2 – MODALIDADES DE PENAS QUE PODEM GERAR O BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO	25
2.1. Espécies de penas	25
2.2. Penas privativas de liberdade	28

2.2.1. Infrações inafiançáveis	32
2.3. Penas restritivas de direitos	35
2.3.1. Conversão de penas.....	37
2.4. Penas de multa	38

Capítulo 3 – MODALIDADES DE PRISÕES QUE PODEM GERAR O BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO

3.1. Espécies de prisões	41
3.2. Prisão em flagrante	43
3.3. Prisão preventiva	45
3.4. Prisão temporária	46
3.5. Prisão em razão de pronúncia	48
3.6. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível	49
3.7 Prisão decorrente de confirmação de sentença condenatória ou de condenação em nível recursal	49
3.8. Prisão decorrente da recaptura de réu evadido	50
3.9. Prisão de menor por prática de ato infracional	50
3.10. Prisão administrativa	51
3.11. Prisão decorrente de estado de defesa ou estado de sítio	52
3.12. Prisão decorrente da extradição solicitada por Estado estrangeiro..	53
3.13. Prisão civil por débito alimentar	55
3.14. Prisão civil do depositário infiel	58

Capítulo 4 – OS DEPENDENTES DO SEGURADO PRESO NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

4.1. Preliminarmente	62
4.2. Conceito “ <i>lato sensu</i> ” de dependentes.....	63
4.3. Origem da norma “dependentes” no direito previdenciário	65

4.4. Inscrição dos dependentes	68
4.5. Normatização dos dependentes junto ao direito previdenciário	68
4.6. Classes de dependentes	70
4.7. Dependência econômica presumida	70
4.8. Dependência econômica comprovada.....	72
4.9. Relação taxativa de dependência	74
4.10. Exceções constantes na relação taxativa de dependência	76
4.10.1. Relações homoafetivas.....	77
4.10.2. Filhos maiores de 21 anos de idade	78
4.10.3. Separados e Divorciados Hipossuficientes	79
4.10.4. Pessoa designada	80
4.11. Perda da qualidade de dependente	81
4.12. Perde a qualidade de dependente aquele que dolosamente assassina o segurado ?	82

Capítulo 5 – REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO

5.1. Sujeito ativo	85
5.2. Sujeito passivo	86
5.3. Carência	86
5.4. Termo inicial do benefício	87
5.5. Termo final do benefício	90
5.5.1. Suspensão	90
5.5.2. Cessação	91
5.6. Renda mensal inicial	91
5.7. Abono anual	92
5.8. Acumulação de benefícios	93
5.10. Efeitos da morte do preso segurado	94
5.10.1. Morte natural ou provocada	95

6.10.2. Morte presumida	95
-------------------------------	----

Capítulo 6 – A INJUSTA LIMITAÇÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO IMPOSTA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98	97
--	----

6.1. A Mudança normativa “ <i>ipsis litteris</i> ”	97
6.2. Dúvidas e incongruências de interpretações	99
6.3. A inconstitucionalidade da limitação imposta	101

Capítulo 7 – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO	105
--	-----

7.1. Conceito de hipótese de incidência	105
7.2. Descrição da hipótese de incidência	106
7.2.1. Critério material	107
7.2.2. Critério espacial	108
7.2.3. Critério temporal	109
7.2.4. Critério pessoal	111
7.2.5. Critério quantitativo	111
7.3. Outros preceitos de incidência	113
7.3.1. Forma de pagamento	113
7.3.2. Local do pagamento	114

Capítulo 8 – O TRABALHO DO PRESO E SEUS REFLEXOS DECORRENTES DA APLICABILIDADE DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO.....	115
---	-----

8. 1. O trabalho humano	115
-------------------------------	-----

8. 2. O trabalho do preso no sistema prisional	118
8. 3. A progressão do regime e a remissão da pena decorrente do trabalho do preso	120
8. 4. O trabalho do preso e a inexistência de relação de emprego	122
8. 5. A suspensão do contrato de trabalho e a dispensa por justa em causa decorrência da prisão	124
8. 6. Normas de segurança e medicina do trabalho aplicáveis	126
8. 7. O trabalho do preso e a relação existencial com a Previdência Social	133
8. 8. Uma questão de enfrentamento	135
CONCLUSÃO	138
BIBLIOGRAFIA	144

INTRODUÇÃO

O fato social é sempre o ponto de partida à formação da noção do Direito e, este surge das necessidades fundamentais das sociedades humanas, que são reguladas por ele como condição essencial para a sua própria sobrevivência. É no Direito que encontramos a segurança das condições inerentes à vida humana, determinadas pelas normas que formam a ordem jurídica. O fato social que se mostra em desalinho com a norma do Direito, forja o ilícito jurídico, cuja forma mais séria é o ilícito penal, inobstante haver o ilícito civil, que atenta contra os bens mais importantes da vida social.

Contra a prática de tais fatos o Estado estabelece sanções, como forma de tornar invioláveis os bens que protege. Ao lado das sanções impostas pelo Estado aos que praticam crimes ou ilícitos civis,

o Estado fixa também outras medidas com o objetivo de prevenir ou reprimir a ocorrência de fatos lesivos dos bens jurídicos dos cidadãos. E a pena é a mais severa das sanções estabelecidas para o caso de inobservância de um ditame.

Especificamente em relação ao ilícito penal, o meio de ação de que se vale o Estado é o Direito Penal, através da aplicação da pena, que é um dos meios de satisfação de uma exigência da sociedade de justiça, constringendo o autor da conduta punível a submeter-se a um mal que corresponda em gravidade aos danos por ele causado. De modo que o Estado aplica o “*jus puniendi*” na defesa da sociedade contra o crime.

Segundo preleciona Cezar Roberto Bitencourt (Código Penal Comentado, 2ª edição atualizada. São Paulo: editora Saraiva, 2004, às pag. 135) “*A pena é um mal a que se impõe por causa da prática de um crime: conceitualmente a pena é um castigo, embora seu fim essencial não seja, necessariamente, retributivo*”.

Já a prisão, é uma forma encontrada pelo Estado no sentido de fazer o apenado cumprir a imposição normativa aplicável determinada pela autoridade judicial competente; prisão essa que pode ser definitiva ou provisória. Para Maria Helena Diniz, (Dicionário Jurídico. Volume 3. São Paulo: editora Saraiva, 1998, às pág. 746) “*Prisão é uma pena privativa de liberdade, imposta pelo poder competente, que deve ser cumprida na cadeia*”.

A pessoa presa fica sob a responsabilidade do Estado e, sendo o preso um segurado do Regime Geral Previdência Social ou do Regime Próprio, sua prisão faz suspender e por outras vezes faz cessar a

sua atividade laborativa até então desempenhada, seja ela de empregado (*urbano ou rural*), empregado doméstico, contribuinte individual (*que inclui o empresário urbano e rural, sócio gerente, sócio cotista, sócio solidário, diretor de sociedade anônima, membro do conselho de administração, dirigente estatal, diretor de cooperativa, dirigente de fundações, dirigente de associações e entidades, membros de órgãos sindicais, membros de órgãos colegiados jurisdicionais, membros de órgãos de controle do exercício profissional, síndico ou administrador; eventual; autônomo; produtor rural pessoa física; garimpeiro; eclesiástico; empregado de organismo oficial internacional; prestador de serviços no exterior*), trabalhador avulso, segurado especial (*nele inserido o produtor, o parceiro, o meeiro, o arrendatário rural, o pescador artesanal*) ou segurado facultativo.

Maiores esclarecimentos sobre as atividades laborais de tais segurados tidos como “contribuintes individuais” podem ser obtidos às páginas 69 “*usque*”110, da obra de Wladimir Novaes Martinez. (Comentários à Lei Básica da Previdência Social. 7ª edição. Tomo II – Plano de Benefícios – Lei nº 8.213/91. São Paulo: editora LTr, ano 2006).

Suspensa ou cessada a atividade laborativa do segurado em razão de sua prisão provisória ou definitiva, o Direito Previdenciário presume que cessam os meios de manutenção de seus familiares, os quais perdem o apoio econômico que o segurado lhes dava, antes na condição de pessoa livre. E sem esse apoio material-pecuniário do segurado, ora preso, é implícito e até pacífico no caso de trabalhador de baixa renda, o entendimento de que seus dependentes (*cônjuge, companheiro, filhos, pais, irmãos, enteados, etc*) podem passar por sérias dificuldades, sobretudo de subsistência.

A relação de dependentes no Regime Geral da Previdência Social está delineado no art. 16 e respectivos incisos, da Lei nº 8.213/91, cujo rol não é taxativo, razão pela qual o tema ‘dependentes’ é abordado de forma ampla no Capítulo IV desta obra.

Pensando nessa realidade, de dificuldade de obtenção do conjunto dos meios para a vida, de despesas indispensáveis à subsistência, como v.g., alimentação, vestuário, medicamentos, moradia, etc, de cada um dos membros da família do segurado preso, em decorrência da prisão deste, foi que o legislador pátrio desde o início da década de 1930, enfrentou tal problema e atribuiu à Previdência Social o ônus de amparar os dependentes do recluso ou detento, dessa situação contingencial.

Sobre a “*ratio legis*” deste benefício Mozart Victor Russomano (Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. 2ª edição. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1981, pág. 214) ensina que tal norma se deu “*no bealbar da fase de criação do Brasil, dos Institutos de Aposentadoria e Pensões*”.

De modo que, mantido o preso a sua condição de segurado no Regime Geral da Previdência Social, pois isto é condição “*sine qua non*” e, desde que a sua prisão, inobstante ser provisória ou definitiva, esteja inserida na primeira das três espécies de penas que iremos discorrer em capítulo próprio, farão jus os seus familiares ao auxílio-reclusão, desde que inseridos na qualidade de dependentes, na ordem de classes e das relações por nós igualmente utilizadas nesta obra em capítulo próprio, e, cujo preso seja considerado ‘segurado de baixa renda’.

Segundo Antonio Luiz Filardi, na frase “*conditio sine qua non*” (Dicionário de Expressões Latinas. 2ª edição. São Paulo: editora Atlas. São Paulo, 2002, pág 289), “*esta subentendido o vocábulo “conditio”, condição essa essencial, sem a qual não será realizado o ato*”.

Já no que tange ao segurado de baixa renda, trata-se de um critério restritivo para a concessão do *auxílio-reclusão* aos dependentes do segurado, instituído pela Emenda Constitucional nº 20/98 e, por ser uma questão polêmica no âmbito do judiciário e da doutrina, a mesma é tratada mais adiante, num capítulo próprio.

Porém, antes de adentrarmos no benefício *auxílio-reclusão*, objeto desta monografia, faz se necessário esclarecermos que esta proteção se dá pelo fato do legislador constitucional originário e derivado ter garantido tal proteção através da Previdência Social.

Capítulo I – PROTEÇÃO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

1. 1. Conceito de Previdência Social

A Previdência Social é espécie do gênero seguro, e *“dado o carácter social de los riesgos protegidos, se excluye la posibilidad de actividad lucrativa em este campo, máxime habida cuenta de la participación de Estado en su financiación”*¹. O Doutrinador *Almansa Pastor* a caracteriza como *“los seguros sociales son seguros obligatórios, de origem legal, gestionados por entes públicos y dirigidos*

¹.CARACUEL, Manuel R. Alarcón; ORTEGA, Santiago González. *Compendio de Seguridad Social*, 7ª edição. Madrid: Editora Tecnos, 1991, pág. 21.

especificamente a proteger necessidades sociais derivados de riegos que afectam a indivíduos determinados legalmente”².

Nesta mesma linha de entendimento doutrinário *Marcelo Leonardo Tavares*³, com o qual também coadunamos, conceitua a Previdência Social como um seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os riscos sociais: *incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, morte e reclusão*. O *Desemprego involuntário* inobstante ser um risco previdenciário não é coberto pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS), e sim, pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)⁴.

1. 2. O Surgimento da proteção previdenciária

A Previdência Social, organizada sob a forma de regime geral, é um direito social reconhecido em nível constitucional desde a Carta de 1934 (art. 121, § 1º, h) e, foi alçada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um dos aspectos da própria seguridade social (art.194).

O surgimento da Previdência Social se deve aos problemas agravados com a Revolução Industrial, pois o mutualismo, a Assistência Social e o seguro privado mostraram-se insuficientes para

².PASTOR, José Manuel Almansa. *Derecho de La Seguridad Social*. 7ª edição. Madrid: Editora Tecnos, 1991, pág. 54.

³. *Direito Previdenciário*, 9ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, pág. 24.

⁴. Trata-se de Fundo com amparo na Lei nº 7.998/90, destinado a assegurar prestações devidas ao trabalhador em caso de desemprego, cuja lei no seu artigo 11 reza que: “*constituem recursos do FAT: I –o produto da arrecadação das contribuições devidas do PIS e ao PASEP”; II – o produto dos encargos devidos pelos contribuintes, em decorrência da inobservância de suas obrigações; III – a correção monetária e os juros devidos pelo agente aplicador dos recursos do Fundo, bem como pelos agentes pagadores, incidentes sobre o saldo dos repasses recebidos; IV – o produto da arrecadação da contribuição adicional pelo índice de rotatividade, de que trata o § 4º do artigo 239 da Constituição Federal; V – outros recursos que lhe sejam destinados”.*

atender às novas necessidades, tais como: proteção às doenças ocupacionais e aos acidentes do trabalho, cujos acidentes, por falta de normas de segurança e de higiene no trabalho, muitas vezes levavam à invalidez total e permanente dos empregados.

Nessa condição de acidentados e ou doentes inválidos para o trabalho, os empregados não eram mais remunerados pelas empresas e, por inexistir um seguro social ficavam desamparados economicamente, sem meios para manter a sua subsistência e a de seus familiares. O mesmo acontecia quando morriam ou quando atingiam a velhice e a sua força física já não mais satisfazia os interesses e as necessidades da classe empresarial, em especial a dos dirigentes industriais.

A sua origem remota à Previdência Social germânica, pois, como lembra *Pinto Ferreira*⁵ “foi na Alemanha que se desenvolveu desde 1883 o sistema de segurados obrigatórios, que foram chamados seguros sociais, em seguida também admitidos por um grande número de países.

Estimulou-se uma nova concepção do Estado com a teoria do intervencionismo, que permitiu abrolhar uma nova corrente econômica-social. Em função disso o parlamento alemão aprovou diversas leis conducentes ao seguro social: a organização do seguro doença (*Krankenversicherung*) em 15-06-1883; o seguro-acidente do trabalho (*Unfallversicherrung*), em 06-07-1884; e os seguros por invalidez e velhice (*Invaliditaets und Altervenssicherung*) em 22-06-1889”.

⁵. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989-1994, 7vol, pág. 13:

1. 3. Riscos sociais protegidos

Para delimitar o objeto de proteção dos riscos sociais pela Previdência Social, *Maldonado Molina*⁶ assegura que é necessário fazer uma série de pontualizações terminológicas sobre a sua classificação. Concretamente devemos determinar nos elementos que conforme a situação protege: o “risco”, a “contingência”, o “feito causante” e a “situação de necessidade”. Como é sabido, o risco é o estado potencial de sofrer um evento, futuro e incerto, cuja atualização não depende exclusivamente da vontade da seguradora.

Uma vez verificado o risco social, neste caso, como bem observam *Alarcón e Ortega*⁷, se produz necessidades sociais que representam uma perda, que se define como a atualização concreta do estado potencial do risco social e do qual deriva a denominada situação de necessidade. É esta e não o risco, o objeto de proteção⁸.

Por estas razões, a doutrinadora *Heloisa Hernandez*⁹ leciona que “o Seguro Social, hoje sinônimo de Previdência Social, é considerado instituto de Direito Público, dotado de legislação e de estrutura próprias, no qual a presença do Estado tem posição dominante”.

E por ser o Seguro Social um direito social, tem o mesmo o poder de fruição universal para os que contribuem para o sistema.

⁶. *La Protección de la Vejes e España*. Valência: Editora Tirant lo Blanch, 2002, pág. 37.

⁷. *Compendio de Seguridad Social*. Madrid. Editora Tecnos. 1991, págs. 114/115.

⁸. ALMANSA PASTOR, José Manuel. *Del Risco Social a la Protección de la Necesidad*. RIBSS, nº 6, 1971.

⁹. DERZI, Heloisa Hernandez. *Os Beneficiários da Pensão por Morte*. São Paulo: Lex Editora S.A. 2004, pág. 44.

Ocorrendo um risco social “sinistro” (que afasta o trabalhador da atividade laboral), caberá à Previdência Social a manutenção do segurado ou de sua família (dependentes). É o que reza o art. 201 da Carta Magna, “*caput*” e respectivos incisos:

“Art. 201. A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e AUXÍLIO-RECLUSÃO PARA OS DEPENDENTES DOS SEGURADOS DE BAIXA RENDA; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes”.(grifo nosso).

Como se nota com transparência, o legislador pátrio no âmbito constitucional¹⁰ da Previdência Social, entres outras preocupações, ocupou-se em proteger os segurados em geral das várias contingências ou riscos sociais, fatos esses ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os trabalhadores com certeza de probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a

¹⁰. A Constituição Espanhola de 1978, no seu artigo 50 tem disposto que os poderes públicos garantem mediante pensões adequadas e periodicamente atualizadas, a suficiência econômica aos cidadãos em idade avançada.

serem atendidas, uma vez que nestes momentos críticos normalmente não podem ser satisfeitas pelo indivíduo.

Por tais razões estabeleceu-se no nosso ordenamento jurídico inúmeros benefícios previdenciários, inclusive para os dependentes do segurado preso, como é o caso do benefício *auxílio-reclusão*.

1. 4. Determinada necessidade social

E no que tange ao benefício *auxílio-reclusão*, o constituinte o elegeu como um dos riscos a serem cobertos pela Previdência Social. Tal risco implica numa determinada necessidade social decorrente da prisão do segurado (**regime fechado ou semi-aberto**, conforme dispõe os artigos 33 “*usque*” 35 do Código Penal e artigo 110 “*usque*” 112 da Lei de Execução Penal). Presumiu o legislador que, estando o segurado preso, seus dependentes não terão meios de subsistência.¹¹

A proteção aos dependentes do segurado preso restou mais acentuada ou eficaz, através da Lei nº 8.213/91 (Do Plano de Benefícios da Previdência Social), na qual, no seu artigo 80 reza que:

“Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições¹² da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que

¹¹. O doutrinador Wagner Balera em um artigo publicado na Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, sob o título “*Da Proteção Social à Família*”, preleciona que “*o risco coberto é a perda de ingressos pelo segurado que fica privado da liberdade para o trabalho, a que dá resposta o benefício devido aos dependentes*”.

¹². Com a locução nas *mesmas condições da pensão por morte*, quer a lei dizer que se aplicam as regras da pensão por morte quanto à forma de cálculo, beneficiários e cessação do benefício. De modo que é aplicável as regras da pensão por morte, em tudo que for compatível ou não houver disposição diversa. (STJ, REsp. 760767/SC, Dipp, 5ª Turma, v.u., 06.10.2005.)

não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço”. (grifo nosso).

A prisão em regime aberto, também denominada prisão albergue (art.113 a 117 LEP), não tem o amparo do Direito Previdenciário (§ 5º, do art. 116 do Decreto nº 3.048/99)¹³, razão pela qual não farão jus ao benefício *auxílio-reclusão* os dependentes do segurado preso, quer seja requerido via administrativa, quer via judicial, pois nesta hipótese o cumprimento da pena se dá em casa do albergado, ou em estabelecimento adequado e no horário determinado para repouso noturno, de modo que tem o dia todo livre (*em liberdade*) para o exercício de sua atividade laborativa e, caso esteja desempregado está em condições de procurar emprego para o seu sustento e o de sua família.

Não importa para a Previdência Social o motivo da prisão do segurado, e tampouco se o recolhimento à prisão se deu por sanção penal, por medida judicial cautelar ou provisória, ou administrativa, ou ainda, se por determinação judicial civil.

¹³. Este § 5º foi acrescentado pelo Decreto nº 4.728, de 9 de julho de 2003.

Capítulo II – MODALIDADES DE PENAS CRIMINAIS QUE PODEM GERAR O BENEFÍCIO AUXÍLIO - RECLUSÃO.

2.1. Espécies de penas

A pena, segundo *Celso Delmanto*¹⁴, é a imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora. Retributiva pelo fato de impor um mal (*privação do bem jurídico*) ao violador da norma penal. Preventiva, porque visa evitar a prática de crimes, seja intimidando a todos, em geral, com o exemplo de sua aplicação, seja em especial,

¹⁴. *Código Penal Comentado e Legislação Complementar*. 6ª edição. São Paulo: editora Renovar, 2002, pág. 67/68.

privando de um bem jurídico o autor do crime e visando obstar que ele volte a delinquir. É ressocializadora, porque objetiva a sua readaptação social.

Ainda segundo o autor em comento, cujo entendimento também coaduna *Américo A. Taipa de Carvalho*¹⁵, a pena rege-se pelos princípios da legalidade e da anterioridade. Deve portanto, estar prevista na lei vigente à data do fato, inclusive quanto à execução e, por amparo constitucional, retroage¹⁶ somente para beneficiar o condenado.

A irretroatividade da lei, como princípio geral do Direito Penal moderno, se bem que de origem mais antiga, é consequência do *Iluminismo*, insculpida na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Apesar de conceitualmente distinto, o princípio da retroatividade ficou desde então incluído no princípio da legalidade, constante também na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

No direito pátrio a retroatividade da lei penal tem seu amparo no inciso XL, do artigo 5º, da Carta Magna e no artigo 2º e artigo 107 – III, do Código Penal, desde que favorável ao réu. Isso pode acontecer em duas hipóteses: a) O fato não é mais considerado crime pela nova lei – *abolitio criminis*; b) A lei nova, de alguma forma, beneficia o réu – *lex mitior*.

Inobstante a pena aplicável ao segurado ou a outro ser humano, qualquer que seja a sua condição no sentido “*lato sensu*”, o

¹⁵. Américo A. Taipa de Carvalho. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra: editora Coimbra, 1999, págs. 209/210.

¹⁶.Reza a Constituição da República Federativa do Brasil, no seu artigo 5º, inciso II, que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei” e no inciso XL, do mesmo artigo, que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

preso tem de ser tratado com humanidade, fundado no valor da dignidade humana. A proscricção de penas cruéis, a proibição de tortura e maus tratos nos interrogatórios policiais e a obrigação imposta ao Estado de dotar a sua infra-estrutura carcerária de meios e recursos que impeçam a degradação e a dessocialização dos condenados, são colorários do princípio de humanidade. Este princípio determina a inconstitucionalidade de qualquer pena ou conseqüência do delito que crie uma deficiência física (amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica, etc) ou leve a morte do preso.

A Declaração de Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data, no seu artigo III é claro no sentido de que ***“toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”*** (grifo nosso).

Coadunando com esse preceito internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José ¹⁷, adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em de 22 de novembro de 1969, à qual nosso País aderiu, dispõe no seu artigo 5º que ***“5.2. Ninguém deve ser submetido a torturas nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. 5.3. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente. 5.4 Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à***

¹⁷.O parágrafo 3º, do artigo 5º, da Carta Magna, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, preleciona que: *“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*

sua condição de pessoas não condenadas. 5.6.As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados” (grifo nosso).

Sobre a classificação ou espécies de pena, o Código Penal, no seu art. 32 é claro nesse sentido: “*Reclusão e Detenção. Art.32. As penas são: I – privativas de liberdade; II – restritivas de direitos; III – de multa”*.”

2. 2. Penas privativas de liberdade

Na categoria das penas privativas de liberdade, há duas espécies distintas, uma é a *pena de reclusão*¹⁸ e a outra é a *pena de detenção*. A *pena de reclusão* destina-se aos crimes mais graves e somente esta pode iniciar em regime fechado e, é sempre executada em estabelecimento de segurança máxima ou média; enquanto a *pena de detenção*, por força do disposto no artigo 33 do Código Penal, por estar

¹⁸.Alberto Silva Franco e Rui Stoco, coordenadores da obra *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 1º volume. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2001, à página 557, em comentários sobre a classificação de ‘reclusão’ e ‘detenção’, esclarecem que: “*O legislador de 84 manteve a classificação ‘reclusão-detenção’, acolhida na Parte Geral do Código Penal de 1940 e, sob este ângulo, não se posicionou de acordo com as legislações penais mais modernas, que não mais aceitam, porque as áreas de significado dos conceitos de reclusão e de detenção estão praticamente superpostas e não evidenciam nenhum critério ontológico de distinção. Aliás, para evidenciar a precariedade da classificação, que não se firma nem na natureza ou gravidade dos bens jurídicos, que com mais penas se pretende preservar, nem ainda na quantidade punitiva maior de uma e menor de outra, basta que se observe o critério diferenciador de aque se valeu o legislador. Tudo parece indicar, à primeira vista, que a pena de reclusão não se confunde com a de detenção, porque aquela pode ser cumprida em qualquer dos regimes penitenciários (fechado, semi-aberto e aberto) e esta apenas nos regimes semi-aberto e aberto. No entanto, desde que as penas, reclusiva e detentiva, comportem uma forma regressiva de cumprimento, nada obsta que, em razão de seu demérito, o condenado à pena detentiva venha a ser obrigado a cumpri-la em regime fechado. E, então, o que parecia ser um critério diferenciador deixa de ter significado. Por outro lado, regras contidas na legislação anterior em que permitiam diferenciar, ainda que de modo pouco consistente, a reclusão da detenção (isolamento facultativo não superior a três meses no período inicial de cumprimento da pena reclusiva, a separação do recluso em relação ao detento, a impossibilidade de escolha do trabalho pelo recluso, etc) desapareceram e, as mínimas diferenças hoje detectadas (a possibilidade de submissão a tratamento ambulatorial em relação ao inimputável, ao que se comine pena detentiva, e a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela e curatela nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, como efeito da sentença condenatória) minimizam a separação entre pena reclusiva e pena detentiva, reforçando cada vez mais a idéia da fusão de ambas no conceito maior de penas privativas de liberdade.”*

reservada aos crimes de menor gravidade, jamais poderá iniciar o seu cumprimento em regime fechado e sim em regime semi-aberto e, sua execução se dá em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar e; diversamente, a execução da pena em regime aberto, se dá em casa do albergado ou estabelecimento adequado.

Ainda segundo o “*caput*” do art. 33 do Código Penal, a *pena de reclusão* pode ser iniciada em qualquer dos três regimes: **fechado, semi-aberto e aberto**; enquanto que a *pena de detenção* somente poderá iniciar nos regimes semi-aberto e aberto, salvo necessidade de transferência ao regime fechado, no caso de *regressão*.

A regressão, delineada no § 2º, do art. 33 da Lei Substantiva Penal, é a volta ao regime mais severo, quando o preso já condenado e cumprindo pena restritiva de direitos retorna ao cumprimento da pena privativa de liberdade, por infringir o disposto no artigo 181, “*caput*”, parágrafos e respectivas alíneas, da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984)¹⁹, que assim reza: *Art. 181 – A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do art. 45 e seus incisos do Código Penal. § 1º - A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado: a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação do edital; b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço; c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto; d) praticar falta grave; e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa. § 2º – A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado*

¹⁹.Esta lei que tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado foi alterada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.

não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras ‘a’, ‘d’ e ‘e’ do parágrafo anterior. 3º – A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interdito ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras ‘a’, e ‘e’ do § 1º deste artigo.

É lógico que antes do juízo criminal converter a pena restritiva de direito em pena privativa de liberdade, em face da falta cometida pelo condenado que frustra os fins da execução, deve-se possibilitar-lhe ampla defesa de seus direitos, com a instauração do devido processo legal, além de outros princípios que também devem ser observados na execução penal.

Na hipótese da pena privativa de liberdade ser substituída por **medida de segurança** e isto ocorre quando no curso da execução sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental do condenado, que o torne inimputável, conforme previsto no artigo 96, inciso I, do Código Penal (“*As medidas de segurança são: internação em hospital de custódia e tratamento*”) e no artigo 183 da Lei de Execução Penal, tal medida jamais deverá ultrapassar o tempo da pena, em respeito à coisa julgada²⁰; exceto se o insano mental mantiver elevada periculosidade, pois sua liberdade poderá se transformar em risco real

²⁰.Nossos Tribunais, no que tange a medida de segurança disciplinada no artigo 183 da LEP, tem reiteradamente prelecionado que a mesma “*não tem relação com a prática do crime e nem com a periculosidade que se presume no inimputável. Pela prática criminosa, o imputável recebe a pena como retribuição, enquanto que o inimputável se reserva o tratamento considerado necessário a debelar a periculosidade de que, presume-se, seja dotado. Se o agente é considerado imputável, e recebe a pena, a superveniência de doença mental não tem condão de retroagir seus efeitos, de modo a alterar o que ficou decidido e transitou em julgado. Só a medida de segurança imposta aos inimputáveis ou semi-imputáveis não tem prazo determinado, devendo cessar com a cessão da periculosidade do agente, razão de ser. A medida de segurança dita substitutiva da pena não pode ir além dos limites desta, como seria ele tratado de qualquer problema meramente físico, que não impede seja liberado, determinado o tempo de castigo*” (HC 270.898/0 – TACrimSP – Rel. Juiz Ericson Maranhão – 4ª Câmara – RT 717, pág. 443).

para a sociedade civil (artigo 685 cumulado com artigo 762, ambos do Código de Processo Penal).

A manutenção da prisão do condenado após o cumprimento da pena ocorre mediante decisão judicial denominada **medida de segurança detentiva**. É providência ditada pela defesa do bem comum e baseada no juízo de periculosidade, que no tocante aos inimputáveis, substitui o juízo de reprovação consubstanciado na culpabilidade.

Ainda no âmbito da distinção entre a *pena de reclusão* e a *pena de detenção* podemos justificar algumas: a) *limitação na concessão da fiança* – a autoridade policial, por força do disposto no artigo 322 do Código de Processo Penal, somente pode conceder fiança para o caso de infrações punidas com pena de detenção ou prisão simples; no caso de prisões por infrações punidas com pena de reclusão, a concessão da fiança é da competência do juiz criminal, conforme delineado no Parágrafo único do mesmo “*Codex*”; b) *espécies de medidas de segurança* – para as infrações penais punidas com pena de reclusão, a medida de segurança sempre será detentiva; já para aquelas punidas com pena de detenção a medida de segurança, por força do disposto no artigo 97 do Código Penal, poderá ser convertida em tratamento ambulatorial; c) *incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela e curatela* – somente nos crimes punidos com pena de reclusão, praticados pelos genitores, tutores e curadores, contras os respectivos filhos, tutelados e curatelados, é que estes perderão tais poderes, pois os crimes apenados com detenção não geram tais efeitos no âmbito penal, entretanto, dado a incompatibilidade fática, restará a via judicial mediante ação própria junto ao juízo competente, que pode ser de uma das Varas da Família e das Sucessões, ou juízo de uma das Varas da

Infância e Juventude²¹; d) *prioridade na ordem de execução* – conforme reza o contido no nos arts. 69 “*caput*” e 76, ambos do Código Penal, a execução da pena de reclusão precede a de detenção, de modo que aquela se cumpre primeiro do que esta.

2. 2. 1. *Infrações inafiançáveis*

Uma das maneiras previstas em norma, para fazer com que o réu preso provisoriamente possa responder ao processo em liberdade, é através do amparo da *liberdade provisória*, ou mediante *fiança*, previstas nos artigos 321 “*usque*” 350 do Código de Processo Penal.

Para *Damásio de Jesus*, a **fiança**²² é um direito do réu, enquanto a liberdade provisória pode ser concedida ou não pelo juiz; não é, pois, direito do réu, mas uma faculdade do julgador, de modo que pode ocorrer de o réu ser favorecido com uma liberdade provisória sem contudo possuir direito à fiança.

Já para *Tourinho Filho*²³, a **liberdade provisória** é um substituto da prisão provisória, que no Direito pátrio substitui, em numerosos casos, a prisão em flagrante, a prisão cautelar resultante

²¹.O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.096, de 13 de julho de 1990, através do seu art. 145, incentivou as autoridades governamentais dos Estados e do Distrito Feral, a criarem varas especializadas de exclusivas da infância e da juventude; na ausência de tais varas, a competência é do juízo da família e, na ausência também desta vara é competente o juízo da vara cível. Maiores elucidações sobre o tema poderão ser obtidas na obra de Valter Kenzi Ishida. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência*. 6ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2005, às pag. 218.

²².Damásio Evangelista de Jesus. *Código de Processo Penal*. 21ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2004, pág.243.

²³.Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo Penal*. Volume 3. 25ª edição revista e atualizada. São Paulo: editora Saraiva, 2003, pág. 512..

da pronúncia e, finalmente, a prisão resultante de sentença penal condenatória recorrível.

O art. 310 da Lei Adjetiva Penal esclarece os casos em que a liberdade provisória deverá ser concedida pelo juiz, *sem o pagamento de fiança*²⁴: a) quando o agente praticar o ato em estado de necessidade, em legítima defesa ou em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito (art. 23 do Código Penal); b) quando o juiz verificar a inoportunidade das hipóteses de qualquer das ocorrências que autorizem a prisão preventiva (art. 311 e 312 do Código de Processo Penal); c) quando ela for cabível mediante fiança, mas o agente demonstrar impossibilidade de pagá-la, por motivo de pobreza (art. 350 do Código Penal); d) quando o réu for primário e de bons antecedentes (art. § 2º, do art. 408 do Código de Processo Penal).

Contudo, existem infrações penais inafiançáveis, ou seja, aquelas em relação as quais não cabe a liberdade provisória *mediante o pagamento de fiança* e que são: a) o crime de racismo, o crime hediondo²⁵ (Lei nº 8072, art. 1º, apêndice), a prática de tortura, o

²⁴.A fiança criminal, segundo De Plácido e Silva, na sua obra *Vocabulário Jurídico*, atualizada por Nagib Slaib e Gláucia Carvalho. 24ª edição. Rio de Janeiro: editora Forense, 2004, às pag. 611: “*entende-se a garantia prestada por alguém em favor de uma pessoa que está sendo acusada ou processada criminalmente, para que se livre solto, quando o crime é afiançável. A fiança criminal assegura a permanência do acusado na jurisdição da autoridade, a fim de que se veja processar, quebrando pela sua fuga ou não comparecimento aos atos processuais a que é obrigado comparecer*”.

²⁵. Julio Fabbrini Mirabete na sua obra *Manuel de Direito Penal*. Volume I. 21ª edição revista e atualizada por Renato N. Fabbrini. São Paulo: editora Atlas, 2004, às pag. 137/138, discorrendo sobre os crimes hediondos elucida que: *Com o fim de tornar mais eficientes os instrumentos jurídicos de combate às infrações penais mais graves, dispôs a Constituição Federal de 1988 que são considerados inafiançáveis e insuscetíveis de graça, ou anistia os crimes definidos como hediondos (art. 5º, inciso XLIII). Tais crimes que, por sua natureza ou pela forma de execução, se mostram repugnantes, causando clamor público e intensa repulsa, são relacionados no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25.07.1990: latrocínio (art. 157, § 3º, ‘in fine’), extorsão qualificada morte (art. 158, §2º, extorsão mediante seqüestro na forma qualificada (art. 159, ‘caput’ e seus §§ 1º e 2º e 3º), estupro (art. 213, ‘caput’), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação como o art. 223, ‘caput’ e parágrafo único, epidemia com resultado morte (art 267, § 1º), envenenamento de [água potável ou de substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado como o art. 282, todos do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848, de 07.12.1940) e de genocídio (arts. 1º, 2º, e 3º da Lei nº 2.889, de 01.10.1956), tentados ou consumados. O referido artigo, porém, passou a ter nova redação com a Lei nº 8.930, de 06.09.94, que*

tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal); *b*) os crimes punidos com reclusão em que a pena mínima é superior a 2 anos (art. 323, I, do Código de Processo Penal), ou que provoquem clamor público ou tenham sido cometidos com violência contra a pessoa ou grave ameaça (art. 324, I, do Código de Processo Penal); *c*) as contravenções de vadiagem e mendicância e sempre que houver no processo prova de que o réu é vadio (art. 323, II e IV, do Código de Processo Penal); *d*) os crimes dolosos, quando o agente foi condenado definitivamente por outro crime doloso (art. 323, III, do Código de Processo Penal); *e*) todas as infrações quando, no mesmo processo, o agente descumpriu obrigação imposta em liberdade provisória, sem justa causa 324, I, do Código de Processo Penal; *f*) as prisões civil, administrativa ou militar (art. 324, II, do Código de Processo Penal); *g*) as infrações cometidas por aquele que está no gozo de

acrescentou a eles o ‘homicídio (art. 121, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 1º, I, II, III, IV e V)’, e que excluiu, acreditamos que inadvertidamente, o crime de envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal. Por fim, a Lei nº 9.695, de 20.08.1998, acrescento o inciso VII-B (o inciso VII-A foi vetado) ao artigo 1º da Lei nº 8.072/90, alterado pela Lei nº 8.930/94, o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273, ‘caput’ e § 1º-A e 1º-B, do CP, com a redação dada pela Lei nº 9.677, de 02.07.2998). No mais vigora a Lei nº 8.072/90. Por esse diploma legal, tais crimes, além de tortura, do trágico ilícito de entorpecentes e drogas afins e do terrorismo, são insuscetíveis de anistia, graça ou indulto, fiança e liberdade provisória (art 2º, incisos I e II), possibilitando-se ao condenado por sentença recorrível apelas em liberdade apenas quando assim o permitir o juiz, em decisão fundamentada, a seu critério (art. 2º, § 2º. Além disso, a prisão temporária terá o prazo máximo de 30 dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (art. 2º, § 3º). Por fim, a pena aplicada por tais crimes deve ser executada integralmente em regime fechado (art. 2º, § 1º) e só se permite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena se o agente não for reincidente específico em crime dessa natureza (art. 83, V, do CP, com a redação que lhe fora dada pelo art. 5º, da Lei nº 8.072/90). Quanto ao crime de tortura, definido pela Lei nº 9.455, de 07.04.1997, foi determinado, no art. 1º, § 7º, que o condenado apenas ‘iniciará’ o cumprimento da pena em regime fechado, permitindo-se para ele, portanto, a progressão, dispositivo que nos ermos da Súmula 698 do STF, não se estendeu aos demais crimes hediondos ou equiparados. Por evidente descuido do legislador, diante da enumeração taxativa dos crimes hediondos não estão sob as disposições da Lei 8.072/90 os crimes de latrocínio, extorsão co morte, extorsão mediante seqüestro, estupro e atentado violento ao pudor previstos no Código Penal Militar, numa discriminação insustentável sobre qualquer ponto de visto. De afirmar-se também, que, admitindo-se a possibilidade de homicídio qualificado-privilegiado, não pode ser ele considerado como crime hediondo. Sendo ele privilegiado, foi praticado por ‘relevante valor social ou moral’ ou ‘sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima’ (art. 121, § 1º, do CP), não podendo, ao mesmo tempo, ser considerado repugnante, repulsivo, etc. apenas por ter sido praticado em uma das circunstâncias qualificadoras de caráter objetivo referidas no § 2º, do art. 121”. (Nesse sentido: RT 781/565).

“*sursis*” ou livramento condicional, salvo se processado por crime culposo ou contravenção que admita fiança (art. 324, III, do Código de Processo Penal; *h*) a contravenção de aposta em corrida de cavalo fora do hipódromo (art. 9º, § 2º, da Lei nº 7.291/84; *i*) os crimes contra o Sistema Financeiro, se estiver configurada situação que autorize a prisão preventiva (art. 31, da Lei nº 7.492/86) ; *j*) os crimes contra a fauna (art. 34, da Lei n 5.197/67; *l*) toda e qualquer infração em que esteja presente o motivo que autorize a decretação da prisão preventiva (art. 324, IV²⁶, do Código de Processo Penal).

Assim sendo, é um dos requisitos ao benefício previdenciário *auxílio-reclusão*, pelos dependentes do segurado, que a liberdade do segurado esteja restringida por pena privativa de liberdade, seja de reclusão ou detenção, em regime fechado ou semi-fechado²⁷.

2.3. Penas restritivas de direitos

É sabido que as penas privativas de liberdade (reclusão e detenção) não atendem aos anseios de ressocialização, de modo que a tendência moderna é procurar substitutivos penais para essa

²⁶.Embora o crime seja afiançável, a fiança pode ser negada, com fundamento na personalidade do acusado e seus antecedentes (RT: 622/284 e 638/323).

²⁷. Conforme prevê o artigo 122 da Lei de Execução Penal, os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização do Juiz da Execução, após este ter ouvido o Ministério Público e a administração penitenciária, para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância, nos casos previstos em lei. As hipóteses permissivas de saída temporária são: visita à família; frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo de Execução; participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Se a situação do sentenciado se adequar a uma das hipóteses em comento, deverá o mesmo comprovar a existência dos requisitos especiais para a obtenção de uma saída temporária: comportamento adequado; cumprimento mínimo de um sexto de pena, se o condenado for primário, e um quarto se reincidente; compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. Trata-se de um direito público subjetivo à obtenção do benefício legal (RT 630/384; RTJ 126/979; RSTJ 36/134). O artigo 125 da referida lei (LEP) também prevê que o benefício da *saída temporária* será automaticamente revogado se o condenado: praticar fato definido como crime doloso (nesta parte o dispositivo é tautológico, já que tais fatos acarretam, por si mesmos, a regressão ao regime fechado, como é incompatível o benefício); cometimento de falta grave; desrespeito às condições impostas na autorização; baixo grau de aproveitamento do curso, podendo, porém, recuperar-se o direito à saída temporária se demonstrar merecimento para tal.

sanção, pelo menos no que se refere aos crimes menos graves e aos criminosos cujo encarceramento não é aconselhável. Esse questionamento de privação de liberdade tem levado penalistas de inúmeros países e a própria Organização das Nações Unidas a uma procura mundial de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.

Assim sendo, as legislações e os projetos legislativos modernos vem reforçando certos substitutivos das penas privativas de liberdade: substituição por multa, as penas de até seis meses e admoestação e repressão judiciais (Alemanha); trabalho em favor de uma causa de interesse comum (Inglaterra); prisão de fim de semana (Bélgica); interdição do exercício de cargo público ou de profissão e de licença para dirigir veículos e exílio local (Hungria); limitação de liberdade com trabalho corretivo (Polônia); substituição por multa, prisão por dias livres, admoestação, prestação em favor da comunidade (Portugal); prisão de fim de semana, substituição por multa e penas privativas de direito (Espanha); trabalhos correccionais sem privação de liberdade (Rússia); etc.

No Brasil, seguindo a tendência mundial acima exposta, o sistema de penas alternativas (ou substitutivas) é denominado de *penas restritivas de direito* que estão inseridas no artigo 43 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.714/98: “*As penas restritivas de direitos são: I – prestações pecuniária; II – perda de bens e valores; III – (vetado) IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V – interdição temporária de direitos; VI – limitação de fim de semana.*”

O legislador não foi muito feliz no que se refere a nomeação de penas “restritivas de direito”, pois somente uma das modalidades de sanções sob a referida rubrica é que se trata

especificamente de *restrição de direitos (interdição temporária de direitos)*. As outras, como bem elucida Cezar Roberto Bitencourt²⁸, ou seja, as *prestações pecuniárias e a perda de bens e valores* – são de natureza pecuniária; as *prestações de serviços à comunidade e limitação de fim de semana* referem-se mais especificamente à restrição da liberdade do apenado.

Teria sido mais feliz a classificação geral das penas em: *privativa de liberdade* (reclusão e detenção), *pecuniárias* (multa, prestações pecuniárias, e perda de bens e valores); *restritivas de liberdade* (recolhimento domiciliar, limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade); *restritivas de direito* (compreendendo somente as efetivas interdições ou proibições).

2. 3. 1. Conversão de penas

As penas restritivas de direitos, por força do disposto nos §§ 4º e 5º, do artigo 44 do Código Penal e do artigo 181 e parágrafos da Lei de Execução Penal, poderão ser convertidas em penas privativas de liberdade, quando o segurado ou qualquer outro preso descumprir injustificadamente restrição imposta, ou quando sobrevier condenação com a pena privativa de liberdade.

A conversão será obrigatória quando houver incompatibilidade no cumprimento das duas condenações – a anterior e a nova – isto é, se não for possível o cumprimento simultâneo das duas condenações. A conversão será facultativa – se for possível o

²⁸. *Código Penal Comentado*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 162.

cumprimento simultâneo da pena em cumprimento e da nova condenação, de modo que não será necessária a conversão.

Como a condenação penal é de restrição de direitos e não privativa de liberdade, é transparente que no caso de condenação do segurado em um dos incisos do art. 43 do Código Penal, tal pena não será um dos requisitos para os seus dependentes obterem o benefício *auxílio-reclusão*, pois a referida condenação não atende ao requisito (segurado recolhido a prisão)²⁹ delineado no “*caput*” do art. 80 da Lei nº 8.213/91.

2.4. Penas de multa

As penas de multa, conforme disposto no art. 49 do Código Penal, consiste numa imposição de obrigação pelo segurado ou qualquer condenado criminalmente de pagar para o Fundo Penitenciário uma determinada quantia em pecúnia, levando-se em conta a gravidade do delito, a sua culpabilidade e especialmente a sua condição econômica.

Trata-se de pena empregada no direito penal contemporâneo, originário da composição do direito germânico, que tem por finalidade não levar o condenado à prisão, nos casos de penas com prisão de curta duração (§ 2º, do art. 60 do C.P.), impondo-lhe uma pena em dinheiro, de modo a evitar a privação do convívio familiar e de suas ocupações.

²⁹. O requerimento do auxílio-reclusão, quando se tratar de segurado preso em regime fechado ou semi-aberto (reclusão e detenção) deverá ser instruído com a certidão da autoridade policial ou do diretor do presídio, do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação trimestral de sua declaração de permanência (atestado) na condição de presidiário, conforme delineado no § 1º, do art. 117 do Decreto nº 3.048/99.

Por força do disposto no Parágrafo único do artigo 58 do Código Penal, nada impede que a pena de multa seja uma sanção principal como também uma sanção comum, quando cominada abstratamente como sanção específica a um tipo penal, alternativa ou cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

Inobstante ter o juiz o prudente arbítrio para a imposição da fixação da pena de multa³⁰ (dias multa), esta deve levar em conta, principalmente, a condição econômica do réu (art. 60 C.P.) E pelo fato da pena não poder passar da pessoa do condenado, a pena de multa se extingue com a morte do condenado (art. 107, I do C.P.) e não se transmite aos herdeiros e sucessores, independentemente dos limites da herança.

Mesmo com a edição da Lei Complementar nº 79/94, que criou o Fundo Penitenciário Complementar, regulamentada pelo Decreto nº 1.093, de 23.03.94, delineando a pena de multa como dívida de valor, a competência para a sua execução não é da Fazenda Pública³¹ e sim, exclusivamente do juízo da execução criminal, mediante acionamento do Ministério Público.

“*Ipsa facto*”, se a multa aplicada pelo juízo criminal for substitutiva de pena privativa de liberdade, é evidente que neste caso os dependentes do segurado não terão direito ao benefício previdenciário *auxílio-reclusão*, independente de ter cumprido outros requisitos que serão mencionados em capítulo próprio, por inexistir prisão do segurado.

³⁰. A pena de multa prescreve em dois anos quando for a única cominada ou a única aplicada (Lei nº 9.268/96). Prescreverá contudo, no mesmo prazo da pena privativa de liberdade quando for alternativa ou cumulativamente cominada ou cumulativamente aplicada (art. 114 – I e II do C.P.).

³¹. Há entendimento em contrário, com o qual não comungamos, no sentido de que transitada em julgado a pena de multa, esta se torna dívida ativa da Fazenda Pública, inclusive no que concerne às causas interruptivas e suspensivas da prescrição delineadas nos arts. 151, “*caput*” e 155, parágrafo único, e 174 e seu parágrafo único, todos da Lei nº 5.172/66 (CTN).

Todavia, se a pena de multa for cumulativa com a pena de prisão, preenchido está o requisito delineado no art. 80 da Lei nº 8.213/91, cumulado com o disposto no § 5º, do art. 116 do Decreto nº 3.048/99. Cabe ressaltar, que o benefício *auxílio-reclusão* é regulado pela legislação vigente ao tempo do recolhimento à prisão³².

³². TRF da 4ª Região, AC 2003.04.01.027618-0/RS, Rel. João Batista Silveira, 6ª Turma, votação unânime, 28.02.2007.

Capítulo III – MODALIDADES DE PRISÕES QUE PODEM GERAR O BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO

3. 1. Espécies de prisões

As espécies de prisões delineadas neste capítulo, todas, sem exceção, causam o encarceramento do cidadão, seja ele trabalhador ou não, consignando-se que todas elas, desde que a pessoa, na data levada à prisão, tenha reconhecida sua condição de segurado da Previdência Social, preenche os requisitos que podem levar os seus dependentes a obterem o benefício *auxílio-reclusão*.

No ordenamento jurídico pátrio, as prisões se caracterizam pela privacidade da liberdade de locomoção do acusado-réu ou condenado, determinada por ordem formal da autoridade competente, autoridade esta que pode ser policial, judicial ou parlamentar, e cujo encarceramento se dá no **sistema prisional** (*delegacia de polícia, casa de detenção, penitenciária*); em **prisão especial** (*quartéis, cela especial*); ou dependendo do caso, em **prisão domiciliar**, como nas hipóteses previstas no artigo 117 da Lei nº 7.210/84 e na Lei nº 5.256/67 (*idade acima de 70 anos e ou doença grave do condenado, condenado com filho menor e ou deficiente ou mental, condenada gestante, etc*).

Quanto às espécies de prisões, esta pode ocorrer em razão de *prisão pena ou prisão penal*, que é a imposta em virtude de sentença condenatória transitada em julgado, de privação de liberdade, após o devido processo legal, e sem a finalidade acautelatória. Pode ainda ocorrer em virtude de *prisão sem pena ou prisão especial*, imposta com o objetivo cautelar, de assegurar o bom andamento da investigação criminal, do processo penal ou da execução da pena, ou ainda a impedir que, solto o sujeito ativo continue a praticar delitos; é a chamada prisão provisória, que compreende a (*prisão em flagrante – arts. 301 a 310 do CPP; prisão preventiva – art. 311 a 316 do CPP; prisão decorrente da pronúncia – art. 408, § 1º do CPP; prisão decorrente de sentença condenatória recorrível – art. 393, I e art. 594 do CPP, art. 2º, e § 2º da Lei nº 8.072/90, art. 35 da Lei nº 6.368/76; e a prisão temporária – Lei nº 7.960/89*).

Outras prisões restritivas de liberdade que também são condições “*sine qua non*” para gerar o benefício auxílio-reclusão são: *prisão de menor por prática de ato infracional – Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); prisão administrativa – art. 319 do Código de Processo Penal;; prisão decorrente de Estado de Defesa ou Estado de*

Sítio (art. 136 a 141 da Carta Magna); recaptura de réu evadido; prisão decorrente da extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, i, “g”, da Constituição Federal e Estatuto do Estrangeiro - Lei nº 6.815/80); prisão civil por débito alimentar – art. 244 do Código Penal, art. 733 “caput” e § 1º do Código de Processo Civil e art. 18 e 19 da Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/68); prisão civil do depositário infiel – art. 652 do Código Civil, art. 901 a 906 do Código de Processo Civil, art. 5º, inciso LXVII da Carta Política.

3. 2. Prisão em flagrante

Antes de adentrarmos no tema da prisão em flagrante³³, devemos fazer uma observação quanto a origem do termo ‘flagrante’. Trata-se de um enunciado que vem do latim “*flagrans, flagrantis*”, do verbo “*flagrare*”, que significa queimar, ardente, que está em chamas, brilhando, incandescente.

No sentido jurídico, é o delito no momento do seu acometimento, no instante em que o sujeito ativo (criminoso) percorre os elementos objetivos (descritivos e normativos) e subjetivos do tipo penal. A prisão em flagrante delito dá-se no momento em que o indivíduo é surpreendido no empreendimento da infração penal, seja ela consumada – artigo 14 – I do Código Penal, ou tentada – artigo 14 – II do mesmo “Codex”.

Para a configuração da prisão em flagrante exige-se dois elementos imprescindíveis: a atualidade e visibilidade. A atualidade é expressa pela própria situação flagrancial que está acontecendo naquele

³³. Pela redação do inciso II, do art. 33 da LOMAN, somente será possível a prisão em flagrante se se tratar de crime inafiançável. .

momento ou que acabou de acontecer. Já a visibilidade é a ocorrência externa ao ato que atesta alguém (sujeito ativo) como praticante de um fato criminoso.

Além da prisão em flagrante ter o amparo constitucional delineado no inciso LXI, do artigo 5º, da Constituição Federal, existe ainda a possibilidade desta ser realizada em caso excepcional, como v.g., com violação do domicílio sem ordem judicial, mesmo à noite (inciso XI, do art. 5º Carta Magna).

A Lei Processual Penal estabelece no seu artigo 301, que *“Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”*.

As autoridades policiais e seus agentes, seja civil ou federal, incluindo-se a polícia militar, têm o dever *“de ofício”* de efetuarem a prisão em flagrante, nos crimes de ação pública incondicionada, quando delas tiverem conhecimento.

Além do Delegado de Polícia (seja ele Estadual ou Federal) terem competência para lavrar o auto de prisão em flagrante delito (art. 301 e 304 do CPP); também tem competência o Juiz de Direito (art. 26, 307 *“in fine”* e 531 do CPP); como ainda a Câmara dos Deputados e do Senado Federal (artigos 52, IV e 52, XIII, ambos da CF)³⁴.

A prisão em flagrante, exceto nos crimes de ação pública incondicionada, somente fica condicionada a vontade do ofendido,

³⁴.A Súmula 397 do Supremo Tribunal Federal reza que: *“O poder de polícia da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências, compreende, consoante o Regimento, a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito”*.

quando se tratar de crime de ação penal privada ou pública condicionada a representação do ofendido ou à requisição do Ministério Público.

O artigo 302 do CPP denomina quatro espécies de flagrante delito: “*Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir seu autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração*”.

Prisão em flagrante, como bem ensina Paulo Rangel³⁵, tem como fundamentos: evitar a fuga do autor do fato criminoso; resguardar a sociedade, dando-lhe confiança na lei; servir de exemplo para aqueles que desafiam a ordem jurídica e acautelar as provas que, eventualmente, serão colhidas no curso do inquérito policial ou na instrução criminal, quer quanto à materialidade, que quanto à autoria.

3.3. Prisão preventiva

A referida prisão tem o seu amparo legal no artigo 2º da Lei de Introdução do Código de Processo Penal (LICPP) e nos artigos 312 “*usque*” 316 do Código de Processo Penal (CPP), e somente será decretada para o fim de garantir a ordem pública (*evitar um estado de continuidade delitiva por parte do indiciado ou acusado*) ou econômica, por conveniência da instrução criminal (*não permitir qualquer perturbação no regular andamento do processo, evitando a intimidação de testemunhas, peritos, ou de eventual ofendido ou a produção de quaisquer outros*

³⁵. *Direito Processual Penal*, 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 585.

incidentes) ou para assegurar a aplicação da lei penal (*risco efetivo de evasão por parte do indiciado ou acusado*), quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

É aplicável a prisão em comento, nos casos de crimes dolosos e punidos com pena de reclusão, daí excluírem-se “*a priori*” os crimes culposos e as contravenções penais.

Nos crimes para os quais se prevê a aplicação da pena de detenção, a prisão preventiva é admissível somente quando houver dúvida sobre a identidade do acusado ou indiciado, quando se tratar de réu condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, salvo quando não mais caracterizada a reincidência (art. 313 e incisos, c.c. art. 46, ambos do CPP).

É questionável a prisão preventiva no caso de crimes de detenção, podendo se verificar, porém, quando o acusado ou indiciado for *vadio*. No Direito penal, a vadiagem é uma contravenção penal que consiste na circunstância de alguém, tendo aptidão para o trabalho, entrega-se à ociosidade, abstendo-se de prover sua subsistência de modo lícito.

3. 4. Prisão temporária

Esta prisão está prevista na Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1.989, e por força do seu artigo 1º, caberá: “*I – Quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – Quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – Quando houver fundadas*

razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

- a) homicídio doloso (art. 121, “caput” e seu § 2º);*
- b) seqüestro ou cárcere privado (art.148, “caput” e seus §§ 1º e 2º);*
- c) roubo (art.157 “caput”, e seus §§ 1º, 2º e 3º);*
- d)extorsão (art. 158, e seus §§ 1º, 2º);*
- e)extorsão mediante seqüestro (art. 159 e seus §§ 1º, 2º e 3º);*
- f)estupro (art. 213, “caput” e sua combinação com o art. 223, “caput”, e parágrafo único);*
- g)atentado violento ao pudor (art.214, “caput”, e sua combinação com o art. 223, “caput”, e parágrafo único);*
- h)rapto violento (art. 219, e sua combinação com o art. 223, ” caput” e parágrafo único ³⁶;*
- i)epidemia com resultado de morte (art. 267, § 1º);*
- j)envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (art. 270, “caput”, combinado com o art. 285);*
- l)quadrilha ou bando (art. 288, todos do Código Penal);*
- m)genocídio (arts. 1º, 2º, e 3º, da Lei nº 2.889/56, em qualquer de suas formas típicas;*
- n)tráfico de drogas (art.12 da Lei nº 6.368/76 ³⁷);*

³⁶. A Lei nº 11.106/2005 eliminou o crime de rapto (art. 219). Entretanto, não houve descriminalização total da conduta, pois o art. 148, § 1º, V, do Código Penal, acabou absorvendo a figura típica do antigo artigo 219. Como o seqüestro ou cárcere privado (alínea “b” deste inciso) comporta prisão temporária, nesse contexto, nada mudou, na prática.

³⁷.É interessante ressaltar que, para outros efeitos, considera-se tráfico, logo crime equiparado a hediondo, tanto as figuras descritas no art. 33, como também as previstas nos arts. 34 a 37. Todavia, para decretação da prisão temporária somente se leva em conta o art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

o) crimes contra o sistema financeiro (Lei nº 7.492/1986).

A prisão temporária não pode ser decretada de ofício pela autoridade judiciária; ela invariavelmente depende de requerimento do Ministério Público ou de representação da autoridade policial.

Por ser uma prisão cautelar, sua duração poderá ser de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período (art. 2º). Decorrido tal prazo o preso deverá ser posto imediatamente em liberdade, salvo de nesse interregno for decretada a sua prisão preventiva.

Na hipótese de **crime hediondo**, a prisão temporária, por força do disposto no § 4º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

3. 5. Prisão em razão de pronúncia

A prisão do acusado decorrente de sentença de pronúncia tem amparo legal no § 1º do artigo 408 do Código de Processo Penal e ocorre nos casos de crimes em que há morte (homicídio, aborto, infanticídio e participação em suicídio) e em decorrência do acusado ser reincidente ou possuidor de maus antecedentes.

Trata-se da aplicação do princípio “*in dubio pro societate*”. Não está sujeita a prazo, de modo que vige até o julgamento do processo.

3. 6. Prisão decorrente de sentença condenatória recorrível

A regra é que havendo prestação de fiança ou sendo o réu primário e de bons antecedentes, na hipótese de ser condenado pela autoridade judiciária, poderá interpor em liberdade, recurso de apelo para a instância superior.

Se a vida “*enteacta*” do acusado não permitir, a autoridade judiciária com amparo no artigo 594, cumulado como o disposto no art. 312, e se necessário com fulcro no art. 323 – III (ser reincidente), ambos do Código de Processo Penal e mediante fundamentação, declarará a obrigatoriedade de seu recolhimento à prisão, para fim de apelação.

3. 7. Prisão em virtude de confirmação de sentença condenatória ou de condenação em grau recursal

Transitada em julgado a sentença condenatória recorrida ou na ocorrência de condenação pelo Tribunal, de sentença absolutória de primeiro grau, estando o réu solto, expedir-se-á mandado de prisão e, no caso do réu já estar preso, expedir-se á carta de guia, tudo nos termos dos artigos 674 “*usque*” 678 do CPP, a fim de cumprimento da pena³⁸.

³⁸. Se o réu no interregno temporal do cumprimento da condenação penal for acometido de doença mental, deverá o juízo da execução determinar que o mesmo seja examinado por uma perícia médica. Comprovada a insanidade, deverá como medida de segurança, ser internado para tratamento psiquiátrico em hospital de custódia ou, à falta dele, em outro estabelecimento adequado. Tais hospitais de custódia e de tratamento psiquiátrico, não passam de “novo nome” dado aos tão tristemente famosos e desacreditados *manicômios judiciais* brasileiro (art. 99 a 101 da LEP). Restando provada a imputabilidade ou semi-imputabilidade do condenado-segurado, entendemos que o curador do segurado (art. 1.767 do Código Civil), mediante manifestação do dependente beneficiário do auxílio-reclusão (§ 4º do art. 167 do Decreto nº 3.048/99) poderá optar pelo benefício Aposentadoria por Invalidez, ser for mais vantajoso.

3. 8. Prisão decorrente da recaptura de réu evadido

Esta prisão ocorre em face do sujeito que fugiu do sistema penitenciário, onde estava regularmente preso (por flagrante ou ordem escrita do juiz).

Conforme reza o disposto no artigo 684 do Código de Processo Penal, para a recaptura do réu evadido, não se faz necessário prévia ordem judicial, de modo que qualquer do povo poderá realizá-la, conduzindo o recapturado à qualquer autoridade policial que comunicará à autoridade judicial.

3. 9. Prisão de menor por prática de ato infracional

Por força do disposto no artigo 228 da Carta Magna e do disposto no artigo 27 do Código Penal, os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

A legislação especial aplicável no caso é o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, que prevê medidas de proteção e medidas sócio-educativas aplicáveis à criança e ao adolescente infratores (atos anti-sociais graves), inclusive medidas de semi-liberdade e de internação.

No caso do segurado ou outro preso qualquer ter entre 16 (dezesseis) e menos de 18 (dezoito) anos, e de ser declarado infrator pelo juízo da Vara da Infância e Juventude, poderá ser internado na

Fundação Casa (antiga Fundação Estadual do Bem Estar do Menor – FEBEM), em regime de semi-liberdade, sem comportar prazo determinado; tal medida em amparo no artigo 120, “*caput*” e § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente; ou ser internado em regime de medida privativa de liberdade (art. 121, “*caput*” e § 3º, e art. 122 “*caput*” e incisos I,II e III, ambos do ECA), em decorrência de atos anti sociais, como *v.g.*, atentado violento ao pudor, furto qualificado, comercialização de entorpecentes, além de outras infrações descritas como crime ou contravenção penal (art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

3. 10. Prisão administrativa

No âmbito do direito previdenciário é de interesse ser ressaltado tão somente a prisão administrativa referida no inciso I, do artigo 319, do Código Penal, que é uma medida restritiva da liberdade com finalidade de compelir o funcionário público (art. 327, “*caput*” e § 1º, do Código Penal) a fazer alguma coisa ou para acautelar um interesse administrativo qualquer.

Seu lugar, segundo Guilherme Nucci ³⁹, não é no Código Penal, onde somente deveriam constar as medidas cautelares referentes à apuração de infração penal e à instrução criminal.

Por força do disposto no artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal vigente, não é mais admissível a prisão administrativa realizada pela autoridade administrativa; esta para obtê-la deverá recorrer-se de requerimento à autoridade judiciária.

³⁹. Guilherme de Souza Nucci, *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 603.

3. 11. Prisão decorrente de estado de defesa ou estado de sítio:

Está é uma outra forma de prisão fora do âmbito do direito substantivo e adjetivo penal, e que está inserida nos artigos 136 “*usque*”¹⁴¹ da Constituição Federal. Poderá ocorrer a referida prisão, nos caso de haver conturbações de ordem pública, ameaças à paz social e instabilidades institucionais, inclusive nos casos de terremotos, enchentes, etc.

No **estado de defesa**⁴⁰, a prisão poderá ocorrer objetivando debelar ameaças à ordem pública ou à paz social, e não precisa de autorização prévia do Congresso Nacional, basta que o decreto presidencial determine o prazo de sua duração, além de especificar as áreas abrangidas e indicar as medidas coercitivas que devem vigorar.

A prisão decorrente do estado de defesa não poderá ultrapassar 10 (*dez*) dias (inciso III, do § 3º, do artigo 136 da CF).

Já a prisão no **estado de sítio**⁴¹ poderá ocorrer em decorrência de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa (*estado de sítio repressivo – art. 137, I da CF*), ou em decorrência

⁴⁰.O conceito amplo de “estado de defesa” pode ser encontrado na obra de José Afonso da Silva – *Curso de direito constitucional positivo*, 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

⁴¹. Rui Barbosa leciona que o Estado de sítio “*é um regime extraordinário, um regime de exceção, mas de exceção circunscrita pelo direito constitucional, submetida à vigilância das autoridades constitucionais, obrigada a uma liquidação constitucional de responsabilidades. É uma situação de arbítrio parcial, relativo, encerrado nas fronteiras de uma legalidade clara, imperativa, terminante, e em coexistência com o qual se mantêm os códigos, os tribunais, o corpo legislativo*” (Comentários à Constituição Federal brasileira, São Paulo: Saraiva, 1993, vol.3).

de guerra ou agressão armada estrangeira (*estado de sítio defensivo – art. 137, II, da CF*).

3. 12. Prisão decorrente da extradição solicitada por Estado estrangeiro

A extradição é o ato pelo qual um Estado soberano entrega a outro Estado também soberano, a rogo deste, criminoso para ser julgado. É um meio de transferir de forma compulsória, determinada pessoa, acusada pelo país solicitante de um grave crime, para que possa responder a processo ou cumpra pena no país em que cometeu o crime.

Para ser apreciado o pedido de extradição pelo Estado brasileiro, é necessário que esteja fundamentado em tratado internacional ou quando inexistente este, em promessa de reciprocidade de tratamento com o Brasil, para casos análogos, previstos no artigo 76 da Lei nº 6.815/80, alterada pela Lei n 6.964/81⁴². Também é necessário, para a concessão da extradição, que o fato seja considerado como crime no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser contravenção, e a pena não pode ser igual ou inferior a um ano de prisão⁴³.

Leciona o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos⁴⁴, que a extradição “possui natureza de ação especial, de caráter constitutivo, que objetiva a formação de título jurídico apto a legitimar o Poder Executivo da União a efetivar, com fundamento em tratado internacional ou compromisso de reciprocidade, a entrega do súdito reclamado”.

⁴². STF, RTJ, 162: 452.

⁴³. STF, RTJ, 162: 452.

⁴⁴. *Direito constitucional ao alcance de todos*, São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 263.

Dado a complexidade e a delicadeza que caracteriza o pedido de extradição por Estado estrangeiro, o mesmo faz parte do extenso rol contido (artigo 102, inciso I, alínea “g”), na Carta Magna, que dá competência exclusiva ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originalmente tal solicitação.

Por força do disposto na Constituição Federal, artigo 5º e incisos LI e LII, cuja regra é absoluta, nenhum brasileiro será extraditado, salvo, em caso de crime comum⁴⁵, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecente e drogas afins; tampouco o estrangeiro acusado por crime político ou de opinião.

Inobstante os crimes de atentados contra chefes de Estado ou de qualquer outra pessoa, e os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, propaganda de guerra, processo violentos para subversão da ordem pública e social, serem tidos como de natureza política, os § 2º e 3º, do artigo 77 da Lei nº 6.815/80 faculta ao Supremo Tribunal Federal, reconhecer neles outra qualificação, para o fim da extradição ser suscetível de concessão.

Gilmar Mendes Ferreira⁴⁶, lecionando sobre crimes políticos, elucida que “não raras vezes, o crime por motivação política tem características de crime comum ou assemelha-se a uma ação de caráter terrorista. Daí a necessidade a necessidade de sua contextualização no âmbito dos objetivos políticos e a possibilidade de se fazer uma

⁴⁵. Crime comum é aquele que lesa bem jurídico do cidadão, da família ou da sociedade.

⁴⁶. Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, pág. 589.

ponderação entre o caráter comum do delito e a sua inserção em uma ação política mais ampla”.

Segundo a norma constitucional vigente, se o estrangeiro naturalizado brasileiro, cometeu crime comum no país estrangeiro, antes da naturalização, poderá ser extraditado; de modo idêntico, se envolvido em tráfico internacional ilícito de entorpecentes e drogas afins, será compulsoriamente transferido para que possa responder a processo ou cumpra a pena no país em que cometeu o crime.

O Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80), ao disciplinar a prisão do extraditando, prescreveu que ela perdurará até o término da decisão do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitida a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue (§ único do artigo 84). Preceitua o § 2º, do artigo 82 desta Lei, que a prisão do extraditando, que se reveste de medida cautelar, não pode exceder o prazo de 90 (noventa) dias, ressalvado disposição em contrário contida no Tratado firmado entre os Estados.

A prisão é também um requisito do artigo 208 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Na realidade, depois de preso, sob a responsabilidade da Polícia Federal, órgão subordinado ao Ministério da Justiça, é o extraditando colocado à disposição do STF, para pronunciamento sobre a legalidade e a procedência do pedido, na forma da lei.

3. 13. Prisão civil por débito alimentar

Sobre a constitucionalidade da prisão civil do devedor de alimentos não se exigem maiores discussões. Essa exceção à regra geral

da proibição da prisão civil por dívida consta de vários textos constitucionais internacionais⁴⁷ sobre a matéria.

A restrição da liberdade individual como medida extrema e excepcional justifica-se diante da importância do bem jurídico tutelado, a assistência familiar, que também recebe proteção por meio de normas penais. O Código Penal no seu artigo 244 define o crime de abandono material da seguinte forma: *”Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filhos menores de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e, multa, de um a dez vezes o maior salário mínimo vigente no país. Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada”*.

A prisão do devedor de pensão alimentícia não é uma pena, ou seja, não tem caráter retributivo, no sentido de impor uma represália ao devedor de alimentos, constituindo antes um meio gravoso de coerção para o adimplemento do débito. Como medida extrema deve ser aplicada seguindo as regras e o procedimento previstos na lei (*art. 733, “caput” e § 1º, do CPC e arts. 18 e 19 da Lei nº 5.478/1968*).

⁴⁷.No âmbito da América Latina: art. 2º da Constituição do Peru: *“Não haverá prisão por dívidas. Este princípio não limita mandado judicial por não cumprimento das prestações alimentícias”*. Art. 13 de Constituição do Paraguai: *“Não se admite a privação de liberdade por dívidas, salvo mandado de autoridade judicial competente em razão do não cumprimento dos deveres alimentícios ou como substituição de multas ou fianças judiciais”*.

Nenhuma distinção há que se fazer entre o caráter provisório ou definitivo dos alimentos, cabendo a prisão do devedor inadimplente em ambas as hipóteses.

No caso de a prisão aplicável ser por inadimplência de alimentos definitivos, esta não poderá ultrapassar 60 (sessenta) dias, como previsto no art. 19 da Lei nº 5.478/68. Na hipótese da prisão decorrer de alimentos provisórios, por força do disposto no § 1º, do art. 733, do Código de Processo Civil, esta será de 1 (um) a 3 (três) meses.

A jurisprudência tem considerado que apenas as três últimas prestações vencidas teriam o caráter estritamente alimentar, de modo que somente nesta hipótese seria cabível a prisão do devedor inadimplente⁴⁸.

Matéria inicialmente controvertida dizia a respeito à possibilidade da reiteração da prisão. A tese hoje pacífica na jurisprudência é a de que a prisão poderá ser decretada quantas vezes for necessário para o cumprimento da obrigação. Configurar-se-á “*bis in idem*”, no entanto, a decretação de nova prisão enquanto pender de cumprimento o decreto anterior. A reiteração da prisão deve fundamentar-se em fato diverso, que configure novo descumprimento da obrigação alimentícia.

O doutrinador Marcelo Leonardo Tavares⁴⁹, leciona que “*O auxílio-reclusão é incompatível com a prisão processual civil.*”

⁴⁸. Esse é o entendimento da Súmula 309 do STJ: “*O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo*”.

⁴⁹. *Direito Previdenciário – Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*, 9ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pág. 184.

Como essa modalidade de prisão somente deve ser utilizada se a pessoa, podendo não cumprir a obrigação alimentar ou de depositário, ficaria sem sentido, em relação ao caráter coercitivo, manter o pagamento de benefício para os dependentes, o que, em alguns casos, poderia servir de incentivo ao próprio descumprimento da obrigação”.

“*Data venia*” não coadunamos com esse seu entendimento, uma, pelo fato de que na reincidência imotivada do descumprimento da obrigação civil inadimplida, o juízo civil deverá decretar nova prisão, e duas, a legislação previdenciária não fez nenhuma distinção, para fins de provimento do benefício Auxílio-Reclusão, sobre o motivo da prisão do segurado, e tampouco se o recolhimento à prisão decorre de determinação judicial civil, sansão judicial penal, ou medida judicial cautelar ou administrativa.

3. 14. Prisão civil do depositário infiel

Por longo tempo a expressão “depositário infiel” foi explanada em sentido “*lato*”, para abranger tanto o caso do depósito convencional quanto os casos de depósito legal⁵⁰, deixando aberta ao legislador a possibilidade de criar novas figuras de depósito que receberiam a incidência do preceito constitucional.

De modo que o Supremo Tribunal Federal lecionava que no âmbito normativo do art. 5º, LXVII, da Carta Magna, além dos casos comuns de depósito judicial⁵¹ cabível era também a prisão civil do

⁵⁰ RE 250.812/RS, Rel. Moreira Alves, DJ de 1º de fevereiro de 2.002.

⁵¹ RHC 80.035/SC, Rel. Celso de Mello, DJ de 17.08.2001; HC 75.047/MG, Rel. Sydney Sanches, DJ de 29.08.1997; HC 86.160/SP, Rel. Eros Grau, DJ 23.08.2005; HC 83.543/SP, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 04.02.2005; HC 82.423/MG, Rel. Ellen Gracie, DJ 07.03.2003.

devedor depositário infiel em contrato de alienação fiduciária⁵² e nos casos de penhor agrícola⁵³ e penhor mercantil⁵⁴. Nunca esteve imune a críticas essa interpretação extensiva do significado da expressão “depositário infiel”.

No caso da alienação fiduciária, *v.g.*, o Supremo Tribunal Federal, tem firme posicionamento, no sentido de que nesse tipo de contrato não há um depósito no sentido estrito do termo, tendo o Decreto-Lei nº 911/69 criado um afigura atípica de “depósito por equiparação”, de forma que o devedor-fiduciante que descumpra a obrigação acordada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário não se equipara ao depositário infiel e, portanto, não pode ser submetido à prisão civil⁵⁵.

Entende o STJ que “reconhecer a lei ordinária a possibilidade de equiparar outras situações substancialmente diversas, à do depositário infiel, para o fim de tornar aplicável a prisão civil, equivale a esvaziar a garantia constitucional⁵⁶”.

Em suma, a expressão “depositário infiel” abrange tão somente os “depósitos clássicos, previstos no Código civil, “sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral”⁵⁷”.

⁵².HC 81.319/GO, Rel. Celso de Mello, DJ de 19.08.2005; HC 77.053/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 04.09.1998; RE 206.482/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ de 05.09.2003.

⁵³.HC 75.904/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 25.06.1999.

⁵⁴.HC 71.097/PR, Rel. Sydney Sanches, DJ de 29.03.1996;

⁵⁵. STJ, REsp. 7.943/RS, Rel. Athos Carneiro, DJ de 10.06.1991; STJ, REsp. 0014938/PR, Rel. Bueno de Souza, DJ de 29.06.1992; STJ, RHC 0004288/RJ, Rel. Adhemar Maciel, DJ de 19.06.1995.

⁵⁶.STJ, REsp. 7.943/RS, Rel. Athos Carneiro, DJ de 10.06.1991.

⁵⁷.STJ, REsp. 7.943/RS , Rel. Athos Carneiro, DJ de 10.06.1991.

Por força do que dispõe o artigo 1287 do antigo Código Civil, atual artigo 652, e segundo preleções de Luiz Guilherme Loureiro⁵⁸, se o depositário não restituir o bem quando exigido – seja depósito voluntário, seja depósito necessário – é considerado “depositário infiel” e como tal está sujeito à prisão por prazo não excedente a um ano. Tal prisão não tem natureza de pena, mas constitui uma forma de compelir o depositário a restituir a coisa ou a ressarcir os prejuízos.

Inobstante a prisão do depositário infiel se fulcrar principalmente na parte final do inciso LXVII, do artigo 5º, da Constituição Federal, tal texto se contradiz com os constantes nos Parágrafos 3º e 5º, da Carta Política, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como ensina Cançado Trindade⁵⁹, “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos e, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”.

Assim, tendo o Brasil aderido no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do artigo 5º, inciso LXVII, da Carta Magna, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel.

⁵⁸ *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Editora Método. 2007, pág. 514.

⁵⁹ Antonio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. 2003, pág. 515.

Tal entendimento passou a ser delineado no Supremo Tribunal Federal (STF), em voto proferido pelo ministro Gilmar Ferreira Mendes, em Sessão Plenária de 22 de novembro de 2006, por ocasião do Recurso Extraordinário 466.343/SP, relator Cezar Peluzo, e Recurso Extraordinário 349.703, relator originário Ilmar Galvão e, foi também acolhido pelos Ministros Cezar Peluzo, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Brito e Marco Aurélio, cujos recursos ficaram suspensos por um certo lapso temporal, em virtude do pedido de vista do Ministro Celso de Mello.

Em acórdão proferido em 13.12.2008, o STF negou provimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo recorrente, sob o fundamento de ser inconstitucional a prisão do devedor alienante que não entrega o bem alienado. Também decidiu na mesma data, no *Habeas Corpus* nº 87.585, em Sessão do Plenário, que o depositário infiel não está sujeito a prisão. Como ainda revogou a Súmula 619, que previa a possibilidade de ser decretada a prisão do depositário judicial no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação depósito⁶⁰.

Cabe ressaltar, que este entendimento do Supremo Tribunal Federal, de proibição de prisão judicial de depositário infiel, se aplica não somente nas lides processuais cíveis como também nas lides trabalhistas.

⁶⁰. *Habeas Corpus* 92.566, Min. Marco Aurélio, j.3.12.2008, um voto vencido; *apud* Inf. STF 531, de 1º a 5.12.2008.

Capítulo IV – OS DEPENDENTES DO SEGURADO PRESO NO ÂMBITO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

4. 1. Preliminarmente

Para o Direito Previdenciário, especificamente para a Previdência Social, o fato de o segurado estar preso ou solto, em nada muda a relação de seus dependentes perante tal órgão. O que é levado em consideração para fins de recebimento do benefício *auxílio-prisão* por parte dos dependentes, é além de ser segurado ⁶¹, estar preso no regime

⁶¹.Devemos definir **segurado** como a pessoa que se acha vinculada à Previdência Social em decorrência do exercício da atividade remunerada ou em face do recolhimento de contribuições previdenciárias, em

fechado ou semi-aberto e o fato dos dependentes serem pessoas físicas expressamente designadas pela legislação como beneficiárias do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), cuja proteção decorre do seu vínculo jurídico (relação de parentesco ou de afinidade) e econômico perante aquele.

4. 2. Conceito “*lato sensu*” de dependentes

A expressão “**dependente**”, no Vocabulário Jurídico de *De Plácido e Silva*⁶² e, segundo ele, deriva do latim “*dependentia*”, de “*pendere*” (*estar suspenso ou derivar de*), possui o sentido amplo de indicar toda uma relação ou conexidade existente entre duas coisas ou duas pessoas, segundo a qual a existência de ambas se mostram entrelaçadas, a de uma à da outra.

A dependência, ainda segundo esse dicionarista, pode ser em relação às coisas, como também em relação às pessoas. Em relação às pessoas, que é o que nos interessa, a dependência, esclarece o autor, entende-se como *subordinação* ou como uma *situação de obediência* de uma pessoa em relação a outra, como designa a condição da pessoa que *vive a expensas* ou é mantida, sustentada por outrem, seja por dever de quem a mantém, seja porque a tenha tomado sob sua proteção.

Já no Direito Pátrio positivado, tal vernáculo tem diversos significados. No âmbito do Direito do Trabalho é sinonímia de **empregado**, por estar sujeito às determinações do empregador.

cuja condição é detentora de direitos e de obrigações próprias da relação jurídica previdenciária. Pode ser obrigatório ou facultativo.

⁶². *Vocabulário Jurídico*, tomo I, 7ª edição, Rio de Janeiro: editora Forense, 1982, pág. 35.

No Direito Processual Civil significa **o que tem conexão**. No Direito Civil há dois significados: *a) aquele que está subordinado a outro em razão de vínculo contratual, b) alimentando*.

E no Direito Previdenciário, a expressão **dependente** tem por significado, segundo *Wladimir Novaes Martinez*⁶³, designar aquele beneficiário que para subsistir faz jus a determinadas prestações previdenciárias, decorrente de determinadas situações fáticas positivadas, em decorrência de sua subordinação-dependência em relação ao segurado.

Modestamente discordamos desta definição dada por Wladimir Novaes, sob o entendimento de que há situações previstas na lei em que não há necessariamente a dependência econômica; é *v.g.*, o caso de ambos os cônjuges que exercem atividades remuneradas, e que portanto, tem a sua independência econômica, no âmbito de um dos cônjuges, o outro recebe o benefício pertinente (pensão por morte) independentemente de necessitá-lo para se manter.

O legislador pátrio ao definir no Direito Previdenciários os casos de dependência, no nosso modo de raciocinar, não levou somente em conta a necessidade de subsistência do dependente designado, mas também a relação de vínculos familiares, dos quais decorre a solidariedade civil, disposta no Código Civil e no artigo 229 da Carta Política.

⁶³.Wladimir Novaes Martinez. *Curso de Direito Previdenciário*, tomo I, São Paulo, LTr, 1997, pág.201/208

4. 3. Origem da norma “dependentes no Direito Previdenciário

O doutrinador previdenciarista *Feijó Coimbra*⁶⁴ discorrendo sobre o tema “**dependentes**”, no âmbito do Direito Previdenciário, de um modo “*an passant*”, discorre que:

“em boa parte os dependentes mencionados na lei previdenciária coincidem com aqueles que a lei civil reconhece credores de alimentos a serem prestados pelo segurado. É bem lógico que assim o seja, pois que a prestação previdenciária – conteúdo material da pretensão do dependente – é acima de tudo, uma reposição de renda perdida: aquela renda que o segurado proporcionaria, caso não o atingisse um risco social”.

E de fato podemos afirmar que o Código Civil de 1916 inspirou os criadores do Direito Previdenciário, tanto no que tange ao Livro I – Do Direito de Família, como no que tange ao Livro IV – Direito das Sucessões.

Nos arts. 396, 397 e 399 - Parágrafo único, do antigo CC de 1916, referindo-se aos **alimentos**, já prelecionava o citado dispositivo que:

“Art. 396. De acordo com o prescrito neste Capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir.

⁶⁴J. R. Feijó Coimbra. *Direito previdenciário brasileiro*, 7ª edição, Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas, 1997, pág. 95.

Art. 397. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta do outro.

Parágrafo único do Art. 399. No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los até o final de suas vidas “.

E no que tange à ordem da **vocação sucessória**, no caso de óbito de um membro da família, o CC de 1916, nos seus arts. 1603, 1605, 1606, 1607, 1608, assim rezava:

“Art. 1603. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – Aos descendentes. II – Aos ascendentes. III – Ao cônjuge sobrevivente. IV – Aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União.

Art. 1605. Para os efeitos da sucessão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos.

Art. 1606. Não havendo herdeiros da classe dos

descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes.

Art. 1607. Na classe dos ascendentes, o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção de classe”.

Na realidade, podemos afirmar que as normas de Direito Civil aplicadas no Direito Previdenciário foram mais do que uma coincidência, como asseverado por Feijó Coimbra. Trata-se na realidade, de uma fonte subsidiária implícita do Direito Previdenciário. No que tange ao **dependentes**, podemos até asseverar que se trata de uma espécie de herdeiros ou sucessores do segurado perante a Previdência Social.

É evidente que a legislação previdenciária tem inúmeras particularidades, distinguindo o tratamento dos dependentes em relação ao herdeiros. Porém, não podemos negar que o Direito Civil é fonte subsidiária do Direito Previdenciário. Uma prova disto é o contido no artigo 112 da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, que reza:

“O valor não recebido em vida pelo segurado só será pago aos seus dependentes habilitados à pensão por morte ou, na falta deles, aos seus sucessores na forma da lei civil, independentemente de inventário e ou arrolamento”. (grifo nosso)

O fato do Código Civil ser fonte de subsidiariedade

para o Direito Previdenciário não é nenhuma novidade no Direito Pátrio, pois antes já era fonte subsidiária aplicável na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), vigente através do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a qual no seu artigo 8º, Parágrafo Único, dispõe que:

“O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. (grifo nosso).

4. 4. Inscrição dos dependentes

Quanto à **inscrição dos dependentes**, estes, por força do disposto no art. 22º do Regulamento da Previdência Social, somente deverão fazê-la quando do requerimento do benefício a que tiverem direito, junto a qualquer Agência da Previdência Social (APS) e, mediante apresentação dos documentos delineados nos incisos, alíneas e parágrafos do respectivo artigo.

4. 5. Normatização dos dependentes junto ao Direito Previdenciário

A finalidade do legislador ao criar a figura dos dependentes, outra não foi do que a de discriminar-estabelecer os beneficiários indiretos da Previdência Social, já que o seu direito se origina da vinculação ao segurado, de quem dependem, visto os segurados serem beneficiários diretos.

Sobre quem são os beneficiários no Regime Geral de Previdência Social, art. 8º, do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99) define com exatidão gramatical que:

“São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social as pessoas físicas classificadas como segurados e dependentes, nos termos das Seções I e II deste Capítulo”. (grifo nosso).

No que se refere aos **dependentes** do segurado, o artigo 16 da Lei nº 8.213/91 os define como sendo:

“I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido;

II – os pais, ou;

III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

4. 6. Classes de dependentes

A norma que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências criou três classes de dependentes, conforme delineadas nos respectivos incisos I, II e III supra mencionados. Também estabeleceu que havendo dependentes na primeira classe, exclui-se do benefício àqueles discriminados nas demais classes, ou seja, os beneficiários da classe antecedente excluem os da classe posterior.

Havendo mais de um beneficiário na mesma classe, todos concorrem ao benefício de forma igualitária, independente da relação havida com o segurado, seja ela conjugal, de companheirismo de descendente ou de ascendente.

4. 7. Dependência econômica presumida

A lei também previu que as pessoas designadas dependentes de **primeira classe** (o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido) não precisam provar sua dependência econômica em relação ao segurado. O que precisam provar é tão somente a relação civil tida com o segurado; se de cônjuge, a certidão de casamento atualizada; se filho, a certidão de nascimento atualizada; se comparado a filho, em razão da tutela (art. 1.728

do Código Civil – por falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes, ou por haverem decaído do poder familiar), a certidão judicial da mesma; se enteado, além da prova de tal fato, deve-se provar a dependência econômica nos termos do § 3º, do art. 22, do Decreto nº 3.048/99(Regulamento da Previdência Social); se companheira (o), o documento de identidade e a certidão de casamento com averbação da separação judicial ou divórcio quando um dos companheiros ou ambos já tiverem sido casados, ou de óbito, se for o caso.

Por ser presumida a prova da dependência econômica, a maioria dos doutrinadores asseveram que não se trata de uma prova “*juris tantum*” (de direito, até que se prove o contrário), e sim “*juris et de jure*” (de direito e por direito), pelo fato da “*praesumptio juris et jure probationem in contrarium no adimittit*”⁶⁵ (a presunção ‘*juris et de jure*’ não admite prova em contrário).

Entretanto, há doutrinadores, como *Daniel Machado da Rocha* e *José Baltazar Junior*⁶⁶, com os quais me coaduno, que entendem não se tratar de uma presunção absoluta e sim relativa, citando como exemplo a hipótese de separação de fato ou de direito, ou do divórcio, quando o cônjuge ausente, ou seja afastado do lar conjugal, deverá comprovar a dependência econômica para fazer jus ao benefício, independente de ser dependente de primeira ordem ou preferencial, como preferem alguns.

Necessário ressaltar, que inobstante o (a) companheiro (a) ser dependente de primeira classe, tal condição de dependente

⁶⁵. João Antonio G. Pereira. *Curso Elementar de Direito Previdenciário*, São Paulo: LTr, 1981, pág. 92/94;

⁶⁶. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, Porto Alegre: Editora Do Advogado/ESMAFE, 2004, pág. 86.

presumido junto ao segurado exige a prova do vínculo do companheirismo e, conseqüentemente a prova de dependência, pois esta ainda é a melhor prova da condição de companheiro (a). Esta exigência está prevista no § 3º, do art. 22 do Regulamento da Previdência Social, cuja prova deverá ser feita quando do requerimento do benefício, através de no mínimo 3 (três) documentos.

Na antiga Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), mais precisamente no seu art. 10, inciso I, constava a exigência de pelo menos 5 (cinco) anos de lapso temporal de convivência, para o reconhecimento da condição de companheira (o) do (a) segurado (a). Com a vigência do disposto no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, tal prazo passou a não ser mais necessário, bastando a prova da união estável.

4. 8. Dependência econômica comprovada

Já os dependentes das demais classes II (os pais) e III (o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido), estes para obterem o benefício pleiteado, decorrente de suas relações civis com o segurado, faz se necessário que provem sua dependência econômica junto ao segurado, (via administrativa, perante uma das agência do INSS; via judicial, perante o juízo competente) com a apresentação de no mínimo 3 (três) dos seguintes documentos mencionados nos incisos I “*usque*” XVII, do § 3º, do art. 22, do Decreto nº 3.048/99:

“I – certidão de nascimento de filho havido em comum;

- II – certidão de casamento religioso;*
- III – declaração de imposto de renda do segurado, em que consta o interessado como seu dependente;*
- IV – disposições testamentárias;*
- V – anotação constante na Carteira Profissional e ou na Carteira de Trabalho e Previdência Social, feita pelo órgão competente;*
- VI – declaração especial feita junto ao tabelião;*
- VII – prova do mesmo domicílio;*
- VIII – prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;*
- IX – procuração ou fiança reciprocamente outorgada;*
- X – conta bancária conjunta;*
- XI – registro em associação de qualquer natureza, onde conste o interessado como dependente do segurado;*
- XII – anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;*
- XIII – apólice do seguro no qual consta o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;*
- XIV – ficha de tratamento em instituição de assistência médica, da qual conste o segurado como responsável;*
- XV – escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;*
- XVI – declaração de não emancipação do dependente menor de 21 anos; ou*

XVII – quaisquer outros que possa levar à convicção do fato a comprovar”.

Obs.: Assim, com amparo neste inciso XVII, o presente rol não é taxativo e sim exemplificativo, de modo que podemos inserir outros exemplos ou meios de provas: como v.g., fotos, de preferência datadas, do segurado junto ao dependente; passagens de ambos com a mesma data e horário, seja de avião, navio, ônibus ou trem; cartões e ou cartas de aniversário ou natalinos, ou cartas sentimentais constando o nome do segurado e do dependente, etc).

4. 9. Relação taxativa de dependência

Conforme se verifica, tanto no artigo 16 “*caput*” e respectivos incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, como no artigo 16 “*caput*” e respectivos incisos e parágrafos, do Decreto nº 3.048/99, a relação dos dependentes é taxativa.

Assim sendo e, por força da Medida Provisória nº 1.523/96, depois Medida Provisória nº 1.253-3/97 e, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97, **o menor sob guarda**, que antes possuía dependência econômica presumida, a partir de então deixou de integrar a relação de dependentes para fins previdenciários, restando apenas o enteado e o menor sob tutela.

A guarda, como delineado nos artigos 33 e seguintes

do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), é uma das modalidades de colocação de menores em família substituta, assim como a tutela e a adoção.

Pelo disposto no artigo 33 da Lei em comento (Lei nº 8.069/90): “*A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança e ao adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais*” (*caput*)”.

Destina ainda a guarda judicial, principalmente, a regularizar a posse de fato (§ 1º) e, conferir à criança ou adolescente, a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (§ 3º). De modo que a tutela não passa de um “*plus*” em relação a guarda.

Assim, a condição de dependente para fins previdenciários, do menor sob guarda, será em relação aos pais e não em relação o segurado que tem a guarda.

No caso de óbito de um dos genitores, e sendo este segurado, cabe ao guardião obter uma tutela especial judicial para tal fim. Na hipótese do menor ser infrator e se encontrar internado numa dessas instituições de recuperação (antiga FUNABEM, atualmente FUNDADAÇÃO CASA), por força do disposto no art. 148, Parágrafo único, alínea “f”, do ECA, caberá à Justiça da Infância e da Juventude designar um curador especial no sentido de tomar as medidas extra-judiciais cabíveis, visando a obtenção do benefício.

Como a Lei nº 9528, de 10 de dezembro de 1997 deixou de considerar dependente o menor que por determinação judicial

esteja sob guarda e, o Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário, no seu artigo 33, mais precisamente no § 3º reza que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependentes, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive, previdenciários”, o Ministério Público Federal apresentou as Ações Cíveis Públicas a): nº 97.0057902-6, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de São Paulo; b) nº 98.0000595-1, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Sergipe; c) nº 1999.38.00.004900-0, da 29ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais; d) nº 1999.43.00.000326-2, da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária de Tocantins; e diante das liminares obtidas junto ao judiciário, o INSS através da Instrução Normativa (IN) nº 106, de 14 de abril de 2004, se abstém de indeferir os pedidos de inscrição na condição de dependente, de crianças e de adolescentes que estejam sob guarda judicial pelo segurado do Regime Geral da Previdência Social, mas, exige a comprovação da dependência econômica, nos termos do disposto no § 3º, do artigo 16, do Decreto 3.048/99.

4. 10. Exceções constantes na relação taxativa de dependência.

Como já mencionado anteriormente, embora o rol legal de dependentes de Previdência Social seja taxativo⁶⁷, ou seja, fixo, limitativo, restritivo a realidade social demonstrou a necessidade de aplicar regras de exceções, conforme iremos discorrer abaixo.

⁶⁷ . Artigo 16 da Lei de Benefícios da Previdência Social (lei nº 8.213/91).

4. 10. 1. Relações Homoafetivas

A legislação previdenciária não prevê benefício algum ao dependente que tem **relações homoafetivas**⁶⁸ com o segurado. Foi necessário dependentes encararem essa discriminação junto ao Poder Judiciário para a obtenção de tal direito, muitas vezes negado por este órgão incumbido de fazer justiça.

Por absoluto preconceito, a Constituição emprestou, de modo expresso, juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, ainda que em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição no seu artigo 1º, inciso III, consagra em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, foi promovida uma Ação Civil Pública - Processo nº 2000.71.07.00.009347-0, que teve liminar proferida pela juíza da 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre, concedendo tal benefício, cuja decisão foi mantida no Agravo de Instrumento, pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4ª Região, por unanimidade e, mantida ulteriormente no Supremo Tribunal Federal.

Por força da decisão supra do Supremo Tribunal Federal (STF), foi inserido na Instrução Normativa nº 11/05, que trata das Normas Previdenciárias Administrativas sobre Benefícios, nos seus artigos 30, 271 e 292, que os homossexuais a partir de 5 de abril de 1995 tem o direito aos benefícios decorrente da qualidade de dependente,

⁶⁸. Conforme leciona Maria Berenice Dias, na sua obra *Manual de Direito das Famílias*, 3ª edição. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, às pag. 30, relações homoafetivas “*são relações de pessoas do mesmo sexo*”.

desde que comprovada a relação de companheiro ou de companheira com o segurado (a).

4. 10. 2. Filhos Maiores de 21 Anos de Idade

Também estão excluídos pela legislação previdenciária, da qualidade de dependentes do segurado, os **filhos maiores de 21 anos** (havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção), conforme disposto no inciso I, do art. 16 da Lei nº 8.213/91.

Antes convém esclarecer que essa idade de 21 (vinte e um anos) foi inserida no Direito Previdenciário, pelo fato de na época em que vigia o Código Civil de 1916, a maioridade civil ocorria com essa idade (art. 9º CC). Com a vigência do Novo Código Civil (art. 5º) a maioridade passou a ser a partir dos 18 (dezoito) anos.

Esta antinomia de idade existente entre a norma previdenciária e a norma civil, foi facilmente solucionada pelo critério científico aplicável ao direito interno, no caso o da **especialidade**⁶⁹, segundo o qual “*lex specialis derogat legi generali*”. Sendo a lei previdenciária uma norma especial, por possuir na sua definição todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva e subjetiva, denominado especializantes, prevalece a idade de 21 (vinte e um) anos.

No entanto, os fatos têm demonstrado que um número de pessoas, mesmo após terem completado 21 anos de idade continuam a

⁶⁹.O princípio da especialidade, uniformemente aceito pela doutrina, funda-se em máximas romanas tais como “*semper specialia generalibus insunt; generi per speciem derogantur, specialia generalibus derogant*”.

ser dependentes do segurado, em razão de estarem cursando faculdade, cuja conclusão se dá aproximadamente aos vinte e quatro anos, o que muitas vezes os impede de realizar qualquer atividade laborativa remunerada.

Assim, por tais razões a jurisprudência vem prolongando essa condição de dependente até o completar dos 24 (vinte e quatro) anos. As decisões dos tribunais tem se fulcrado no contido nos arts. 4º e 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil e nos princípios da *razoabilidade*, da *proporcionalidade* e do *interesse público* (M.S. nº 2001.70.00.023079-6/PR, TRF 4ª Região, Rel. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, 6ª T., un., DJ2 de 22.01.2003).

4. 10. 3. Separados e divorciados hipossuficientes

O cônjuge separado ou divorciado, sem direito a receber alimentos, igualmente, está excluído da relação de dependentes inseridas no art. 16 da Lei nº 8.213/91. Conforme contido no § 2º, do art. 17, da Lei Básica da Previdência Social, estando nessa condição a sua inscrição é cancelada.

Todavia, podem surgir, após o falecimento do ex-conjuge segurado, sérias dificuldades para o separado/divorciado, a ponto do mesmo passar por privações de subsistência. Caso o ex-conjuge-segurado não tivesse falecido, caberia naturalmente ação de alimentos em face deste (art.1.704 CC).

Assim, no caso da hipossuficiência ocorrer após o óbito do ex-conjuge, a jurisprudência tem socorrido tais pessoas na solução

desses conflitos de interesses, prelecionando que “*A mulher que dispensou, no acordo de desquite a prestação de alimentos, conserva, não obstante, o direito à pensão decorrente do óbito do marido, desde que comprovada a necessidade do benefício*” (Súmula nº 64 do extinto TFR). Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça (TSJ) também editou a Súmula nº 360, confirmando o entendimento do extinto Tribunal Federal Regional, ao prelecionar que: “*a mulher que renunciou aos alimentos na sua separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex marido, comprovada a necessidade econômica superveniente*”.

4. 10. 4. Pessoa designada

O inciso IV do artigo 16 da Lei que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências (Lei nº 8.213/93), previa que “a pessoa designada pelo segurado, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida” poderiam ser beneficiárias do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependentes do Segurado.

No entanto, esse inciso foi revogado pela Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995, de modo que a partir desta data foi excluída do rol de dependentes do segurado a pessoa designada.

Com a vigência desta norma extinguindo a figura da ‘pessoa designada’ e, com os pedidos de tutelas jurisdicionais por parte daqueles até então tidos como dependentes, que se sentiram prejudicados com tal nova norma, por não mais assim serem considerados, passou a haver conflitos de interpretação no âmbito do Judiciário.

Alguns julgados decidiam que a extinção do direito da ‘pessoa designada’ ser dependente somente ocorreria a partir da vigência da referida norma, de modo que se o segurado a tivesse inscrito na vigência da lei anterior e viesse a falecer após a vigência da mesma, aquela estava habilitada a receber o benefício decorrente da dependência.

Outros julgados já decidiam de forma diferente, sob o entendimento de que a ‘pessoa designada’ somente teria o direito adquirido, se o segurado que a designou tivesse obitado na vigência do inciso IV, do art. 16, da Lei nº 8.213/93.

Tal questão foi pacificada pela Súmula 4 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, que prelecionou a existência do direito adquirido, na condição de dependente, da pessoa designada, somente no caso do falecimento do segurado antes do advento da Lei nº 9.032/95.

4.11. Perda da qualidade de dependente

Os requisitos para a perda de qualidade de dependente estão inseridos nos incisos I, II, III e IV, do art. 17, do Decreto nº 3.048/99, os quais além de serem proposições prescritivas hipotéticas ⁷⁰, independem de uma interpretação além da gramatical:

“A perda da qualidade de dependente ocorre:

⁷⁰. Segundo Norberto Bobbio, na sua obra **Teoria da Norma Jurídica**, traduzida por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 3ª edição, São Paulo: Edipro, 2005, às pág. 95, *A característica de um imperativo hipotético deste tipo é que a consequência ou o fim não é efeito de uma causa no sentido naturalista, mas é uma consequência imputada a uma ação, considerada como meio, pelo ordenamento jurídico”*.

I – para o cônjuge, pela separação judicial ou divórcio, enquanto não lhe for assegurado a prestação de alimentos, pela anulação do casamento, pelo óbito ou por sentença judicial transitada em julgado;

II – para a companheira ou companheiro, pela cessação da união estável com o segurado ou segurada, enquanto não lhe for garantida a prestação de alimentos;

III para o filho e irmão, de qualquer condição, ao completarem vinte e um anos de idade, salvo se inválido, ou pela emancipação, ainda que inválido, exceto, neste caso, se a emancipação for decorrente de colação de grau científico em curso de ensino superior; e

IV – para os dependentes em geral: a) pela cessação da invalidez; ou pelo falecimento.

4. 12. Perde a qualidade de dependente aquele que dolosamente assassina o segurado ?

A indagação que fazemos é se o dependente no Regime Geral da Previdência Social (RGPS), seja ele cônjuge, companheiro (a), filho (a), pai, mãe, irmão (ã) ou enteado e o menor tutelado do segurado, que dolosamente o assassina, perde o direito de

receber o benefício pensão por morte, tendo em vista a legislação ser omissa nesse sentido ?

Na Lei nº 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos da União), mais precisamente no seu art. 220, a questão está pacificada ao prelecionar que:

“Não faz jus à pensão o beneficiário condenado pela prática de crime doloso de que tenha resultado a morte do servidor”

O Direito Civil, no Livro IV (Direito das Sucessões), Título I (Da Sucessão em Geral), reza no seu art. 1.814, que:

“São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I – que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente.”

Aliás, o Código Civil vai mais além, asseverando que cabe também a exclusão da sucessão na herança, dos autores em comento, o fato do mesmo ter acusado caluniosamente em juízo o autor da herança, ou praticado crime contra a sua honra, ou usado de violência ou de outros meios fraudulentos para o inibir ou obstar de dispor livremente de seus bens.

Nem mesmo direito ao usufruto tem o excluído da sucessão (Parágrafo único do art. 1.816 do CC).

Infelizmente a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências é omissa nesse sentido e, a Previdência Social ainda assim não aplica a analogia, os fins sociais e às exigências do bem comum, delineadas nos arts. 4º e 5º, da Lei de Introdução do Código Civil ⁷¹ e, por conta dessa grave omissão, vem pagando o benefício pensão por morte mesmo tendo o dependente dolosamente assassinado o segurado.

Ipsa facto, faz-se necessário, que seja urgentemente acrescida pelo legislador constitucional derivado, em tal caso, a perda da qualidade de dependente, para o fim do dependente não receber o benefício previdenciário pensão por morte, pois é inadmissível que o torpe se beneficie de sua própria torpeza ⁷² !

⁷¹.Reza os arts. 4º e 5º do Decreto-lei nº 4.657/42, que: “Art. 4º.Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costume e os princípios gerais de direito. Art. 5º.Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁷². A torpeza resulta de qualquer ato vergonhoso, imoral, de todo ato que possa ofender o decoro e os bons costumes, de toda a ação de maldade, de infâmia, de desonestidade.

Capítulo V – REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO - RECLUSÃO

5. 1. Sujeito ativo

Ser dependente do segurado preso é uma das condições necessária para ter a proteção da Previdência Social, de modo a fazer jus ao benefício *auxílio-reclusão*. Para tanto basta estar inserido no rol aqueles do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, que estão discriminados em três classes: I – cônjuge; companheiro⁷³ (a); filho não emancipado menor de 21 anos,

⁷³. Por respeito à dignidade da pessoa humana e ao tratamento isonômico, ambos delineados no inciso III, do art. 1º, e art. 5º, da Carta Magna, o Poder Judiciário tem conferido “status” de família àqueles que

ou inválido de qualquer idade; equiparados a filhos (menor enteado e tutelado); II – pais (biológico ou natural); III – irmão (unilateral, bilateral ou por adoção), não emancipado, menor de 21 anos ou inválido de qualquer idade; § 2º – o enteado e o menor tutelado, equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida em lei; como também estar relacionado no rol das exceções por nós mencionado no Capítulo anterior, item 4.10. Nesta qualidade, certamente figurará como sujeito ativo (credor) do benefício em comento.

Havendo dependentes na mesma classe, o benefício é dividido em partes iguais; e no caso de haver dependentes de mais de uma classe, os integrantes da classe seguinte perdem o direito ao benefício.

5. 2. Sujeito passivo

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) como uma autarquia federal está incumbido de prover o pagamento (devedor) do benefício em comento, bem como de todos os demais benefícios previdenciários, exceto o seguro desemprego. Razão pela qual figura nessa situação como sujeito passivo.

5. 3. Carência:

Nos termos do artigo 24 da Lei nº 8.213/91, carência⁷⁴

vivem em união homoafetivas, razão pela qual o INSS fixou no art. 292 da Instrução Normativa nº 118/05 que: “*Por força de decisão judicial (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0), fica garantido o direito ao auxílio-reclusão ao companheiro ou companheira homossexual, para recolhimento à prisão ocorrido a partir de 5 de abril de 1991, desde que atendidas todas as condições exigidas para o reconhecimento do direito a esse benefício, observando-se o disposto no art. 105 do RPS*”.

⁷⁴. O artigo 28 do Decreto nº 3.048/99 delinea o dia do início da contagem do período de carência, levando-se em conta a qualidade de segurados do Regime Geral da Previdência Social.

é o número de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário, seja ele segurado ou dependente, faça jus ao benefício.

Trata-se de um requisito que segundo *Victor Russomano*⁷⁵ “não decorre do espírito da Previdência Social, ou seja, suas finalidades mais nobres e altas. E sim, o resultado de uma necessidade prática, que obriga o legislador a vincular a concessão do benefício ou a prestação do serviço a determinado número de contribuições pagas pelo segurado e pelo empregador, pois destas contribuições advêm os recursos econômicos para a manutenção do sistema em pleno funcionamento”

Por força do disposto no inciso I, do art. 26 da Lei nº 8213/91, o benefício *auxílio-reclusão* independe de carência.

5.4. Termo inicial do benefício

O termo inicial do benefício é o da data do efetivo recolhimento do segurado à prisão (reclusão ou detenção – em regime fechado ou semi-aberto), se o mesmo for requerido até trinta dias depois desta. Se o benefício for requerido após trinta dias da prisão, o termo inicial é a partir da data do requerimento.

Para os beneficiários relativamente incapazes (aqueles que tem idade entre 16 anos e menos de 18 anos) o termo inicial para o recebimento do benefício em comento é praticamente o mesmo para os civilmente capazes, conforme acima exposto.

⁷⁵. Mozart Victor Russomano. *Comentários a Consolidação das Leis da Previdência Social*. São Paulo: RT, 1977, pág. 112.

No que tange aos **absolutamente incapazes**, por força do disposto no artigo 3º, incisos I, II e III, do Código Civil, cumulado com o artigo 198, “*caput*” e inciso I, do mesmo “*Codex*”, não ocorre a prescrição, de modo que a data inicial do benefício será sempre a do efetivo recolhimento à prisão do segurado.

Se o beneficiário, com idade entre dezoito e menos de vinte e um anos, se encontrar ausente do país, em serviço público da União, ou do Estado ou do Município, como por exemplo, comissionado para estudos técnicos no exterior, ou servindo nas Forças Armadas em tempo de guerra, também não haverá prescrição, de modo que o termo inicial será o mesmo do menor absolutamente incapaz, conforme dispõe os incisos II e III, do artigo 198 do Código Civil, que se aplica subsidiariamente.

A Lei 8.213/91 até que menciona sobre a prescrição, de modo incompleto, no seu artigo 79, quando o correto era ter discriminado sobre o tema numa seção própria e de modo mais abrangente, razão pela qual, muitas vezes se faz necessário recorrer subsidiariamente da prescrição delineada no Código Civil.

Ainda sobre o termo inicial do benefício, o Procurador Federal da Advocacia Geral da União, Miguel Horvath Júnior⁷⁶ leciona que o “requerimento tardio efetivado após a liberação do segurado não gera pagamento do *auxílio-reclusão* por ausência do risco protegido no momento do requerimento”. Embora não tenha mencionado em que dispositivo legal se amparou para assim se expressar, acreditamos que seja o delineado no artigo 119 do Regulamento da Previdência Social (Decreto

⁷⁶. *Direito Previdenciário*, 7ª edição. São Paulo: Quartier Latin, pág. 313.

nº 3.048/99) que reza: “É vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado”.

Discordamos do entendimento dispendido por Miguel Horvath Junior, que certamente se fulcrou nesse artigo do RPS. O Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/98) no artigo em comento, extrapolou sua função de mero formalizador de normas administrativas expedidas pelo Poder Executivo, necessárias à execução da Lei nº 8.213/91.

Num país de significativo numero de analfabetos, de leigos em relação aos seus direitos subjetivos e, de falta de informação de direitos sociais pelos órgãos competentes, como é o do nosso país, é natural que haja demora no requerimento do benefício. Outrossim, também é inconcebível tal norma, pelo fato das prisões cautelares, na maioria das vezes, terem um prazo curto. A prisão temporária, *v.g.*, prevista na Lei nº 7.960/1989, poderá ser de 5 dias, podendo ser prorrogada por igual período (art. 2º); na hipótese de crime hediondo, por força do contido no § 4º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/1990, a prisão temporária será de 30, prorrogável por período. Outro exemplo é a prisão decorrente do estado de sítio, que não poderá ultrapassar 10. Tais prazos diminutos inviabiliza o pedido do benefício *auxílio-reclusão* em curtíssimo espaço de tempo.

Há casos ainda de prisões, como *v.g.*, a prisão em flagrante, em que o preso-segurado, mediante requerimento de *Hábeas Corpus* ou requerimento de liberdade provisória, obtém a sua liberdade judicial, com ou sem fiança, de modo a sair da prisão antes mesmo de 30 dias, que é o prazo legal para requerer e obter o benefício desde o início da prisão.

Portanto, no nosso entendimento, o disposto no artigo 119 do RGP é inconstitucional pelas razões já expostas e, não levou em conta que o *Auxílio-reclusão* é um benefício requerido pela camada social mais pobre do nosso país, o que por si só demonstra a existência de maior risco a ser protegido; ademais, são pessoas, na sua maioria, possuidoras apenas de ensino fundamental, cuja escolaridade rudimentar lhes causa perda de tempo considerável para a obtenção de informações deste seu direito.

A inserção de tal dispositivo também desconsiderou o fato de que a Defensoria Pública, quer no âmbito Federal quer Estadual, como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, não vem cumprindo o seu papel de orientar e de defender juridicamente os necessitados, em todos os graus.

5. 5. Termo final do benefício

O termo final do benefício *auxílio-reclusão* pode se dar pelas seguintes circunstâncias:

5. 5. 1. Suspensão

Suspende-se o benefício: *a)* fuga do segurado (ocorrendo a captura ou sua reapresentação, o benefício é restabelecido); *b)* deixar de apresentar trimestralmente atestado de prisão firmado pela autoridade competente (Delegado de Polícia ou Diretor de Presídio); *c)* concessão do livramento condicional – *sursis* – ou em decorrência da

progressão da pena para regime aberto; *d*) opção pelo recebimento do auxílio-doença, conforme disposto no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 10.666/2003.

Cabe ressaltar, com amparo no “*caput*” do artigo 2º, da Lei nº 10.666/2003, que o exercício de atividade remunerada pelo segurado durante o período em que estiver cumprindo pena em regime fechado ou semi-aberto, cujo labor o torna contribuinte individual ou facultativo do Regime Geral da Previdência Social, não causa a perda do recebimento do *auxílio-reclusão* por parte dos dependentes.

5. 5. 2. Cessação:

Cessa o benefício *auxílio-reclusão* nas seguintes hipóteses: *a*) soltura do segurado (art. 117 RPS); *b*) morte do segurado; *c*) emancipação ou atingimento da idade de 21 anos dos filhos, irmãos e enteados do segurado, exceto se inválido; *d*) extinção da última cota individual; *e*) cessação da invalidez, no caso de beneficiário inválido, recebimento de aposentadoria do segurado, desde optada pelos dependentes no período de privação da liberdade (§1º, do art. 2º, da Lei nº 10.666/2003).

5. 6. Renda mensal inicial

A renda mensal inicial corresponde a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, que o segurado recebia, ou do que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data da prisão.

Além do segurado preso não poder receber nenhuma remuneração da empresa, nem estar em gozo de benefício auxílio-doença,

aposentadoria ou abono de permanência (art. 116 do Decreto nº 3.048/99), o seu último salário-de-contribuição não poderá ser inferior ou igual a R\$ 752,12⁷⁷ (denominada baixa renda), sob pena dos dependentes ficarem legalmente impossibilitados de receber o benefício *auxílio-reclusão*.

Segundo o STJ⁷⁸, o momento da verificação do limite da renda para fins de obtenção do benefício é o do recolhimento do segurado à prisão, de modo que os dependentes não terão direito no caso de alteração posterior daquele limite, sob o argumento de que, assim como a pensão por morte é regida pela data do óbito, o *auxílio-reclusão* é regido pela lei vigente ao tempo da prisão.

Se o segurado estava desempregado no momento do recolhimento à prisão, mas mantinha a qualidade de segurado, tal situação não é óbice ao recebimento do benefício, inobstante o fato de seu último salário-de-contribuição na época, atualizado monetariamente, superar o limite estabelecido pelo artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20/88,⁷⁹.

5.7. Abono anual

É devido o abono anual aos dependentes do segurado preso. Trata-se de um direito positivado no inciso VIII, do artigo 7º da

⁷⁷.De acordo com a Portaria do Ministério da Previdência Social nº 48/09, este valor está vigendo a partir de 01.02.2009.

⁷⁸. STJ, REsp. 760767/SC, Dipp, 5ª T., un. 06.10.05.

⁷⁹.TRF 4, AI 200204010550601/RS, Baltazar (Conv.), 6ª T., un., 09.03.05.

Carta Magna, posteriormente inserido no Parágrafo único do artigo 40 da Lei nº 8.213/91.

Este abono, pago junto com o benefício *auxílio-reclusão*, também denominado Gratificação Natalina (§ 6º, do artigo 201 da Constituição Federal), corresponde a 1/12 (um doze avos) do valor do benefício devido em dezembro, do ano correspondente.

Havendo fração igual ou superior a 15 (quinze) dias, de recebimento do benefício, será contada como mês integral para efeitos de cálculos do quantum. Assim, v.g., se o benefício iniciou em 15 de março, o abono anual corresponderá a 10/12 (dez doze avos) do valor de R\$ 752,12 (setecentos e cinquenta e dois reais e doze centavos), ou seja, no importe de R\$ 626,77 seiscientos e vinte e seis reais e setenta e sete centavos.

5. 8. Acumulação de benefícios

É vedada a acumulação do benefício *auxílio-reclusão* por parte do dependente, com qualquer outro benefício de prestação continuada, exceto o seguro desemprego (§ 2º do art. 167 do Decreto nº 3.048/99).

Se o segurado, antes da prisão, já estava recebendo o benefício auxílio-doença ou aposentadoria, não cabe a conversão para *auxílio-reclusão*⁸⁰.

⁸⁰. É o que preleciona Miguel Horvath Junior, na sua obra *Direito Previdenciário*, 7ª edição, São Paulo: Quartier Latin, 2008, pág. 311.

Todavia, por opção dos dependentes, o benefício *auxílio-reclusão* pode ser convertido em auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por tempo de contribuição, ou aposentadoria por idade.

5. 9. Efeitos da fuga do preso

No caso de fuga do segurado preso, o benefício *auxílio-reclusão* será suspenso, conforme determina o disposto no § 2º, do artigo 117 do Decreto nº 3.048/99, que implicitamente tem o amparo do parágrafo único do artigo 80 da Lei nº 8.213/91. Com o retorno do preso à prisão o benefício é restabelecido.

A suspensão desse benefício previdenciário em decorrência da fuga do preso segurado, embora seja uma medida legal, é “*data venia*” iníqua, pois a condição de foragido, na prática em nada melhora a condição de subsistência dos dependentes do segurado, pelo contrário, agrava. Tampouco a suspensão do benefício intimida a fuga ou incentiva o seu retorno à prisão para o cumprimento do restante da pena.

5.10 Efeitos da morte do preso segurado

Com a contingência da morte do segurado preso em regime fechado ou semi-aberto, extingue-se o benefício até então recebido – *auxílio-reclusão* – pelos dependentes e, gera um outro benefício, conforme veremos abaixo.

5. 10. 1. Morte natural ou provocada

Na ocorrência de morte do segurado preso, o benefício *auxílio-reclusão*, concedido aos seus dependentes, será transformado em *pensão por morte* (art. art. 118 do Regulamento da Previdência Social).

5. 10. 2. Morte presumida

Na hipótese de morte presumida⁸¹ do segurado preso, ainda que após o evento fuga, o beneficiário do até então *auxílio-reclusão*, por força do disposto no art. 78 “caput” e § 1º, cumulado com o disposto no inciso III, do artigo 74, ambos da Lei nº 8.213/91, fará jus ao benefício pensão por morte, mediante a propositura de uma ação declaratória junto ao juízo competente, nos termos da Lei Adjetiva e Substantiva Civil e, desde que cumpridos os requisitos delineados nos respectivos dispositivos previdenciários em comento.

Para a Previdência Social, a morte presumida se dá após 6 (seis) meses de ausência do segurado. No caso do segurado preso, tal medida será possível na hipótese de não ter certeza da morte, no caso de acidente, desastre ou catástrofe, em virtude de não ter sido encontrado ou identificado o seu cadáver. No caso de segurado fugitivo, entendemos ser também possível esta medida judicial em comento, quando este desaparece do domicílio, sem deixar notícia.

Reaparecendo o segurado, o benefício pensão por morte (presumida) cessará e, os dependentes estão desobrigados de repor os

⁸¹. A **morte presumida** do segurado é a que lei impõe por presunção, nos casos de ausência, para que os herdeiros ou dependentes do ausente, desprovidos de meio para a subsistência, possam no prazo legal,

valores recebidos, exceto provada a má-fé. Por força do disposto no artigo 154, § 2º, do Decreto nº 3.048/99, em caso de má fé e após o devido processo (administrativo e ou judicial) transitado em julgado, o desconto pela Autarquia Federal (INSS) poderá ser feito de modo integral e por meses a fio, até atingir o total devido.

Entretanto, alguns julgados dos Tribunais Regionais Federais vem decidindo que retirar do segurado a totalidade dos valores a que este tiver direito junto a Previdência Social, como v.g., aposentadoria, a que faz jus, poderia representar uma séria ameaça à manutenção das condições mínimas de subsistência e, portanto, incompatível com a dignidade humana. Assim, uns entendem que o desconto deve ser do percentual mensal de 30% e outros no percentual 50% ⁸².

⁸². AC 2002.04.01.024666-3, 6ª T. TRF da 4ª Região, Relator Nylson Paim de Abreu, DJ 19.04.2000.

Capítulo VI – A INJUSTA LIMITAÇÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO- RECLUSÃO IMPOSTA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20/98

6.1. A mudança normativa “*ipsis litteris*”

Antes da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1.998, a redação constante no artigo 201 e respectivos incisos da Constituição Federal era a seguinte:

“Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

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

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

III – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

IV – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

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

Com a vigência da Emenda Constitucional nº 20/1998, artigo 201 e seus respectivos incisos da Carta Magna passaram a ter a seguinte redação:

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

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

II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

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

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

6. 2. Dúvidas e incongruências de interpretação surgidas

Da forma como redigido o inciso IV do artigo 201 da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 20, fica impossível para qualquer interprete, por mais erudito que seja e, independente do método aplicável, se gramatical, histórico, lógico, teleológico ou sistemático, qual foi a verdadeira intenção que o legislador constitucional derivado quis dar para a expressão “*salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda*”.

Alguns interpretes entendem que o benefício *auxílio-reclusão* somente é cabível para os segurados de baixa renda. Já outros, porém, entendem que por se tratar de um benefício em favor dos dependentes dos segurados, a palavra baixa renda é aplicável a estes, e não aos segurados.

O INSS como gestor dos valores pecuniários arrecadados e como responsável pelo pagamento do referido benefício, após a vigência da Emenda Constitucional 20/98, passou a restringir a concessão desta prestação securitária aos dependentes dos segurados, considerando como “baixa renda”, a condição dos segurados, nos moldes do disposto no artigo 116 e ss. do Regulamento da Previdência Social.

Como a lei ainda não definiu o que é “baixa renda”,

com amparo no artigo 13 da Emenda Constitucional em comento, atribuiu à “baixa renda” naquela época (dezembro de 1998), ao valor inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais). Atualmente “baixa renda é considerada como valor igual ou inferior a R\$ 752,12 (setecentos e cinquenta e dois reais e doze centavos)”.

Deve ser ressaltado que antes dessa Emenda Constitucional nº 20/98, o benefício *auxílio-reclusão* era pago sem esse iníquo redutor, e com base na remuneração de segurado. Essa mudança ocorreu juntamente com a introdução do Fator Previdenciário, outro redutor de benefícios, ambas sob o incongruente argumento de objetivarem a intensificação da correlação entre contribuição e benefício e, assim, possibilitar a manutenção de um equilíbrio financeiro e atuarial.

Contrariando o Projeto de Emenda Constitucional (PEC) do Poder Executivo que se transformou na E. C. nº 20/98, o tributarista *Hugo de Brito Machado*⁸³ assevera que ao se examinar os balanços gerais da União, nota-se com transparência que as contribuições para a Seguridade Social não tem gerado déficit, pelo contrário, tem gerado um superávit. Ocorre que, segundo ele, a União computa apenas as contribuições dos segurados e a cota patronal, deixando de lado as contribuições das empresas para a seguridade social, efetuadas com base no faturamento e no lucro.

Assevera ainda *Hugo de Brito*, que verbas da Seguridade Social, mediante leis aprovadas coniventemente pelo Congresso Nacional, de interesse da União, são destinadas para outras finalidades. Assevera ainda que tais leis aprovadas pelo Congresso são

⁸³. *Curso de Direito Tributário*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros, pág. 322.

inconstitucionais, pois os recursos da seguridade social, por força do disposto no § 1º do artigo 195, da Constituição Federal, por constituírem orçamento próprio, não podem ser empregadas para outros fins, de modo que devem ser atacadas pelos instrumentos processuais adequados.

A verdade é que a posição adotada pelo INSS, a partir de então, têm gerado grandes perdas para os dependentes dos segurados que se encontram presos, principalmente para os filhos menores de idade, que têm como única fonte de sobrevivência a remuneração proveniente do trabalho do genitor ou genitora, antes do cerceamento legal de sua liberdade, de modo a expô-los à marginalidade e à toda espécie de violência, inclusive de abuso sexual, como forma de buscar a subsistência.

Esta dupla interpretação ocorre não só na doutrina, como também na jurisprudência, pois o beneficiário ao buscar a tutela jurisdicional, por vezes tem obtido provimento do benefício *auxílio-reclusão* sob o fundamento do juízo competente, de que a “baixa renda” referida pelo legislador constitucional derivado é a dos dependentes⁸⁴ e não a dos segurados. Outras vezes, o entendimento judicial é de que a “baixa renda” referida na Constituição Federal (inciso IV, do art. 201), é a dos segurados⁸⁵ e não dos dependentes.

6. 3. A inconstitucionalidade da limitação imposta

O Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou o

⁸⁴ TRF 3ª Região AC nº 2006.03.99.038825-6 (1150002) – SP – Ac. 10ª T., 19.12.06 – Rel Des. Fed. Castro Guerra; A.I. 62660. Processo nº 200004010777544. UF: RS – TRF 4ª Região, Sexta Turma, julgado em 19/06/2001, DJU 11/07/2001 – Rel. Juiz Luiz Carlos de Castro Lugon.

⁸⁵ TRF 5ª Região, AC nº 95.0590444-6/PB. Rel. Abdias Oliveira, 1ª T. un., DJ 12.01.99.

mérito da Ação Civil Pública⁸⁶ promovida pelo Ministério Público Federal em São Paulo, perante a 2ª Vara Federal da Justiça Federal da Seção Judiciária de São Paulo – Processo nº 2004.61.83.005626-4, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inciso IV, do artigo 201, da Constituição Federal, dado pela Emenda Constitucional nº 20/98, como também, a inconstitucionalidade do artigo 13 da referida emenda, no que se refere a “baixa renda”, e o valor atribuído para tal fim, bem como a procedência da ação, para que seja concedido o benefício *auxílio-reclusão* independente da aplicação desse redutor.

No nosso entendimento, a limitação imposta pelo artigo 13 da Emenda Constitucional nº 20/98, à percepção do benefício *auxílio-reclusão*, que gerou a redação vigente do inciso IV, do artigo 201 da Constituição Federal, é inconstitucional, pelo fato de conspirar contra o princípio da isonomia (art. 5º, “*caput*”, da Constituição Federal) e, pelo fato de ter abolido direito e garantia fundamental (inciso IV, do § 4º, do artigo 60, da Constituição Federal). Também fere o princípio da solidariedade social, por conceder mediante critério esdrúxulo, benefício a uns e negar a outros (inciso I, do artigo 3º, da Constituição Federal)

Registram *Daniel Machado da Rocha* e *José Paulo Baltazar Junior*⁸⁷, “que em se cuidando de benefício previdenciário, pode a legislação previdenciária, em atenção ao princípio da seletividade, restringir o acesso de determinadas prestações para certos segurados, como ocorre com o salário-família. No caso do encarceramento do segurado em

⁸⁶. Nesta Ação Civil Pública o pedido de tutela antecipada não foi acolhido em nível decisão de primeiro grau de jurisdição, razão pela qual o “*Parquet*” interpôs Agravo de Instrumento, cujo provimento foi acolhido pelo TRF da 3ª Região, atribuindo validade à antecipação da tutela em todo o território nacional. O INSS inconformado apresentou reclamação junto ao STF, o qual suspendeu a eficácia da decisão proferida nos autos do Agravo de Instrumento que havia concedido a tutela antecipada, até a apreciação do seu mérito.

⁸⁷ *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, 8ª edição. Porto Alegre: Do Advogado, 2008, pág. 305

regime fechado, o que ocorre, porém, é a perda total da renda mais relevante para a manutenção da família, que ficaria, sem ela, completamente desassistida”.

Ousamos discordar dos autores em comento, pelo fato do salário-família não servir de parâmetro para tal entendimento, pela razão deste benefício ser um benefício adicional, de modo que por força do contido no Parágrafo único do artigo 65 da Lei nº 8.213/91, pode ser pago pelo INSS, cumulado com os benefícios aposentadoria por invalidez, aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade, desde que o segurado tenha filhos de qualquer condição, até 14 anos de idade e ou filhos inválidos de qualquer idade. Já o benefício *auxílio-reclusão* é um benefício substitutivo do salário do segurado, que deixa de receber proventos em decorrência da sua prisão (reclusão).

Segundo ainda o pensamento dos autores supra, “uma alternativa para que o dispositivo não seja considerado inconstitucional, por ofensa aos princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, seria considerar que a Emenda Constitucional instituiu um novo teto para o *auxílio-reclusão*”.⁸⁸

Igualmente, não coadunamos com tal entendimento, pois num país democrático, onde o preso tem direito-dever de trabalhar mediante remuneração e, nesta condição de trabalhador remunerado contribui para a Previdência Social como segurado, de modo que o limite pecuniário aos dependentes do segurado preso não pode ser diferente (com redutor de valores) dos demais benefícios em favor dos dependentes dos segurados previdenciários, sob pena de violação, repito, ao princípio de tratamento isonômico, de violação à uniformidade e à equivalência

[Idem, pág. 305.](#)

dos benefícios, estes últimos delineados no inciso II, do artigo 194 da Carta Magna.

Aplicando ainda no caso em comento, o **princípio da vedação do retrocesso social**, impõe-se que o rol de direitos sociais não seja reduzido em seu alcance de pessoas e quantidade de valores, de modo a preservar o mínimo existencial. Tal previsão tem o seu amparo implícito no § 2º, do artigo 5º e no “*caput*” do artigo 7º da Carta Política, por enunciar direitos “sem prejuízo de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Por tais razões, entendemos que padece de inconstitucionalidade a norma infra constitucional que limita (reduz) o pagamento do salário-família e do *auxílio-reclusão* aos “segurados de baixa renda”⁸⁹. Este princípio já foi empregado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade⁹⁰, ao decidir pela inconstitucionalidade do artigo 14 da Emenda Constitucional nº 20, que limitava o valor do salário-maternidade ao teto do Regime Geral da Previdência Social.

⁸⁹. Fábio Lopes Vilela Berbel, na sua obra *Teoria Geral da Previdência Social* - São Paulo: Quartier Latin, 2005, à página 209, coaduna com o nosso modesto entendimento, discorrendo sobre a irracionalidade e a desproporcionalidade do inciso IV, do artigo 201 da Constituição Federal, cuja redação foi determinada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.

⁹⁰. STF, ADI 1.946-DF, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16.05.2003.

Capítulo VII – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA PREVIDENCIÁRIA DO BENE- FÍCIO AUXÍLIO - RECLUSÃO

7. 1. Conceito de hipótese de incidência

De início, desejamos esclarecer que a regra matriz, norma que define a incidência do tributo, ou que descreve fato e estipula sujeitos da relação como também os termos; inobstante ser aplicado no âmbito do Direito Tributário⁹¹, é também cabível nos demais ramo do Direito, incluindo-se o Direito Previdenciário, razão pela qual neste

⁹¹. Refere-se às relações entre o fisco e os contribuintes, tendo por escopo regular as receitas de caráter compulsório. Abrange normas de disciplinadoras das atividades financeiras do Estado, regulando sua receita e despesa. É portanto, a ordenação jurídica da atividade desenvolvida pelo governo para receber e aplicar os meios econômicos indispensáveis à consecução de seus fins.

capítulo discorreremos de um modo dócil e condensado sobre a sua aplicabilidade no conjunto de normas que amparam o trabalhador e seus dependentes, garantindo-lhes os benefícios da Previdência Social, especificamente o benefício *auxílio-reclusão*, tema desta obra.

Sobre a expressão “conceito” trata-se de uma enunciação do pensamento por meio escrito e falado, derivado do latim “*conceptus*”. Em geral, todo o processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis. Assim entendido, esse termo tem significado generalíssimo e pode incluir qualquer espécie de sinal ou procedimento semântico, seja qual for o objeto a que se refere, abstrato ou concreto, próximo ou distante, universal ou individual, etc.

Para Geraldo Ataliba ⁹², a hipótese de incidência “É portanto, mero conceito, necessariamente abstrato. É formulado pelo legislador fazendo abstração de qual fato concreto. Por isso mera ‘previsão legal’ (a lei é, por definição, abstrata, impessoal e geral)”.

7.2. Descrição da hipótese de incidência

É primeiramente a descrição legal de um fato. É a formulação hipotética, prévia e genérica contida na lei, de um fato, o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato, seu desenho.

Ao contrário do Direito Tributário, que de certa forma representa uma subordinação e restrição Estatal sobre o indivíduo (pessoa física e jurídica), razão de sofrer interpretação restritiva, em observância ao princípio da legalidade, o Direito Previdenciário se fulcra principalmente

⁹². *Hipótese de Incidência Tributária*, 6ª edição. São Paulo, Malheiros Editores: 2005, pág. 58.

nos princípios norteadores da proteção e garantia aos direitos fundamentais, já que os benefícios dele oriundos, se constituem em direitos sociais protegidos pela Constituição Federal.

Como bem ensinava Feijó Coimbra⁹³, no campo da proteção social, as prestações referidas aos riscos se tornam devidas, como vimos, desde que, previsto em lei um desses riscos, como elemento material da hipótese de incidência da lei, no instante e local pressuposto, no mundo fático essa hipótese se venha materializar, criando um estado de necessidade para o trabalhador ou para seus dependentes. A materialização da hipótese legal gera, para o beneficiário (segurado ou dependente) um direito subjetivo inquestionável, cujo não atendimento pela instituição (INSS) dará ao seu titular ação para reclamar a prestação.

Partindo dessas premissas podemos decompor a hipótese de incidência previdenciária, em especial no âmbito do benefício **auxílio-reclusão**, que está disciplinada no artigo 80 da Lei ° 8.213/91 e nos artigos 116 “*usque*” 119, do Decreto nº 3.048/98, nos seguintes critérios: 1) material, 2) espacial, 3) temporal, 4) pessoal e 5) Quantitativo.

7.2. 1. Critério material

O critério material da hipótese de incidência no âmbito previdenciário é formado, invariavelmente, por um verbo transitivo e pessoal, seguido do seu complemento ou estado de terminada pessoa, consistente em ser, em dar ou em fazer, com fulcro nas normas que delineiam sobre filiação, proteção, manutenção e cotização.

⁹³. *Direito Previdenciário Brasileiro*, 7ª edição. Rio de Janeiro: Trabalhistas, 1997, pág. 122.

Assim, no âmbito do benefício *auxílio-reclusão*⁹⁴, o critério material é estar preso o segurado de baixa renda, em regime fechado ou semi-aberto; sem o recebimento de remuneração por parte da empresa; e não estar percebendo os benefícios auxílio-doença, ou aposentadoria, ou abono de permanência em serviço⁹⁵.

7. 2. 2. Critério espacial

Este critério determina ou delimita o local ou espaço onde ocorrerá os fatos delineados no critério material. Geraldo Ataliba⁹⁶ leciona que este critério indica explícita ou implicitamente o lugar onde ocorrerá o fato imponible – fato concreto da via real, inserido no mundo fenomênico.

Por não se tratar o benefício *auxílio-reclusão* de uma lei municipal, nem de uma lei estadual, e sim, uma lei federal, essa perspectiva genérica do espaço territorial da hipótese de incidência é aplicável em todo o território nacional, e quando cabível aplicável é o princípio da exterritorialidade⁹⁷.

⁹⁴. A razão desta *Ratio Legis* é proteger os dependentes do segurado de baixa renda que ficarem privados de recursos para a sua subsistência, provindos do trabalho do segurado, em decorrência da prisão deste.

⁹⁵. O benefício **abono permanência em serviço** foi extinto pela Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994. Tratava-se de um estímulo para os segurados continuar trabalhando, se homem, já com 35 anos de contribuição, se mulher com 30 anos de contribuição, sem requerer o direito à aposentadoria. Para os segurados que completaram todos os requisitos da Lei, antes de sua revogação, este tem o direito adquirido.

⁹⁶. *Hipótese de Incidência Tributária*, 6ª edição. São Paulo: Melhoramentos, pág. 104.

⁹⁷. Princípio pela qual se aplica a norma em território de outro Estado, segundo as convenções e normas internacionais.

7. 2. 3. Critério temporal

O critério temporal é um fenômeno que dependerá da ocorrência de fatos concretos futuros delimitados na norma e condicionado a certa temporariedade. O tempo é um evento gerador de efeitos ou conseqüências. Na hipótese do fato ter ocorrido antes do tempo previsto na norma, não terá conseqüência alguma por ausência de preceito.

No caso do benefício *auxílio-reclusão*, a delimitação normativa temporal incide de forma explícita. Dá-se o início da incidência do direito ao benefício, a partir do recolhimento do segurado ao sistema prisional, se requerido até 30 dias após a prisão (artigo 116, § 3º c.c. art. 105, I, Decreto nº 3.048/99); se requerido após esse decurso temporal, o início do benefício ocorre a partir da data do requerimento (artigo 116, § 3º c.c. art. 105, II, do já citado dispositivo).

Havendo beneficiário absolutamente incapaz, o início do benefício é a partir do recolhimento do segurado à prisão, independente do requerimento ter sido feito posteriormente pelo beneficiário ou por quem o represente (Parágrafo único do artigo 103 c.c. inciso I, do artigo 198 do Código Civil).

O benefício é suspenso: no caso de fuga do segurado; na hipótese de recebimento de auxílio-doença no período de privação da liberdade; por falta de apresentação trimestral do atestado firmado pela autoridade competente comprovando a prisão; ocorrendo o cumprimento da pena; quando o segurado passar a cumprir a pena em regime aberto ou adquirir o livramento condicional (*sursis*).

Há a extinção do benefício: na ocorrência de soltura do segurado preso (no caso v.g. de obtenção da liberdade provisória); na hipótese de morte do segurado (transforma-se em pensão por morte), ou morte do beneficiário; na emancipação ou maioridade de 21 anos dos filhos, enteados e irmãos do segurado (exceto se inválido); na cessação da invalidez dos dependentes inválidos; na concessão da aposentadoria durante o período da prisão; na extinção da cota individual.

Por força do disposto no Regulamento da Previdência Social, o requerimento do benefício efetuado após a libertação do segurado não gera o pagamento do auxílio-reclusão, por presunção de inexistência de risco protegido no momento do requerimento (artigo 119 do RPS)⁹⁸.

Entendemos, como já mencionado no Capítulo V, que o chefe do Poder Executivo, ao inserir o contido no artigo 119 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/98), extrapolou sua função de mero formalizador de normas administrativas necessárias à execução da Lei nº 8.213/91.

O Presidente da República, ao expedir normas de caráter administrativo, deve fazê-las visando a facilitação da execução da lei dependente de regulamentação; jamais criando ou modificando lei por decreto, como ocorreu no exemplo em comento. Trata-se, portanto, com observância ao disposto no artigo 103 e respectivos incisos, da Carta Política e na Lei nº 9.868/99, de uma norma inconstitucional, passível de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN).

⁹⁸. Reza o artigo 119 do Decreto nº 3.048/99 que: “*è vedada a concessão do auxílio-reclusão após a soltura do segurado*”.

7. 2. 4. Critério pessoal

Já o critério pessoal identifica e delimita os sujeitos que compõe a relação jurídica estabelecida pelo acontecimento de um fato hipoteticamente previsto na norma, no caso em comento, no benefício *auxílio-reclusão*. É composto de sujeito ativo, que é o detentor do direito subjetivo conferido pelo direito objetivo e, de sujeito passivo, do qual se exige o cumprimento da obrigação previdenciária.

Na configuração do sujeito ativo é levado em conta a pessoa que sofre os efeitos do risco social, ainda que outra seja a que receberá as prestações devidas pela Previdência Social. Sendo assim, o sujeito ativo são os dependentes de baixa renda e não o segurado.

O sujeito passivo no benefício em referência é o responsável pelo pagamento do benefício, no caso o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS –, autarquia federal criada a partir da Lei nº 8.029/90, que passou a substituir o INPS e o IAPAS nas funções de arrecadação e nas de pagamento de benefícios e prestação de serviço aos segurados e dependentes do Regime Geral da Previdência Social.

7. 2. 5. Critério quantitativo

É um critério normativo que possibilita o raciocínio para se chegar ao quantum pecuniário do benefício, através do salário-de-benefício (este método leva em consideração basicamente dois fatores: o valor das contribuições vertidas pelo segurado e o lapso de tempo no qual foram recolhidas estas contribuições).

No caso do benefício *auxílio-reclusão* é considerado também o fator redutor imposto pela Emenda Constitucional nº 20/98, que restringe a concessão desta prestação securitária aos dependentes do segurado de baixa renda. Como a lei ainda não definiu os beneficiários deste benefício, são considerados como tais àqueles que atualmente tem uma renda bruta mensal ou igual a R\$ 752,12⁹⁹ (setecentos e cinquenta e dois reais e doze centavos).

Na redação primitiva da Lei nº 8.213/91, a alíquota aplicável correspondia a 80% do valor da aposentadoria a que teria direito o segurado, se estivesse aposentado na data do seu recolhimento à prisão, mais tantas parcelas de 10% do valor da aposentadoria quantos fossem os dependentes, até o máximo de duas.

Atualmente, e desde a vigência da Lei nº 9.032/95, a alíquota ou percentual aplicável, para fins de concessão desse benefício, é de 100% do salário-de-benefício.

Para o fim de apuração do salário-de-benefício, o termo inicial do período de cálculo, para os segurados filiados à Previdência Social até 29 de novembro de 1999, será a partir de julho de 1994 (artigo 3º, da Lei nº 9.876/99) e, equivalente à média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo esse período contributivo.

Estando o segurado desempregado, quando de sua prisão, mas desde que mantida a sua qualidade de segurado (*§ 1º do artigo 116 do Decreto nº 3.048/99 c.c. artigo 15 “caput” e incisos, da Lei nº*

⁹⁹. Esta lei incongruente desampara a família do segurado com renda maior que este limite legal. Esclarecemos ainda que tanto a doutrina como a jurisprudência, divergem quanto ao sujeito de “baixa renda”, ora esta decide e aquela preleciona que é o segurado preso, ora que é o dependente do segurado.

8.213/91, cujo lapso temporal sem recolhimento das contribuições previdenciárias, pelas razões neles inseridas, é tido como período de graça), o fato do último salário percebido, ultrapassar¹⁰⁰ o teto considerado “baixa renda” pela E.C. 20/98, não é obstáculo para o recebimento do auxílio-reclusão. Se o segurado foi preso antes da EC nº 20/98, não se aplica o referido redutor.

Os Textos Constitucionais dos artigos 7º, inciso IV e 201, inciso IV, § 2º, cumulado com o artigo 2º, da Lei nº 8.213/91, impõe que os benefícios previdenciários, incluindo-se o auxílio-reclusão, não seja inferior ao valor do salário mínimo.

7.3. Outros preceitos de incidência

Ainda sobre a hipótese de incidência, leciona Alfredo Augusto Becker¹⁰¹, que ela “pode consistir em qualquer fato (sentido lato) positivo ou negativo, seja de natureza física, biológica psíquica, econômica, política, religiosa, etc”.

Assim, merecem destaques os preceitos, ainda que secundários à sua importância, mais como um complemento normativo desse benefício: *1)* a forma de pagamento, *2)* o local de pagamento.

7.3.1. Forma de pagamento

É uma prestação de execução continuada, de cunho pecuniário.

¹⁰⁰. AC do TRF 4ª Região – Apelação nº 38840 – Processo nº 2000.04.01.138670-8 – RS, 6ª Turma, Rel. João Surreaux Chagas, DJU 22.08.2001.

¹⁰¹. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª edição. São Paulo: Lejus, 1998, pág. 325.

7.3.2. Local de pagamento

No local onde o dependente reside (domicílio) com ânimo definitivo. Não se confundem domicílio e residência, esta expressão significa o local no qual a pessoa habita, já aquela tem maior alcance, englobando a noção de residência e a vontade da pessoa ali exercer as suas atividades¹⁰².

¹⁰².Roberto Denise Lisboa. *Manual de Direito Civil*, volume 1, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2.008, pág. 281.

Capítulo VIII – O TRABALHO DO PRESO E SEUS REFLEXOS DECORRENTES DA APLICABILIDADE DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

8. 1. O Trabalho humano

Num sentido amplo, trabalho pode ser considerado como toda e qualquer atividade, não se perquirindo a respeito do agente, da natureza ou da sua destinação. No que tange a atividade humana, a visão adotada é a restritiva, justificando-se a interação do trabalho como órbita do Direito, pois a atividade humana pode ter uma natureza econômica, ou não.

O homem num simples caminhar já realiza trabalho decorrente da energia potencial se transformar em movimento. Trata-se de um fato voluntário que, em regra nenhuma consequência acarreta, embora apto a gerar direitos, transformá-los, conservá-los ou extingui-los, hipótese em que se convola em ato jurídico ou negócio jurídico. Não precisa ser muito criativo para se imaginar situações em que um mero caminhar (ou um correr, enquanto caminhar aceleradamente) possa ter todas essas implicações¹⁰³.

É evidente, como bem leciona Maurício Godinho Delgado¹⁰⁴, que a palavra **trabalho** em sentido “*lato*”, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo ser humano, objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É em síntese, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.

Sendo o trabalho um conjunto de atividades humanas, intelectuais e ou braçais, que geram uma utilidade e, partindo da premissa de que relação de trabalho é o gênero (todo o trabalho humano) e tem como espécies as diversas relações jurídicas de trabalho, sejam elas subordinadas ou não, remuneradas ou não, podemos indicar as seguintes espécies:

a) relações de trabalho disciplinadas pela Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e leis

¹⁰³. Coadunamos com entendimento Rodney Doreto Rodrigues e Gustavo Doreto Rodrigues sob o tema - *A Nova Competência da Justiça do Trabalho – Uma Abordagem Inicial*, “in” **Justiça do Trabalho: Competência Ampliada**. Coordenadores Grijaldo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, às pág. 451.

¹⁰⁴. **Curso de Direito do Trabalho**, 7ª edição, São Paulo: LTr, 2008, pág. 286.

esparsas, sejam elas de relações individuais (relações de emprego) e coletivas (relações entre categorias profissionais, econômicas e diferenciadas), representadas pelos sindicatos;

b) relações de trabalho com o Estado, abrangendo todos os agentes públicos, sejam eles agentes políticos; particulares em colaboração com o Estado; servidores públicos civis (estatutários, empregados públicos ou temporários) ou militar (art. 42, § 3º, da Carta Magna);

c) relações de trabalho disciplinadas pelo Direito Comum, como *v.g.*, Direito Civil, Direito de Defesa do Consumidor e leis esparsas, mediante contratos ou consumo, em cuja relações o prestador de serviços é pessoa natural;

d) relações de trabalho proibido, como *v.g.* trabalho em cassinos, jogos de bicho, trabalho infantil, trabalho escravo, exploração do sexo, como *v.g.*: lascívia, favorecimento da prostituição, casa de prostituição, rufianismo, tráfico internacional de pessoas, tráfico internos de pessoas (arts. 227, 228, 229, 230, 230-A e, 231, todos do Código Penal);

e) outras relações de trabalho, assim denominadas, porque são reguladas pelo Direito, como por exemplo, o trabalho do cônjuge ou companheira que presta serviços no lar, e o trabalho do preso em regime fechado ou semi-aberto (Lei de Execução Penal).

8. 2. O Trabalho do preso no sistema prisional

A espécie de relação de trabalho a respeito da qual nos interessa dissertarmos neste capítulo é a do trabalho do preso (regime fechado¹⁰⁵ e semi-aberto), seja a prisão em decorrência de condenação criminal transitada em julgado ou prisão provisória, seja a prisão decorrente de decisão judicial cível.

Por força do disposto nos artigos 28, e 39-V da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Execução Penal), o trabalho do preso é um direito e um dever seu, de modo que o Estado tem de ofertá-lo em condições de manutenção da dignidade humana daquele, sem a imposição de castigos corporais ou outras formas de punição ativa.

O trabalho do preso, seja ele interno – art. 31 (dentro do sistema prisional) ou externo – art. 33 (fora do sistema prisional) por força do contido também no artigo 29 da Lei de Execução, deve de ser remunerado (é proibido a exigência de prestação de serviços sem qualquer benefício ou remuneração), não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo, levando-se em conta a habilitação e a condição pessoal do preso e as oportunidades ofertadas pelo mercado (art. 32). A jornada de trabalho não pode ser inferior a seis e nem superior a oito horas diárias, com descanso aos domingos e feriados.

Cabe antes ressaltar que, embora a lei preveja ser facultativo o trabalho do preso provisório¹⁰⁶, consagrada a possibilidade de

¹⁰⁵. O Regime Disciplinar Diferenciado, introduzido pela Lei nº 10.792/2003 é apenas uma sub divisão do regime fechado, mais rigoroso e exigente, não se tratando de um quarto regime de cumprimento de pena.

¹⁰⁶. Assim preleciona a Súmula 718 do STF: “Admite-se a progressão de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”.

haver a execução provisória da pena, cremos que está ele obrigado a desempenhar alguma atividade no estabelecimento onde se encontre, pois se pretende progredir de regime, passando v.g., do fechado para o semi-aberto, torna-se essencial que trabalhe, a fim de ser avaliado, quanto ao mérito, nas mesmas condições de igualdade dos demais condenados.

Quanto à prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas pelo condenado criminalmente, por se tratar de pena alternativa ao encarceramento, imposta pelo juízo criminal, tais serviços (tarefas), por força do disposto no artigo 46, § 1º, do Código Penal, não são remunerados, são gratuitos.

O artigo 39, inciso V, da Lei de Execução Penal ¹⁰⁷ é claro no sentido de que o trabalho é um dever do preso, logo, obrigatoriedade. Inobstante o Estado não poder forçá-lo a cumprir qualquer atividade, tarefa ou ordem, mediante punição (como v.g., a inserção em solitária), tem este, com amparo no artigo 50, inciso VI da Lei em comento ¹⁰⁸, o direito de considerar tal atitude de inércia (recusa ao trabalho), como falta grave, após a indispensável sindicância para tanto, na qual deve ser assegurado ampla defesa.

Tal falta grave (recusa ao trabalho) gerará anotação no prontuário do preso e, como consequência dessa conduta, seja ele condenado com trânsito em julgado ou preso provisório, perderá, se estiver em regime semi-aberto, o direito à saída temporária, pois em tal regime pode obter autorização do juízo da execução para saída temporária, sem vigilância direta, para: *I* – visita à família, *II* – frequência a curso supletivo

¹⁰⁷. Dispõe a Lei de Execução no seu artigo 39 - V que: *Constituem deveres do condenado: V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas”.*

¹⁰⁸. Assim reza o artigo 50 – VI, da Lei de Execução: *Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: VI – inobservar os deveres previstos nos incisos II e V do art. 39 desta Lei”.*

profissionalizante, bem como de instrução superior do segundo grau ou superior, na comarca do juízo da execução; *III* – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social (art. 122 LEP); além da perda ao direito à progressão e à remição.

O preso em regime fechado que for condenado mediante sindicância a pena grave decorrente *v.g.*, de recusa ao trabalho interno (dentro da prisão) ou trabalho externo (fora da prisão), também perderá o **direito à progressão de regime** e o **direito à remição**, conforme delineado nos artigos 112 e 126 “*usque*” 129 da LEP, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

8. 3. A Progressão de Regime e a Remição da Pena decorrente do trabalho do preso

O trabalho do preso, além da remuneração e de constituir a mais importante forma de reeducação e ressocialização, busca incentivá-lo ao trabalho honesto e a proporcionar-lhe, se possível, uma formação profissional que não possui. Também é uma oportunidade para a redução da pena, por meio da remição.

A progressão de regime da pena é a mudança do regime de prisão, como por exemplo, de fechado para semi-aberto, e de semi-aberto para aberto.

Já a remição da pena é o resgate da pena pelo trabalho, proporcionando ao condenado a possibilidade de diminuição da pena, conforme exerça uma tarefa atribuída pela direção do presídio (cadeia, casa de detenção, penitenciária, etc.).

O benefício – remissão – decorre da obrigatoriedade do trabalho, imposta como um dos deveres do preso. Para cada 3 (três) dias trabalhado reduz-se 1 (um) dia de pena. Na hipótese do preso ficar impossibilitado de prosseguir no trabalho, em decorrência de acidente, deverá continuar a se beneficiar da remissão (art. 126, § 2º da LEP).

Embora não exista previsão legal para a remissão da pena pelo estudo, o estudo do preso, é sabido, serve de laborterapia, pois tem o fito de ressocialização e propicia ao preso, melhores e mais adequadas condições de disputa no mercado de trabalho após o cumprimento da pena. Na jurisprudência há divisão sobre essa possibilidade, sem se poder apontar corrente majoritária.

À luz da lógica e por princípio de justiça, a escorreita exegese do artigo 126 da Lei de Execução Penal deve compreender também, no conceito de trabalho, a atividade escolar do preso, por sua transcendental importância como fator de promoção humana e poderoso instrumento de reforma de vida e costumes. Comprovado que o preso frequentou aulas em curso patrocinado pelo sistema penitenciário, faz jus à remissão de penas, na proporção de um dia para cada doze horas de efetiva atividade escolar.

Se “*o estudo é a luz da vida*”, como entendem e proclamam os pedagogos, e se “*abrir escolas é fechar presídios*”, estudar é uma forma de trabalho com sofisticação de criação, de produção e de aprimoramento¹⁰⁹.

¹⁰⁹. Coaduna com o nosso entendimento o Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, quando na qualidade de relator proferiu o r. acórdão no Agravo nº 70016246522, 5ª Câmara, TJRS, v. unânime, 06.09.2006.

Caso o trabalho não tivesse valor para fins de remição, deveria o condenado ter sido lembrado previamente a respeito. Não há como abusar de boa fé do preso que, colaborando na própria redução, se dispõe a trabalhar. Ademais, deve ser permitido o trabalho artesanal se não for possível a execução de outras tarefas diante da impossibilidade de recursos materiais da administração pública.

Tendo o preso desenvolvido a atividade artesanal por falta de oferta de trabalho por parte do Estado, não obstante o enunciado no artigo 32, § 1º, da Lei de Execução Fiscal, deve ser contado tal período, para efeito de remição¹¹⁰.

8. 4. O Trabalho do preso e a inexistência de relação de emprego

O Trabalho do preso é de suma relevância no processo de reeducação e ressocialização, elevando-se à condição de instrumento de afirmação de sua dignidade humana, e por força do disposto no artigo 28, § 2º, da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim sendo, o trabalho do preso não goza dos benefícios (como *v.g.*: 13º salários, férias, horas extras, FGTS) previstos na legislação trabalhista.

A justificativa do legislador constitucional derivado para que o trabalho do preso seja prestado sem o amparo da relação de emprego delineado na CLT, estaria nos contornos bem diferenciados do referido labor, visto como “dever social”, com finalidade preponderante “educativa” (art. 28 da LEP) e, de significativa importância na

¹¹⁰. RJDTACRIM, volume 5, página 32, janeiro/março. 1990 – Rel. Barreto da Fonseca.

“ressocialização do presidiário”, inobstante alguns dos presos nunca terem tido a oportunidade de socialização.

Em razão da inexistência de relação de emprego entre o preso e o tomador de serviços (empresa), não se pode admitir que a empresa terceirize toda a sua atividade ou produção para o presídio, sob pena de fraude às relações de trabalho, inaceitável prejuízo ao nível de emprego o que também constituiria uma ofensa no âmbito da ordem econômica, fundada esta, sobretudo na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, por gerar enorme concorrência desleal com as demais empresas, que admitem empregados e arcam com os custos dos direitos trabalhistas e previdenciários.

Pela mesma razão (inexistência de relação de emprego entre o preso contratado e a empresa contratante) é imprescindível que seja observado por esta e fiscalizado pelos órgãos públicos (Auditores Fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego) e pelos Sindicatos pertinentes à categoria laboral, o limite máximo de 10% (dez por cento) do número de empregados ativados em cada empresa com quem o presídio (penitenciária, casa de detenção, delegacia, etc) ou centro de ressocialização mantenha parceria (convênio), seja no trabalho externo, seja no trabalho interno e nas oficinas de trabalho, de iniciativa privada, conforme delineado nos artigos 34, “*caput*” e § 1º e 2º, cumulado com os artigos 36 e 37 da Lei de Execução Penal.

O limite de 10% (dez por cento) de presos para o total de empregados na obra (serviço público ou privado) deve ser aplicado sistematicamente, tanto para o serviço externo, como analogicamente para o serviço interno, incluindo-se os trabalhos em oficinas de trabalho de apoio aos presídios. Outrossim, o preso quando na prestação de

trabalho, jamais pode servir de *mão-de-obra barata* para as empresas privadas ou públicas.

Cabe ainda ressaltar, que o inciso II da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), expressamente afasta a possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício de emprego “com órgãos da Administração Público Direta, Indireta ou Fundacional”, mesmo em se tratando de contratação irregular de trabalhador, mediante **empresa interposta** ¹¹¹, em razão da ausência do requisito constitucional do concurso público (artigo 37, II e § 2º, da Carta Política).

A Orientação Jurisprudencial nº 321 da SDI-I do TST, em redação determinada pela Resolução nº 129/2005 é no sentido de que: “Vínculo empregatício com a Administração Pública. Período anterior à Constituição Federal de 1988. Salvo os caso de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019/1974, e 7.102/1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, inclusive ente público, em relação ao período anterior à vigência da Constituição Federal de 1988”.

8. 5. A suspensão do contrato de trabalho e a dispensa por justa causa em decorrência da prisão.

A prisão (reclusão) do empregado, seja ela de natureza criminal ou civil, torna impossível a prestação de serviço perante

¹¹¹. Juridicamente significa uma simulação que consiste em ocultar o verdadeiro interessado num ato jurídico, fazendo aparecer um terceiro em seu lugar.

o seu empregador; razão pela qual não ocorre o pagamento de salário por parte deste. Durante esse período o contrato de trabalho permanece suspenso, razão pela qual o empregador, como medida de cautela, deve requerer uma certidão de seu recolhimento à prisão. E como não há pagamento de salário, os dependentes (familiares) do empregado-segurado preso devem buscar junto ao INSS, o benefício *auxílio-reclusão*.

Ocorrendo a condenação criminal, com o seu trânsito em julgado¹¹², caso não haja a suspensão condicional da pena (*sursis*), neste caso o empregador poderá dispensá-lo por justa causa, com fulcro na alínea “d”, do artigo 482, da CLT, sob o entendimento teleológico da inviabilidade do empregado em continuar prestando serviços para o empregador.

Entretanto, caso o empregador decida pela rescisão contratual do empregado preso, mesmo não havendo decisão judicial de condenação transitada em julgado, a mesma deverá ser sem justa causa, com o correspondente pagamento de todas as verbas salariais e indenizatórias pertinentes a uma demissão imotivada. Neste caso deverá notificá-lo na prisão, pelo correio, com Aviso de Recebimento – AR, para nomear um procurador, a fim de receber as verbas rescisórias e dar quitação; ou através de um representante, comparecer no local onde o preso se encontra e proceder o pagamento das verbas em comento.

Tendo o empregado mais de um ano de relação empregatícia, é necessário que a rescisão contratual seja homologada no sindicato da categoria dos empregados ou na Delegacia Regional do Trabalho, caso em que haverá a necessidade de um procurador nomeado

¹¹². Conceito de decisão ou condenação judicial transitada em julgado: “*É a decisão judicial que não cabe mais recurso*”.

pelo empregado recluso, com poderes específicos para representá-lo.

Na hipótese da prisão do empregado ter relação com o contrato de trabalho, como *v.g.*, no caso deste praticar crime de furto, ou de roubo, ou latrocínio, de bens¹¹³ do empregador; nestes casos não há a necessidade de aguardar o trânsito em julgado da condenação criminal. A demissão deve ser imediata, na mesma data do fato criminoso ou na data que tomou conhecimento formal¹¹⁴ da prática criminosa e, por justa causa, nos termos do disposto na alínea “a”, do artigo 482, da Consolidação das Leis do Trabalho. Se esta medida não for tomada com imediatidade, entender-se-á que houve o perdão tácito do empregador.

8. 6. Normas de segurança e medicina do trabalho aplicáveis ao preso

Por força do disposto no § 1º, do artigo 28 da Lei da Lei de Execução Penal aplicam-se ao trabalho do preso, seja este prestado internamente (dentro do sistema prisional) ou externamente (fora do sistema prisional) toda a organização e os métodos preventivos e paliativos relativos à segurança, medicina e higiene do trabalho, discriminados na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)¹¹⁵ e, nas

¹¹³. Segundo **Flávio Augusto Monteiro de Barros**, na sua obra *Manual de Direito Civil*, vol 1, São Paulo: Editora Método, 2005, às pág. 171: BENS “*são coisas materiais ou imateriais que tem valor econômico e que podem servir de objeto numa relação jurídica*”

¹¹⁴. “A rescisão por justa causa exige do empregador a comprovação do cometimento de falta grave pelo obreiro” (TRT 9ª Região, ACO 13713/2006, Rel. Ubirajara Carlos Mendes, DJPR 12.05.2006).

¹¹⁵. A Consolidação das Leis do Trabalho, texto básico do Direito do Trabalho no Brasil, passou a ter vigência em 10.11.1934, fruto da necessidade de renovação do país, assumida pelo então Presidente da República Getúlio Vargas, pelo Ministro do Trabalho Alexandre Marcondes Filho e materializada pelo grupo de juslaboralistas encabeçados por Luiz Augusto do Rego Monteiro, quem a coordenou e a presidiu, bem como por Oscar Saraiva, Segadas Viana, Dorval Lacerda e Arnaldo Süsseckind, tem por finalidade dispor aos operadores do direito, um conjunto de princípios e de normas que regulam as relações entre empregados, empregadores e de ambos com o Estado, para efeitos de proteção e tutela do trabalho.

Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho (NR's) , contidas na Portaria nº 3.214, de 8 de junho de 1978, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

Como já mencionado anteriormente, é na CLT mais precisamente que vamos encontrar medidas de proteção ao trabalhador, em face das más condições de higiene e segurança nos locais de trabalho (empresas). É na CLT que encontramos os ordenamentos legais para os empresários (empregadores) aplicarem no sentido de evitarem os riscos de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais de seus empregados, incluindo-se o trabalhador preso que lhe presta serviços na sua sede ou filial, bem como as medidas coercitivas para se alcançar tais objetivos.

No Capítulo V da Consolidação das Leis do Trabalho encontramos dezesseis Seções dispendo sobre a Segurança e a Medicina do Trabalho (*art. 154 “usque” 201*). A medicina do trabalho compreende o estudo das formas de proteção à saúde do trabalhador enquanto no exercício de sua atividade, indicando medidas preventivas (higiene do trabalho), e remediando os efeitos através da medicina do trabalho propriamente dita.

A segurança do trabalho, por seus aspectos técnicos, em face da ação traumática e não patogênica, pertence à engenharia do trabalho, não obstante a conexidade com a medicina do trabalho. “A medicina e a segurança do trabalho é a denominação que trata da proteção física e mental do homem (trabalhador), com ênfase especial para as modificações que lhe possam advir do seu trabalho profissional. Visa, principalmente, as doenças profissionais e os acidentes do trabalho”¹¹⁶.

¹¹⁶. **Valentín Carrion**. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007, pag. 171.

Por força do disposto no artigo 157 da CLT, **cabe às empresas** cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; instruir os empregados, através de ordem de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças profissionais; adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente; quando necessário, fornecer gratuitamente EPI's (Equipamentos de Proteção Individual) e EPC's (Equipamentos de Proteção Coletiva) aos seus empregados.

Aos **trabalhadores**, incluindo o preso, cabe observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções através de ordem de serviço fornecidas pelo empregador, quanto às precauções a tomar para se evitar acidentes do trabalho e ou doenças do trabalho; colaborar com a empresa na aplicação das medidas preventivas e paliativas de segurança e medicina do trabalho, v.g., uso de EPI's e de EPC's , sob pena de até ser demitido por justa causa (art. 158 da Consolidação das Lei do Trabalho).

Como não existe a relação de emprego e sim relação de trabalho entre o preso e o tomador de serviços, é evidente que o preso não será demitido por justa causa, na hipótese de descumprir as normas de segurança, higiene e medicina do trabalho. Todavia, preceitua o artigo 39, inciso V, da Lei de Execução Penal que é seu dever a execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas. E o artigo 50, incisos IV e VI, preceituam ser falta grave o preso provocar acidente de trabalho, bem como inobservar, entre outros o dever previsto no inciso V, do art. 39 da Lei em comento. Como também preceitua o artigo 127 da Lei em comento que, no caso de punição por falta grave, haverá a perda do direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar.

É da competência do Ministério do Trabalho e Emprego, mais especificamente das Delegacias Regionais do Trabalho, e em especial dos Auditores Fiscais do Trabalho, ou daquelas que exerçam funções delegadas (art.626 da CLT, Convenção nº 81 da Organização Internacional do Trabalho – OIT – e Decreto nº 95.461/87, art. 185 e 200 da CLT): estabelecer disposições complementares às normas objetivando v.g., a criação de medidas preventivas, inclusive sobre EPI's e EPC's; estabelecer normas de segurança e medicina do trabalho em atividades insalubres e ou perigosas; estabelecer normas aplicáveis nos locais de trabalho, em face de risco de incêndio, calor, frio, umidade, ventos e de doenças por agentes patogênicos físicos, químicos e biológicos, incluindo-se normas de higiene e sanitárias; a coordenação, orientação, controle, supervisão e fiscalização das atividades relacionadas à segurança e medicina do trabalho, incluindo-se as campanhas de prevenção de acidentes do trabalho; conhecer dos recursos voluntários ou de ofício interpostos, em matéria e segurança e medicina do trabalho; impor penalidades cabíveis no caso de descumprimento das normas de segurança e medicina do trabalho, como v.g., multas pecuniárias; interditar ou embargar estabelecimento, setor de serviço, máquina ou equipamento, mediante laudo técnico, quando restar demonstrado grave e iminente risco para o trabalhador; fornecer alvará de aprovação, mediante inspeção, para fins de início de atividades das empresas ou de modificação substancias nas suas instalações e ou nos seus equipamentos; representar às autoridades competentes (prefeitos) quando houver riscos para a população, e para a autoridade policial (delegado de polícia) quando houver prática de infração penal pela empresa, através de seus prepostos.

Ainda por determinação prevista no ordenamento jurídico pátrio (art. 162 da Consolidação das Leis do Trabalho e Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego) e, objetivando a proteção

no que tange à integridade física e psíquica dos trabalhadores, a empresa que possui empregados submetidos ao regime da CLT deverá organizar e manter em funcionamento serviços especializados em engenharia e em medicina do trabalho, os quais se encontram em plena sintonia com a Convenção nº 161 – Serviços de Saúde do Trabalho – da OIT ¹¹⁷.

Constitui o **Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho - SESMT**, um órgão técnico da empresa composto exclusivamente por profissionais com formação especializada em segurança e ou medicina do trabalho, e tem como finalidades principais a elaboração e a implementação de programas de prevenção de acidentes e doenças ocupacionais nos ambientes de trabalho. Tais profissionais fazem periodicamente inspeções nos locais de trabalho objetivando identificar condições de risco nocivas à saúde ou à integridade física dos trabalhadores e tomar as medidas técnicas preventivas e ou corretivas.

Os profissionais integrantes do Sistema Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho – SESMT, junto às empresas com as quais, por força de lei e dependendo do número de empregados desta e do seu grau de risco, mantém vínculo contratual de relação de emprego, são: **Engenheiro de Segurança do Trabalho** ¹¹⁸ – deve ser engenheiro ou arquiteto com certificado de conclusão do curso de pós-graduação, com especialização em Segurança do Trabalho e com registro no CREA; **Médico do Trabalho** – deve ser médico com certificado de conclusão do curso de pós graduação, com especialização em Medicina do Trabalho e registro no CRM; **Enfermeiro do Trabalho** – deve ser portador do

¹¹⁷. A Convenção nº 161 da OIT foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 86, de 07.06.85, e promulgada pelo Poder Executivo mediante Decreto nº 127, de 22.05.91.

¹¹⁸. A legislação infraconstitucional, Lei nº 7.4210, de 27.11.1985, é a que ampara a formação e o exercício funcional dos profissionais especializados em Engenharia de Segurança do Trabalho e em Técnico de Segurança do Trabalho.

certificação de pós-graduação, com especialização em Enfermagem do Trabalho e com registro no CRE; **Auxiliar de Enfermagem** – deve ser auxiliar ou técnico de enfermagem, com certificado de conclusão de qualificação de Auxiliar de Enfermagem do Trabalho fornecido por instituição de ensino especializada, reconhecida e autorizada pelo Ministério da Educação e com registro no CRE; **Técnico de Segurança do Trabalho** – de ser possuidor de certificado de conclusão de ensino médio e concluído o curso de Técnico de Segurança do Trabalho, antigo Supervisor de Segurança do Trabalho, em escola especializada, reconhecida e autorizada pelo Ministérios da Educação e com registro e identidade expedida pelo Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho – DSST, da Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT, do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE.

É importante esclarecer que nem todas as empresas estão obrigadas em criar e ou manter tal sistema (SESMT) e, conseqüentemente contratar tais profissionais, pois tal obrigatoriedade depende do seu grau de risco relacionado com a sua atividade econômica (CNAE – Classificação Nacional de Atividades Econômicas) discriminada no Quadro I, da Norma Regulamentadora – NR 04, bem como do grau de risco e concomitantemente do número de empregados que possui ou irá possuir quando de sua instalação ou de formação em grupo empresarial (Dimensionamento do SESMT), contido no Quadro II, da referida NR (Norma Regulamentadora 04), ambas da Portaria nº 3.214/78 da Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho – SSMT, do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE.

A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA – tem por objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho

com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador.

Por força do disposto no artigo 163 da Consolidação das Leis do Trabalho e, conforme as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, é obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho (CIPA).

Cada Comissão Interna de Prevenção de Acidentes é composta de representantes das empresas e dos empregados, de acordo com os critérios adotados no artigo 164 da CLT e da NR 5 da Portaria nº 3214/78. Os representantes e suplentes dos empregadores (empresas) são por eles designados. Os representantes e suplentes dos empregados são eleitos em escrutínio secreto, de cuja votação participam, independentemente de filiação sindical.

O mandato dos membros titulares dos representantes dos empregados será de um ano, sendo permitida uma reeleição. A vice-presidência da CIPA cabe a um dos empregados eleitos, mediante escolha entre si. Os representantes eleitos, quer titulares, quer suplentes, não poderão sofrer despedida arbitrária, exceto por justa causa, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo técnico, econômico ou financeiro (art. 165 da CLT e artigo 10, inciso II, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)).

O preso em serviço interno ou externo (regime fechado ou semi-aberto), por não possuir vínculo empregatício com o empregador não pode ser eleito membro da CIPA, na qualidade de representante dos empregados; todavia, nada impede que o empregador, dependendo de sua habilitação e formação profissional, integre-o no seu quadro de membro do

Sistema Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT) ou o designe como representante do empregador (seja titular ou suplente), nos termos do disposto no item 5.6.1. da N.R. (Norma Regulamentadora) da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), até como mais um método de ressocialização.

8. 7. O Trabalho do preso e a relação existencial com a Previdência Social

O fato por si só de estar preso num dos sistemas prisionais do país, não significa ser segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social, inobstante a Constituição Federal estabelecer como princípio da seguridade social a universalidade de atendimento (C.F. art. 194, § único, I) e, a Lei de Execução Penal preceituar a Previdência Social entre os direitos do preso (art. 41, III).

O preso em regime fechado ou semi-aberto, que não exerce atividade remunerada e nem está vinculado a qualquer regime de Previdência Social, para ser segurado do Regime Geral Previdência Social, faz se necessário que passe a contribuir na condição de segurado facultativo, conforme delineado no inciso IX, do artigo 11, do Decreto nº 3.048, de 06.05.1999.

Caso na data da prisão tenha a condição-qualidade de segurado, tal condição perdurará até 12 (doze) meses após o livramento ou soltura, conforme dispõe o inciso IV, do artigo 15, da Lei nº 8.213, de 24.07.1991 (Planos de Benefícios da Previdência Social).

Exercendo o preso atividade remunerada, seja o trabalho

dentro (interno) ou fora (externo) do sistema prisional e, para uma ou mais empresas, com ou sem a intermediação da organização carcerária, ou ainda que trabalhe em atividade artesanal por conta própria, nesta hipótese, é segurado obrigatório da Previdência Social, como contribuinte individual, por força do contido na letra “o”, inciso V, do artigo 9º, do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99).

A redação originária do § 1º, do artigo 18 da Lei de Benefícios da Previdência Social, previa aos presos exercentes de atividades remuneradas, no caso de se acidentarem e, após a consolidação das lesões decorrente do acidente de qualquer natureza resultasse seqüelas que implicassem na redução da capacidade de labor, o direito de receberem o benefício auxílio-acidente. Com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 28.04.1995 até mesmo tal benefício em favor do presidiário acidentado foi excluído desta pequena proteção.

Como bem leciona Wladimir Novaes Martinez¹¹⁹, Foi abandonada a tradição de proteger acidentalmente o presidiário que exerce atividade remunerada, o que não tem muito sentido tal exclusão, pois, ele além da atividade remunerada ele mantém o vínculo com a Previdência Social, na qualidade de contribuinte obrigatório ou facultativo.

Talvez a razão incongruente que levou o legislador a adotar o procedimento de exclusão do preso que presta serviço remunerado, do benefício previdenciário auxílio-acidente, seja a mesma que levou também a exclusão deste mesmo benefício ao empregado doméstico, conforme inserido no artigo 104 do Decreto nº 3048/99.

¹¹⁹. Wladimir Novaes Martinez. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, 6ª edição, Tomo II - Plano de Benefícios. São Paulo: LTr, 2003, pág. 165.

O fato do recluso ou preso em regime fechado ou semi-aberto, exercer atividade remunerada, quer na qualidade de contribuinte individual ou facultativo, tal fato não acarreta a perda do direito ao benefício *auxílio-reclusão* pelos seus dependentes; é o que preceitua o § 6º, do artigo 116 do Regulamento mencionado no parágrafo supra, acrescentado pelo Decreto nº 4.729, de 9 de julho de 2.003.

8.8. Uma questão de enfrentamento

No ano de 2008 a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) apurou que no sistema carcerário brasileiro existem cerca de 440 mil presos, quase todos originários das camadas mais pobres.

Detectou também, numa investigação que durou 10 meses, com visitas a mais de 60 presídios e cadeias em 18 Estados brasileiros, que cerca de 130 mil detentos cumprem pena indevidamente em todos o País e, que os mesmos não recuperam para o convívio social após a prisão. Concluíram que tais fatos se dão, em parte, pela falta de defensores públicos, por apenas 10% dos presos trabalharem e por somente 13% estudarem.

O Deputado Federal Domingos Dutra (PT-MA) numa entrevista a Agencia do Brasil chegou a declarar que “o sistema carcerário brasileiro é um verdadeiro inferno”, pelo fato de poucos presídios, com raras exceções, oferecerem oportunidades para os presos se recuperarem.

A violência institucional é muito grande, ora decorrente na morosidade dos processos criminais, ora decorrente na morosidade das reivindicações nas pautas das rebeliões. Podemos ainda asseverar que tal

violência, em grande parte, é devida ao distanciamento do Poder Judiciário e do Poder Executivo no trato das questões penitenciárias.

Sendo o trabalho um direito-dever do preso, é inadmissível o Estado não cumprir essa sua obrigação, deixando cerca de 90% dos presos sem trabalho, cujo labor tem como finalidade principal a sua reeducação e reinserção na vida social (Lei de Execução Penal, art. 28).

Entendemos que no caso do Estado não prover trabalho para todos os presos em regime fechado e semi-aberto, os sem trabalho tem todo o direito da remissão (direito de ter menos um dia no total da pena, por três dias trabalhado), ainda que ficta (termo jurídico que significa presumida).

Muitas vezes também ocorre de o preso ou condenado em regime fechado ou semi-aberto ser segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social, possuir todos os requisitos legais para que os seus dependentes possam obter o benefício previdenciário de prestação continuada: *axílio-reclusão* e, este benefício não ser implantado pelo fato do preso e ou seus familiares, por serem originários das camadas sociais pobres e, desconhecerem este direito, que depende de requerimento perante o INSS.

São necessárias atitudes, de todas as camadas sociais, principalmente das autoridades governamentais, para acabar com esse ciclo vicioso e cada vez mais difícil de ser vencido, de homens e mulheres serem amontoados em celas sujas e imundas, sem projetos de ressocialização durante o tempo de cárcere e sem tratamento adequado e compatível com a dignidade humana.

E cabe a todos iniciar essas mudanças que se fazem urgentes, com fulcro na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal, no Código Civil, na Lei de Benefícios da Previdência Social e outras normas vigentes, em especial os advogados e sobretudo a Defensoria Pública¹²⁰, cujos profissionais, por serem militantes com o direito, são conhecedores profundos desta realidade cruel; exigindo formalmente das autoridades governamentais, seja do Executivo e ou do Judiciário, em favor dos recuperandos (reclusos), o direito de assistência jurídica, previdenciária, social, médica, psicológica, odontológica e educacional.

Eis uma questão de enfrentamento !

¹²⁰. Por força do disposto na Constituição Federal, no seu artigo 134: *“A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”*.

CONCLUSÃO

Nosso trabalho no tema escolhido “benefício previdenciário: **Auxílio-Reclusão**, no Regime Geral da Previdência Social”, foi realizado ciente do tamanho de sua complexidade e da polêmica que o mesmo traz nas exegeses doutrinária e jurisprudencial e, principalmente no que tange a extensão de sua aplicabilidade no universo da contingência social eleita pelo constituinte originário e derivado, como um dos riscos a serem cobertos pela Previdência Social.

Assim, por termos assumido o compromisso didático-científico e elucidativo, no que tange a extensão e o critério quantitativo do benefício em comento, procuramos laborar nossos apontamentos com

temas não tanto abordados pelos doutrinadores, procurando fazê-los com pesquisa teóricas-práticas e mais prescritivas do que descritivas, visando assim facilitar a explicação e o alcance do tema.

Na querela dos métodos aplicáveis nessa atividade epistemológica, e objetivando uma boa interpretação normativa, valemos do mais elementar de todos os métodos de interpretação, o gramatical, por consistir na descoberta do sentido literal de que se reveste o vocábulo no vernáculo pátrio ou alienígena, permitindo a correta exegese do preceito; como também do método de interpretação lógico, em especial das categorias da lógica formal, onde encontramos o modo pelo qual a regra deve ser aplicada aos casos concretos. Ainda nos valemos das demais regras como, *v.g.*, a teleológica, a sistemática, e principalmente os princípios regentes, exegéticos e valorativos, contidos na Carta Magna.

Dentre os princípios constitucionais de ordem social, aplicáveis à Previdência Social, e conseqüentemente aplicáveis ao benefício *auxílio-reclusão*, delineados nos incisos I “*usque*” VII, do Parágrafo único, do artigo 194 da Constituição Federal, encontramos também o princípio “regra de contrapartida”, conhecido como compensação, delineado no § 5º, do artigo 195 da Carta Política; cujo dispositivo reza que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”.

Seja qual for a metodologia aplicável para a interpretação da “norma de contrapartida”, é transparente o entendimento de que devem ser observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, de modo que os valores gastos com benefícios previdenciários e serviços, não podem em tese, superar as

receitas. Tampouco outro benefício pode ser implementado sem que haja previsão legal de como será custeado.

Em amparo ao princípio “regra de partida”, dispõe o artigo 96, da Lei nº 8.212/91, que o Poder Executivo deve anualmente enviar ao Congresso Nacional, acompanhando a Proposta Orçamentária da Seguridade Social (Previdência Social, Assistência Social e Saúde), projeções atuariais relativas à Seguridade Social, abrangendo um horizonte temporal de, no mínimo, 20 anos, considerando hipóteses alternativas quanto às variáveis demográficas, econômicas e instituições relevantes.

Ocorre que o Administrador Público Federal, na verdade, pratica uma política securitária de abandono do cânon atuarial, com a prevalência do interesse econômico sobre o social, do interesse político sobre técnico, sem dados biométricos e demográficos exatos e compatíveis à nossa realidade. O Instituto Brasileiro de Atuária – IBA – não vem cumprindo estes preceitos normativos de informações, para cujo descumprimento não existe sanção. A título exemplificativo, assevera Wladimir Novaes Martinez¹²¹, que o teor disposto no artigo 96 da Lei Básica da Previdência Social, de projeção atuarial anual, não foi cumprido entre os anos 1991 a 1998.

Outra realidade, é que para o cumprimento desta norma exige-se não somente um esforço gigante do Instituto Brasileiro de Atuária, mas também a colaboração intensa da iniciativa privada e os serviços de outros organismos, tais como a Fundação Getúlio Vargas (FGV), Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (FIBGE) e Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (DATAPREV).

¹²¹. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, 4ª edição. São Paulo: LTr, 2003, pág. 814.

Assim sendo, podemos afirmar com convicção, que o redutor imposto ao benefício *auxílio-reclusão*, pela Emenda Constitucional nº 20/98, para os dependentes dos segurados de baixa renda, além de inconstitucional, como já mencionado a alhures no Capítulo VI, não se fulcrou em projeções atuariais, que tem cunho técnico-científico, nem em regra de contrapartida, mas em meras proposições conjecturais do legislador constitucional derivado.

A ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público Federal, requerendo a inconstitucionalidade da E.C. nº 20/98, no que tange ao redutor imposto, embora decorrido mais de cinco anos, ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Enquanto isso, em face dessa morosidade judiciária, milhares de dependentes hipossuficientes, excluídos por esse redutor inconstitucional, continuam, infelizmente, a passarem por sérias dificuldades de subsistência.

Como bem disse *José Renato Nalini*¹²²: ***“Enquanto os excluídos não se fizerem ouvir, ou enquanto a surdez moral impedir os capazes de ouvir o clamor dos infelizes, de pouco valerá denominar-se cidadã a Constituição de 1988”***, porque continuarão existindo os ***“sem-teto, sem-terra, sem-emprego, sem-comida, sem-roupa, sem-saúde, sem-escola, sem-lazer, sem-brinquedo, sem-pais, sem-família”*** (grifo nosso).

Em decorrência da pública e notória morosidade do Poder Judiciário, na apreciação das lides, foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, o inciso LXXVIII, no artigo 5º, da Carta Política, que assim reza *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*. O referido texto foi

¹²². *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FDT, 1997, pág. 242.

acrescido, na tentativa de impedir que a justiça tardia não se converta em injustiça.

O problema está em saber o que significa “razoável duração do processo”, bem como quais os meios para assegurar a rapidez de seu trâmite. Oxalá o legislador logre êxito de esclarecer o ponto.

Ainda sobre a *celeridade processual*, o artigo 7º da Emenda Constitucional nº 45/2004 reza que: “*O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar em cento e oitenta (180) dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional*”.

Os cento e oitenta dias que a Emenda estabeleceu para apresentar os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria em comento venceram em 12 de dezembro de 2004.

Queira Deus, mesmo tendo já decorridos cerca de cinco anos, brevemente seja apresentado tais projetos, pois a celeridade¹²³ jurisdicional no nosso país até o presente momento, em prejuízo material e moral dos jurisdicionados, em prejuízo material e moral daqueles que nela militam, infelizmente não passa de uma ficção !

¹²³. Para Estevão MALLETT, *in Preferência nos procedimentos envolvendo idosos*. São Paulo: Revista LTr, ano 65, nº 2, de fevereiro de 2001, pág. 138: “... A *prioridade mencionada pelo legislador não significa, evidentemente, garantia de rápida conclusão do procedimento, o que seria mesmo uma incoerência. Circunstância que refogem ao controle da autoridade judiciária (quantidade de processos, número reduzido de funcionários, falta de recursos, instalações inadequadas, etc.) muitas vezes são determinantes na duração dos processos e a nova legislação não afeta em nada essas circunstâncias*”.

Um bom indicativo no sentido de que o caminho para se alcançar a prestação segura e rápida da jurisdição não é apenas a alteração da lei processual, pois o problema não reside nela, passa-se por ela, devendo ser atacado os ‘problemas econômicos, culturais e sociais’¹²⁴ que geraram o acúmulo de processo judiciais.

¹²⁴. O Ministro do TST e professor titular de Direito do Trabalho na PUC/SP, Pedro Paulo Teixeira Manus, na Revista do Advogado, ano XXVII, nº 97, às páginas 182 “*usque*” 183, também comunga com esse nosso entendimento.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de Direito Civil*, vol 1, São Paulo: Editora Método, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*, 3ª edição. São Paulo: Lejus, 1998.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Social*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*, 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBIO, Norberto. *Teoria de Norma Jurídica*. Traduzido por Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, 3ª edição. São Paulo: Edipro, 2005.

BOLLMANN, Vilian. *Hipótese de Incidência Previdenciária e Temas Conexos*. São Paulo: LTr, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARACUEL, Manuel R. Arcón, ORTEGA, Santiago Gonzáles. *Compendio de Seguridad Social*, 7ª edição, Madrid: Tecnos, 1991.

CARRION, Valentin *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 32ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra: 1999.

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito Previdenciário*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 7ª edição, São Paulo: LTr, 2008

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*, 7ª edição. São Paulo: Renovar, 2007.

_____. *Código de Penal Comentado e Legislação Complementar*, 6ª edição. São Paulo: Renovar, 2002.

DERZI, Heloisa Hernandes. *Os Beneficiários da Pensão por Morte*. São Paulo: Lex, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FILARD, Antonio Luiz. *Dicionário de Expressões Latinas*, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2002.

FRANCO, Alberto da Silva; STOCCO, Rui. *Código de Processo Penal Anotado e sua Interpretação Jurisprudencial*, 1º volume, 7ª edição. São Paulo: RT, 2001.

GERALDO, Ataliba. *Hipótese de Incidência Tributária*, 6ª edição. São Paulo, Malheiros Editores: 2005.

HORVATH JR, Miguel. *Direito Previdenciário*, 7ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente – Doutrina e Jurisprudência*, 6ª edição: São Paulo, Atlas, 2005.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*, 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

LISBOA, Roberto Denise. *Manual de Direito Civil*, volume 1, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Método. 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, 7ª edição, Tomo II – Plano de Benefícios. São Paulo: LTr, 2006.

____ *Comentários à Lei Básica da Previdência Social*, 6ª edição, Tomo II – Plano de Benefícios. São Paulo: LTr, 2003.

____ *Curso de Direito Previdenciário*, Tomo I, São Paulo: LTr, 1997.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 14ª edição. São Paulo: Malheiros.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, vol. 1, 21ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

MOLINA, Maldonado. *La Protección de la Vejes en Españã*. Valência: Tirant lo Blanch, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

NALINI, José Renato. *Constituição e Estado Democrático*. São Paulo: FDT, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado – Estudo integrado com Direito Penal e Execução Penal*, 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

____ *Código de Processo Penal Comentado*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PASTOR, José Manuel Almansa. *Derecho de La Seguridad Social*, 7ª edição: Tecnos, 1991.

____ *Del Risco Social a la Protección de la Necesidad*. Revista Íbero de Seguridad Social, nº 6, 1991.

PEREIRA, João Antonio G. *Curso Elementar de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTR, 1981.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*, 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROCHA, Daniel Machado da ; BALTAZAR JR., José Paulo, 4ª edição. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Do advogado, 2004.

____ *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*, 8ª edição, Porto Alegre: Do advogado, 2008.

RODRIGUES, Rodnei Doreto e RODRIGUES, Gustavo Doreto – *A Nova Competência da Justiça do Trabalho – Uma Abordagem Inicial*, “in” *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. Coordenadores Grijaldo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*, 2ª edição, São Paulo: RT, 1981.

____ *Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social*, 9ª edição. São Paulo: RT, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, Tomo I, 7ª edição, Rio de Janeiro, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

____ *Comentário Contextual à Constituição*, 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário – Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*, 9ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. *Processo Penal*, 21ª edição. São Paulo. Saraiva: 2004.

TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris. 2003.

Artigo:

BALERA. Wagner. *Da Proteção Social à Família*. São Paulo: Revista do Instituto dos Advogados.

NOTA SOBRE O AUTOR

JOSE ANTONIO DA SILVA é administrador de empresas e advogado. É pós-graduado e docente em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. É pós-graduado “*lato sensu*” em Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Previdenciário, todos pela Escola Paulista de Direito (EPD). É sócio-gerente do Escritório JAS & Advogados Associados e gerente jurídico da BORDA DO CAMPO LTDA. e da RONE Distrib. de Produtos Alimentícios Ltda. Associado da AASP, IAPE e do IBDFAM.

Contatos: E-mail: adv.jas@terra.com.br; Telefones (11)3285.0982, (16)3763.0500;

Celulares: (11) 9998.1044, (16) 9220.4080.