

FACULDADE DOCTUM DE CARANGOLA - DOCTUM
CURSO DE DIREITO

MARGARETE PACHECO RODRIGUES

**AUXÍLIO-RECLUSÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA BAIXA
RENDA**

CARANGOLA

2016

MARGARETE PACHECO RODRIGUES

**AUXÍLIO-RECLUSÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA BAIXA
RENDA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum de Carangola-MG, como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional e
Direito Previdenciário.

Orientador: Prof. Ricardo Araújo

CARANGOLA

2016

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada: **AUXÍLIO-RECLUSÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DA BAIXA RENDA**

Elaborada pela Aluna: Margarete Pacheco Rodrigues

Foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Integradas de Caratinga – FIC, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO

Carangola _____ de _____ de _____

Orientador

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela força e coragem durante esta caminhada. Aos professores, sou muito grata por me acompanharem durante a graduação, sempre motivando a prosseguir, por fazerem do aprendizado não um trabalho mas um contentamento. Obrigado a todos que durante este curso nos convenceram, a mim e meus colegas, de que éramos melhores do que imaginávamos.

"A verdadeira coragem é ir atrás de seus sonhos mesmo quando todos dizem que ele é impossível."

Cora Coralina

RESUMO

A presente monografia terá como estudo o benefício do auxílio-reclusão, mas precisamente abordará como tema central a inconstitucionalidade da Emenda nº. 20 de 15 de dezembro de 1998, que instituiu o requisito da baixa renda para a concessão do benefício. Várias são as discussões sobre a inconstitucionalidade dessa emenda constitucional, tanto no âmbito formal como material. A doutrina e a jurisprudência ainda se encontram divididas sobre o assunto, questionando a imposição da limitação por excluir o direito dos dependentes do segurado com renda maior do que a estipulada como um limite legal, bem como, de quem deveria ser a renda considerada para tal limitação, a do segurado preso ou a de seu dependente que é o verdadeiro beneficiário do auxílio-reclusão. Apesar do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em determinar que a renda a ser considerada é a do segurado, muitos tribunais tem entendido que a melhor solução é considerar a renda do dependente para a concessão do benefício, acreditando que este entendimento é mais justo, por não violar desta forma direito fundamental dos dependentes, e ainda, diante da subjetividade de cada caso em reconhecer a dependência econômica frente a prisão do segurado.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Auxílio-reclusão. Baixa renda.

ABSTRACT

This monograph will have as study the benefit of the seclusion aid, but will precisely address as central theme the unconstitutionality of Amendment no. 20 of December 15, 1998, which instituted the requirement of low income for benefit award. There are several discussions on the unconstitutionality of this constitutional amendment, both in the formal and the material spheres. The doctrine and jurisprudence are still divided on the subject, questioning the imposition of the limitation by excluding the right of dependents of the insured with income greater than that stipulated as a legal limit, and of who should be the income considered for such The insured person or his dependent, who is the true beneficiary of the confinement-aid. Despite the position of the Federal Supreme Court, in determining that the income to be considered is that of the insured, many courts have understood that the best solution is to consider the income of the dependent to grant the benefit, believing that this understanding is more fair, for Not violate in this way the fundamental right of the dependents, and also, before the subjectivity of each case in recognizing the economic dependence before the prison of the insured person.

Keywords: Unconstitutionality. Relief and seclusion. Low income.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - O BENEFÍCIO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO	12
1.1 Histórico do auxílio-reclusão	12
1.2 Requisitos para a concessão do auxílio-reclusão	14
1.3 Da qualidade de segurado do auxílio-reclusão	16
1.4 Dos dependentes do auxílio-reclusão	17
1.4.1 Dependência econômica.....	19
CAPÍTULO II - OS PRINCÍPIOS INERENTES AO AUXÍLIO-RECLUSÃO	21
2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	21
2.2 Princípios Constitucionais da Seguridade Social	24
2.2.1 Princípio da Universalidade da Cobertura e do atendimento	24
2.2.2 Princípio da Uniformidade e Equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	25
2.2.3 Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços.....	26
2.2.4 Princípio da Irredutibilidade do Valor do Benefício	26
2.2.5 Princípio da Equidade na Forma de Participação do Custeio	27
2.2.6 Princípio da Diversidade da Base de Financiamento	28
CAPÍTULO IV - PRISÃO E SUAS ESPÉCIES	30
3.1 Conceito de Prisão	30
3.2 Prisão Provisória	31
3.2.1 Prisão Preventiva	31
3.2.2 Prisão Temporária.....	32
3.2.3 Prisão por pronúncia	33
3.2.4 Prisão em flagrante	34
3.2.5 Prisão resultante de sentença Penal Condenatória	35
3.3 Prisão Penal	36

3.3 Prisão Domiciliar	37
CAPÍTULO IV - DO REQUISITO DA BAIXA RENDA	38
4.1 Histórico.....	38
4.2 Conceito de baixa renda.....	38
4.3 Da Inconstitucionalidade da Emenda n. 20/98.....	39
4.3.1 Da Inconstitucionalidade Formal	39
4.3.2 Da Incostitucionalidade Mateirial.....	41
4.4 O posicionamento dos Tribunais.....	44
CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERENCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

A presente tem por tema o benefício do Auxílio-Reclusão, que, bem como, os demais benefícios, tem por objetivo central garantir aos cidadãos, o mínimo necessário à sobrevivência com dignidade, o bem-estar, e à redução das desigualdades, a fim de alcançar a justiça social. Mas precisamente, o benefício do auxílio-reclusão, almeja proteger economicamente os dependentes do segurado preso.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 busca proteger a todos de alguma forma através da seguridade social por meio do sistema de custeio e necessidade. O artigo 201, inciso IV da CR/1988, com redação determinada pela Emenda Constitucional n^o 20, de 15 de dezembro de 1998, prevê os benefícios do salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.

Já a Lei 8.213/1991 traz como pressupostos para a concessão do benefício aos dependentes do preso, que este se encontre em cumprimento de pena em regime fechado ou semi-aberto; que esteja na qualidade de segurado e não receba remuneração da empresa que porventura estivesse empregado, e que não esteja recebendo aposentadoria, ou auxílio-doença ou abono de permanência em serviço. Deve ainda a última remuneração do recluso não ser superior ao parâmetro objetivo de R\$ 1.212,64 (um mil e duzentos e doze reais e sessenta e quatro centavos) fixados pela portaria do Ministério da Fazenda n^o 1, de 08 de janeiro de 2016.

Utiliza-se como critério de aferição do quesito da baixa renda, para obtenção do benefício previdenciário o último salário de contribuição para a Previdência Social, sendo desconsiderados todos os demais fatores que podem influir no conceito de baixa renda, principalmente fatores subjetivos dos dependentes e do segurado.

É necessário ressaltar ainda que o auxílio-reclusão é instrumento de política pública que tem por objetivo a recuperação do preso, possibilitando a estruturação do ambiente familiar para recepcioná-lo após sua liberação.

E é exatamente o requisito da baixa renda que é questionável por grande parte da doutrina, seria tal requisito constitucional? Quando analisado em face aos princípios da Contributividade e da Igualdade, pois se todos somos iguais perante a lei e se todos os segurados contribuem com a previdência, por quê somente os de

baixa renda possuem o direito de receber o auxílio? E a renda a ser considerada deve ser a do Segurado preso ou a renda do dependente? Estes são os questionamentos que se busca responder com o presente trabalho, se é Constitucional ou Inconstitucional o requisito da baixa renda para a concessão do benefício do auxílio reclusão.

Assim o objetivo geral do presente estudo é analisar de forma mais profunda a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da limitação imposta pela Emenda Constitucional n.º 20 de 15 de dezembro de 1998, ou seja, o requisito da baixa renda para a concessão do benefício previdenciário. E como objetivos específicos têm-se a necessidade de se verificar as desigualdades que acabam por ocorrer quando da concessão do benefício previdenciário do auxílio-reclusão no momento da avaliação do requisito da baixa renda; bem como, determinar quais princípios constitucionais acabam por ser mitigados ante a limitação do quesito da baixa renda.

O presente estudo tem por metodologia de pesquisa o levantando bibliográfico do conhecimento atual veiculado nas bibliografias nacionais sobre o benefício do auxílio-reclusão e a constitucionalidade do requisito da baixa renda como limitador a concessão do benefício. A presente monografia foi realizada por meio, portanto, da pesquisa bibliográfica, através da leitura crítica da doutrina, legislação e jurisprudência, uma vez que teve como fundamento metodológico a dogmática jurídica. Tudo com intuito de se responder os questionamento levantados acima. Adere-se a como técnica de análise de dados a qualitativa como melhor forma de se realizar o presente estudo, analisando os dados indutivamente.

Pretende-se usar como método de estudo nesta pesquisa o dedutivo, mas sem se esquecer do método dialético, pois não se pode deixar de interpretar dinamicamente o problema da inconstitucionalidade do requisito da baixa renda na concessão do benefício do auxílio-reclusão, bem como de forma totalizante a realidade e ponderar sobre fatos que não podem ser considerados fora de um contexto social, político e econômico. Por isso pretende-se realizar a análise e pesquisa através de um processo interdisciplinar, tratando de conhecimentos do Direito, mas, também de outros ramos como a sociologia, e os que se demonstrarem necessário para alcançar os objetivos do trabalho.

Por fim justifica-se a pesquisa diante da necessidade e a importância do estudo do tema "Auxílio-reclusão: (in) constitucionalidade do requisito da baixa renda" para área do Direito Previdenciário, uma vez que trata de tema de extrema

relevância na seara previdenciária, pois a verificação da possível inconstitucionalidade de um requisito essencial para a concessão de um benefício previdenciário interfere circunstancialmente no dia-a-dia da previdência, bem como, na vida de muitos segurados e seus dependentes.

Esta monografia será exposta em três capítulos uniformes, onde no primeiro serão tratadas as peculiaridades do benefício do Auxílio-reclusão. No capítulo seguinte serão abordados os princípios inerentes a previdência e especificamente ao benefício em tela e por fim e de extrema relevância será tratado o tema central do presente trabalho, a possível inconstitucionalidade da emenda n. 20/98, e seus desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais.

CAPÍTULO I - O BENEFÍCIO DO AUXÍLIO-RECLUSÃO

1.1. Histórico do auxílio-reclusão

O benefício do auxílio-reclusão teve sua primeira previsão no Decreto n. 22.872, e 29 de junho de 1933, o qual regulamentava o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos - IAPM, sendo disciplinado no artigo 63, descrito abaixo.

Art. 63. O associado que não tendo família houver sido demitido do serviço da empresa, por falta grave, ou condenado por sentença definitiva que resulte perda do emprego, e preencher todos as condições exigidas neste decreto para a aposentadoria, poderá requerê-la, mas esta só lhe será concedida com metade das vantagens pecuniárias a que teria direito se não houvesse incorrido em penalidade.

Parágrafo único. Caso o associado esteja cumprindo pena de prisão, e tiver família sob sua exclusiva dependência econômica, a importância da aposentadoria a que se refere este artigo será paga ao representante legal de sua família, enquanto perdurar a situação de encarcerados. (BRASIL,1993)

Com a criação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários - IAPB, em 1934, por meio do Decreto n. 24.615, e do Decreto n. 54, de 12 de setembro de 1934, que organizou o IAPB, bem como, regulamentou o auxílio-reclusão, através do art. 67.

Posteriormente a Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, Lei n. 3.807, de 26 de junho de 1960, acabou por regulamentar o benefício do auxílio-reclusão, onde previu inovações referentes à proteção do benefício. Tais inovações ampliou os dependentes e instituiu a carência de 12 meses. Assim, o artigo 43 da LOPS, fez alusão à concessão do auxílio-reclusão aos beneficiários do segurado que se encontre detento ou recluso, desde que este não recebesse qualquer espécie de remuneração da empresa, devendo ter realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais.

O auxílio-reclusão seguia as demais normas da pensão por morte, referentes aos dependentes, ao termo inicial e final, ao cálculo do valor do benefício quando da sua concessão.

Constitucionalmente, o auxílio-reclusão somente foi tratado pela primeira vez, na Constituição Federal de 1988, no artigo 201, I.

Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I - Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes do acidente do trabalho, velhice e reclusão. (BRASIL, 1988)

Em 1998, tal dispositivo foi alterado pela Emenda Constitucional de n. 20, de 15 de dezembro de 1988, onde foi instituída a baixa renda como um requisito para a concessão do benefício. Após a alteração o dispositivo passou a seguinte redação:

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:

(...)

IV - Salário-família e a auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda. (BRASIL, 1988)

O artigo 13 da Emenda Constitucional n. 20/98 disciplinou a Baixa Renda:

Art. 13. Até que a lei discipline o acesso ao salário família e auxílio-reclusão para os segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (BRASIL, 1998)

Portanto, a EC 20/98 que alterou o dispositivo 201 da Constituição limitou-se ao recebimento do benefício dos segurados reclusos que acabem por receber valor maior que o determinado pela portaria do Ministério da Fazenda nº 1, de 08 de janeiro de 2016, que regulamenta a Baixa Renda, que atualmente prevê o valor de R\$ 1.212,64 (um mil e duzentos e doze reais e sessenta e quatro centavos).

A lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, trouxe um capítulo próprio para o auxílio-reclusão, previsto no artigo 80.

O Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, também regulamentou o auxílio-reclusão, no que diz respeito a idade mínima de 16 anos para receber o benefício (art. 11), a baixa renda (art. 5º, IV), dependentes, entre outras regras para prestação do benefício do auxílio-reclusão.

Por fim a Lei 10.666, de 08 de maio de 2003, apresentou as últimas mudanças no benefício, referente ao custo a possibilidade do segurado recluso de

realizar as contribuições para poder usá-las na base de cálculo da pensão por morte quando vier a falecer.

1.2 Requisitos para concessão do auxílio-reclusão

O benefício previdenciário, denominado auxílio-reclusão, se encontra disciplinado pelo art. 80 da Lei n. 8. 213/91 e pelos arts. 116 e 119 da Lei n. 8.212/91. O art. 80 do PBPS traz em sua redação os requisitos de concessão do auxílio-reclusão.

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

Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário. (BRASIL, 1991)

Portanto, o auxílio-reclusão, observará as mesmas condições da pensão por morte, quando da sua concessão aos dependentes do segurado recolhido à prisão, desde que este não esteja em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria, bem como, não receba o segurado remuneração de empresa, pois, "se o segurado preso recebe remuneração de empresa, o auxílio-reclusão não é devido aos dependentes, porque não haverá a ausência de renda que lhes garanta o sustento." (ALVES, 2014, p. 573).

Diante do exposto no artigo 80, da Lei 8.213/91, supra transcrito, podemos concluir que a contingência do benefício é ser dependente do segurado recolhido a prisão que não receba qualquer remuneração de empresa, ou auxílio-doença, ou ainda aposentadoria, devendo o último salário de contribuição ser menor ou igual ao valor estipulado para a baixa renda. Ressalta-se que o requisito da baixa renda será tratado em tópico próprio, de forma mais detalhada, por ser o tema central do presente estudo.

"Tratando-se de cobertura previdenciária, é necessário que esteja mantida a qualidade de segurado no momento de sua prisão, valendo as mesmas

considerações expendidas em relação à pensão por morte." (SANTOS, 2013, p. 573).

Quanto ao tipo de prisão, a lei não faz qualquer distinção sobre o tipo ou motivo, podendo, para a concessão do auxílio-reclusão, ser a prisão penal, civil ou administrativa, cautelar ou não.

Sobre o assunto disserta Hélio Gustavo Alves:

Apesar de a prestação previdenciária ter a denominação auxílio-reclusão, o benefício é para quem está encarcerado, seja qual for o regime de reclusão ou de detenção, o que importa é se o segurado está preso, impedido de exercer a atividade laboral, independentemente do regime, pena ou espécie de pena. (ALVES, 2014, p. 60)

O art. 116, § 5º, da Lei n. 8.212/91 fala em regime fechado ou semi-aberto como se pode observar:

Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido a prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).

[...]

§ 5º. O auxílio reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto (incluído pelo Decreto n. 4729 de 2003) (BRASIL, 1991)

Ressalta-se que na redação original do dispositivo não se fazia qualquer referência ao regime de prisão.

Outro requisito, para concessão do benefício, é a necessidade de instruir o pedido do auxílio-reclusão com certidão de efetivo recolhimento do segurado à prisão, expedida por autoridade competente.

Por fim, quanto à carência, esta não é necessária, portanto, independe de carência para a concessão do benefício do auxílio-reclusão.

1.3 Da qualidade de segurado do auxílio-reclusão

É segurado do auxílio-reclusão aquele que estiver inscrito na Previdência Social, e estiver ainda regular com suas contribuições ou esteja em período de graça.

Sobre o assunto discorre com maestria Hélio Gustavo Alves:

O segurado inscrito e filiado na Previdência Social e que estiver em dia com suas contribuições previdenciárias ou dentro do período de graça previsto em lei estará em gozo da qualidade de segurado, fenômeno que garante ao segurado exigir seus direitos previstos pelo sistema normativo previdenciário, conforme vai atingindo o direito adquirido ao respectivo benefício. (ALVES, 2014, p. 73-74)

Apesar de o sistema previdenciário ser de caráter contributivo, onde o segurado só tem direito a uma prestação beneficiária, se estiver inscrito e filiado na Previdência e desde que esteja em dia com suas contribuições, a legislação previdenciária faz previsão da possibilidade de manutenção da qualidade de segurado, para os contribuintes que não consigam realizar o pagamento das suas contribuições por certo período de tempo, tal período é denominado período de "graça", ou ainda, quando o segurado esteja em gozo de benefícios, conforme aduz o artigo 13 do Decreto n. 3.048 de 06 de maio de 1999.

Art. 13 Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições.

I - Sem limite do prazo, quem está em gozo de benefício;

II - até doze meses após a cessação de benefício por incapacidade ou após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela previdência social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

III - até doze meses após cessar a segregação, o segurado detido ou recluso;

IV - até doze meses após o livramento, o segurado detido ou recluso;

V - até três meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar; e

VI - até seis meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo. (BRASIL, 1999)

Quanto à perda da qualidade de segurado, esta se dá no termo final dos respectivos prazos previstos no artigo 13, bem como reza o artigo 14 do Dec. n. 3.048/99

Art. 14 O reconhecimento da perda da qualidade de segurado no termo final dos prazos fixados no art. 13 ocorrerá no dia seguinte ao do vencimento da contribuição do contribuinte individual relativa ao mês imediatamente posterior ao término daqueles prazos. (BRASIL, 1999)

A qualidade de segurado pode ser restabelecida através de duas espécies, como aduz Alves:

- Primeira, ocorre de imediato, que é nas espécies de prestações que não exigem carência, como a aposentadoria por invalidez, auxílio-acidente e pensão por morte
- Segunda, vem regulamentado pela Lei n. 8.213/91, ou seja, caso o segurado perca a qualidade de segurado, pelo fato de ter expirado o prazo do período de graça, recuperasse a qualidade de segurado, se cumprir 1/3 do novo período de carência. (ALVES, 2014, p.76)

Portanto, uma vez perdida a qualidade de segurado, esta pode ser recuperada dependendo do caso de duas formas, imediatamente em determinados casos (auxílio-acidente e pensão por morte), ou após o cumprimento de 1/3 do novo período de carência.

1.4 Dos dependentes do auxílio-reclusão

O tema "dependentes" já foi tratado, por diversas normas e já sofreu várias alterações ao longo do tempo. A LOPS - Lei n. 3.807/60, já sofreu alterações, pelo Dec. n. 66/66 de 1979, pela Lei n. 5.890 de 1973, pela Lei n. 6.636 de 1979, ainda pela Lei 7.010 de 1982. Após todas as alterações, a dependência pela LOPS até as modificações realizadas pela Lei n. 8.213/91, se encontra da seguinte forma:

Art. 11. Consideram-se dependentes dos segurados, para os efeitos desta Lei: (redação dada pelo Decreto-lei n. 66, de 1966)

I - a esposa, o marido inválido, a companheira, mantida há mais de 5 (cinco) anos, os filhos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas (Redação dada pela Lei n. 5.890, de 1973)

II - a pessoa designada, que, se do sexo masculino, só poderá ser menor de 18 (dezoito) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida; (Redação dada pelo Decreto-lei n. 66, de 1966)

III - o pai inválido e a mãe; (Redação dada pelo Decreto-lei n. 66, de 1966)

IV - os irmãos de qualquer condição menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as irmãs solteiras de qualquer condição menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas: (Incluído pelo Decreto-lei n. 66, de 1966)

§ 1º A existência de dependentes de qualquer das classes enumeradas nos itens deste artigo exclui do direito às prestações os dependentes enumerados nos itens subsequentes, ressalvado o disposto nos §§ 3º, 4º e 5º. (incluído pelo Decreto-lei n. 66, de 1966)

§ 2º Equiparam-se aos filhos, nas condições estabelecidas no item I, e mediante declaração escrita do segurado: (Incluído pelo Decreto-lei n, 66, de 1966)

a) o enteado; (Incluído pelo Decreto-lei n, 66, de 1966)

b) o menor, que, por determinação judicial, se ache sob sua guarda; (Incluído pelo Decreto-lei n, 66, de 1966)

c) o menor que se ache sob sua tutela e não possua bens suficientes para o próprio sustento e educação. (Incluído pelo Decreto-lei n, 66, de 1966)

§ 3º Inexistindo esposa ou marido inválido com direito às prestações, a pessoa designada poderá, mediante declaração escrita do segurado, concorrer com os filhos deste. (Incluído pelo Decreto-lei n, 66, de 1966)

§ 4º Não sendo o segurado civilmente casado, considerar-se-á tacitamente designada a pessoa com que se tenha casado segundo rito religioso, presumindo-se feita a declaração prevista no parágrafo anterior. (Incluído pelo Decreto-lei n, 66, de 1966)

§ 5º Mediante declaração escrita do segurado, os dependentes enumerados no item III poderão concorrer com a esposa ou o marido inválido, ou com a pessoa designada, salvo se existirem filhos com direito às prestações. (Incluído pelo Decreto-lei n, 66, de 1966)

§ 6º O marido desempregado será considerado dependente da esposa ou companheira segurada do Instituto da Previdência Social - INPS para efeito de obtenção de assistência média. (Redação dada pela Lei n. 7.010 de 1982). (BRASIL, 1960)

Em 1991, com a promulgação da Lei n. 8.213/91, surgiu um novo conceito de dependência, onde estas passam por uma hierarquização, sendo os dependentes divididos em classes onde as primeiras classes excluem as posteriores, conforme art. 16 .

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - Os pais;

III - o irmão, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválidos;

IV - a pessoa designada, menor de 21 (vinte e um) anos ou maior de 60 (sessenta) anos ou inválida

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

§ 2º Equiparam-se a filho, nas condições do inciso I, mediante declaração do segurado: o enteado; o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda; o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação.(BRASIL, 1991)

Já a Lei n. 9.032/95 alterou certas regras de dependência, tais como, a exclusão do filho emancipado como dependente, bem como, a exclusão do irmão emancipado houve ainda com a entrada em vigor da Lei 9.032/99 o fim da prerrogativa de o segurado escolher qual dependente teria preferência no recebimento do benefício

A Constituição da República, mesmo após a Emenda de n. 20/98, não alterou tema dependentes para o auxílio-reclusão.

1.4.1 Dependência econômica

Podemos identificar dois tipos de dependência do segurado, sendo elas a econômica e a jurídica

No entanto, as leis infraconstitucionais trazem a hierarquização em classes de dependentes, como bem observa Hélio Gustavo Alves: "(...) a lei ordinária, decretos-leis e atos normativos, separam hierarquicamente as classes de dependentes, excluindo o direito de alguns dependentes e/ou os dependentes de 2ª e 3ª classes de receber a pensão." (ALVES, 2014, p.89)

Existem várias decisões judiciais indo contra a Lei n. 9.528/97, por exemplo, por excluir o menor sob a guarda judicial da condição de dependente, todas deferindo o benefício, indo a norma contra a Constituição da República, que no art. 226 onde aduz que a "família, base da sociedade, tem especial proteção do estado" (BRASIL,1988)

Diante dessa suposta inconstitucionalidade, é que surgiu na doutrina posicionamento que é contra a hierarquização de classes.

Primeiramente analisam-se as classes de dependentes. Segundo a legislação os dependentes de 1ª Classe são o cônjuge, o companheiro(a) e o filho ou equiparado a ele, desde que não emancipado, menor de 21 anos ou ainda inválido. Na 2ª Classe temos os pais e por último na 3ª Classe se encontram os irmãos não emancipados, de qualquer condição, desde que menores de 21 anos ou ainda inválidos e não emancipados.

A dependência econômica na 1ª Classe é presumida, ou seja, independe de prova, no entanto, nas 2ª e 3ª Classes a prova da dependência econômica se faz necessária e como se pode verificar da leitura do artigo 16, § 2ª, a existência de dependente de qualquer das classes, exclui do direito as prestações as das classes seguintes.

Parte da doutrina acredita que tal dispositivo deve ser avaliado com cuidado, visando os princípios primordiais da Previdência Social e a Constituição em seu art. 201, V, bem como, a LOPS, art. 37.

Hélio Gustavo Alves para melhor explicitar sobre o assunto, apresenta clássico exemplo:

(...) um rapaz mora com sua genitora, idosa, sem pensão alimentícia ou morte, desempregada, ou seja, sem renda alguma, logo, até então, é sua dependente, porém passados alguns anos, se casa, tem filhos e sua mãe continua residindo no mesmo teto, sendo, portanto, totalmente dependente economicamente, após alguns anos ele falece.

a luz do art. 16, § 2º, somente sua esposa teria direito à pensão por morte, sua mãe seria excluída pelo fato de estar equiparada na segunda classe e por não existir mais a figura da designação de dependentes, por força da Lei n. 9.032/95 (ALVES, 2014,p. 90)

De acordo com o exemplo citado acima por Alves, percebe-se com clareza que a genitora é também obviamente dependente econômica do seu filho, e analisando o referido caso a luz dos princípios da Universalidade, Uniformidade, Distributividade e Seletividade, como pilares fundamentais do sistema previdenciário em conjunto com o princípio da proteção a família, previsto na Carta Magna, nos arts. 226 e 227, é que vários doutrinadores acreditam que não se deve haver distinções entre as classes, assim se posiciona Alves.

Entendemos que não deveria haver distinção entre as classes dos dependentes e que o art. 16, § 2º, entra em conflito com o art. 201, V, bem como, com a própria lei que regula a pensão por morte, em que se configura a dependência, **se provada a dependência econômica**. (grifo do autor) (ALVES, 2014, p. 91)

Portanto, segundo esse posicionamento doutrinário, o art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213 de julho de 1991, fere a Constituição em seu art. 201, V, assim como os princípios constitucionais previdenciários.

CAPÍTULO II - OS PRINCÍPIOS INERENTES AO AUXÍLIO-RECLUSÃO

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Uma vez que o tema da presente se refere a problemas sociais, é relevante a abordagem do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, um princípio constitucional fundamental do Estado Brasileiro.

Expressão reconhecidamente vaga, a dignidade humana, ao longo da história, vem atormentando filósofos, sociólogos e teólogos. O tema, que tem sido inserido em várias Constituições, tornou-se merecedor da atenção dos juristas, que também têm grande dificuldade em dar-lhe um conceito substancial. A dignidade é considerada uma qualidade própria do homem, uma substância única, utilizada para distinguir os seres humanos, a palavra “*dignidade*” tem sua raiz etimológica no latim: “*dignus*” é “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o respeito à dignidade da pessoa humana veio a se tornar um comando jurídico no Brasil, assim como já havia acontecido em outras partes do mundo. Após a segunda guerra mundial e em resposta às atrocidades ocorridas, em 1948 as Nações Unidas proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 1º anuncia: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” Em 1947, a Constituição italiana já havia proclamado que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei.” Seguindo essa mesma linha de pensamento a Constituição portuguesa de 1976 estabelece em seu artigo 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” Do mesmo modo, a Constituição espanhola de 1978 dispõe em seu artigo 10, 1: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”

No Brasil, depois de mais de duas décadas sob o regime da ditadura militar, foi promulgada em 1988, a Constituição democrática, que traz em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como sendo um dos “Fundamentos da República Federativa do Brasil”. Segundo Moraes (2003, p. 83): “A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios

fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.” Dessa forma, pode-se dizer que é na dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica se apoia para que seja construída e isso significa que todos os setores da ordem jurídica são alcançados pelo valor da dignidade. Entretanto, existe uma dificuldade na aplicação de tal princípio, uma vez que podem haver conflitos entre situações jurídicas amparadas pelo mesmo princípio, dessa forma, há que se ponderar no sentido de que, para aplicar o princípio no benefício de uns, não haja o prejuízo de outros

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana ante o auxílio-reclusão serve de fundamento que justifica a ressocialização do preso, bem como, da reavaliação do nosso sistema previdenciário no que tange ao limite imposto ao recebimento do auxílio-reclusão. Vale ressaltar que além da função punitiva, a prisão, também tem por objetivo a reintegração social do preso. Ocorre que ao limitar o valor da renda, está o legislador não só punindo o autor do fato, mas também sua família.

Como bem ensina Alves:

[...] o sistema carcerário tem como função reeducar o preso e uma das formas de ressocialização é dar-lhe oportunidade de exercer uma atividade profissional dentro do sistema carcerário, fato que não ocorre. Logo, o preso, além de não estar sendo reeducado por uma falha no sistema, não pode exercer qualquer espécie de trabalho, primeiro por estar recluso, segundo por má administração do Estado em não construir uma penitenciária produtiva que proporcione o exercício profissional. (ALVES, 2014, p. 44)

Enfim, pode-se perceber que o auxílio-reclusão visa garantir a proteção do segurado e de seus dependentes, bem como o equilíbrio financeiro do país.

Alves ainda sobre o tema disserta:

A família tem um papel fundamental em toda a política pública do Estado, por fazer o futuro do País, pois a estabilidade financeira da família é muito importante para a manutenção da proteção social, previdência social e seguridade social, Tendo a família meio de criar seus pares de forma digna, estes não acarretarão um empobrecimento ao País, tirando do Estado a obrigação de fornecer proteção a mais um cidadão, ou seja, se o cidadão tiver o mínimo, terá seu meio de subsistência independente, isentando o Estado de gastos. (ALVES, 2014, p. 43)

Diante de todo o exposto, pode-se observar que o benefício do auxílio-reclusão, é um dos institutos que visam garantir o mínimo existencial para aquelas pessoas que vivem a margem da miséria. Um direito humano que pode ser detectado na Constituição que tem "a família como base de uma sociedade justa e solidária e que deverá ter total proteção do estado" (FERREIRA, 2011)

Diante da limitação da baixa renda do segurado, por diversas vezes a família do preso acaba por ficar desamparada, não cumprindo o auxílio-reclusão o seu objetivo que é substituir a renda da família, ou seja, o seu meio de subsistência. O auxílio-reclusão existe para garantir aos dependentes o mínimo existencial, na ausência da renda de quem dependiam.

Farias e Rosenvald (2012, p. 286), ensinam que:

O mínimo existencial atende ao mínimo sociocultural de uma vida saudável com possibilidade de realização de escolhas que atendam ao pleno desenvolvimento da personalidade. O ingresso à saúde básica, o ensino fundamental, assistência social, moradia, cultura e lazer são meios tendentes à promoção da igualdade material. Estes bens jurídicos formam o elemento nevrálgico dos direitos fundamentais sociais, sendo interdita qualquer forma de intervenção restritiva por parte do Estado ou de particulares.

Ao se visar uma sociedade justa e solidária como o faz a Constituição, se deve atentar também para os problemas sociais do país. Não podendo deixar a família abandonada e em situação de miséria, como se fosse esta que tivesse praticado o delito.

O benefício é mecanismo que surge para substituir a renda que o autor do fato deixa de auferir ao ser preso e, assim acaba por deixa desamparada sua família e sem meios de manter a sua subsistência. O benefício, portanto, vêm assegurar a subsistência digna da família do preso que fica na maioria dos casos a mercê da sorte.

2.2 Princípios Constitucionais da Seguridade Social

Antes de adentrar ao tema principal do presente trabalho, necessário o estudo dos princípios constitucionais que são inerentes ao auxílio-reclusão, para melhor compreensão do tema em questão.

Os princípios são essenciais ao direito, por orientar na elaboração, bem como, na aplicação das normas. "Os princípios constitucionais formam a base do direito e não deixam que o sistema normativo seja flexível a ponto de ferir as cláusulas pétreas, bem como, a democracia e os direitos e garantias fundamentais estampados na Carta Magna" (ALVES, 2014, p. 29)

Desta forma é que os princípios constitucionais são considerados hierarquicamente superiores as normas infraconstitucionais. O art. 194, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, traz em seu texto sete princípios constitucionais previdenciários:

Art. 194 A seguridade social compreende em conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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

I - Universalidade da Cobertura e do atendimento

II - Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

VI - Diversidade da base de financiamento;

VII - Caráter democráticos e descentralizados da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988)

Portanto, por se tratarem de princípios constitucionais, o respeito a estes é obrigatório, devendo ser declarado inconstitucional qualquer fato ou lei que estiver em desacordo com os mesmos.

2.2.1 Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento

Este princípio observa que a Seguridade Social, deve ampla proteção as pessoas necessitadas, cobrindo todos os eventos previstos na Seguridade social.

"Este princípio assegura ao cidadão ter cobertura em toda prestação prevista na seguridade social (previdenciária, saúde ou assistência social)" (ALVES, 2014, p.30), como, invalidez, deficiência física, maternidade, etc.

Portanto, a Universalidade de atendimento deve proteger as pessoas em estado de necessidade, e neste caso estão incluídos os dependentes do segurado recolhido à prisão, pois por ser a cobertura universal, todos fazem jus aos benefícios, sem qualquer distinção, desde que exista qualquer contingência, prevista positivamente

"Desta forma, existindo contingência ou risco, todos têm direito ao rol de prestações ou serviços oferecidos pelas normas de seguridade social, observadas as peculiaridades de cada benefício." (ALVES, 2014, p. 31)

Assim, qualquer cidadão brasileiro, tem direito a cobertura e atendimento, não devendo ser qualquer pessoa excluída da proteção social.

2.1.2 Princípio da Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

Quando se fala em prestações da Seguridade Social, esta a se referir a dois tipos de prestações, os benefícios e os serviços, estes são considerados bens imateriais a disposição do segurado, por exemplo, serviço social ou o serviço de reabilitação. Já o primeiro, trata-se das prestações pecuniárias.

Antes da Constituição de 1988, existiam dois regimes de previdência no Brasil, o Regime de Previdência Rural - RPR e o Regime de Previdência Urbana - RPU. Buscando eliminar essa distinção no tratamento do segurado urbano e rural, é que o constituinte inseriu o princípio em estudo na Carta Magna. Desta feita, equivalência se refere aos mesmos benefícios e serviços concedidos tanto ao segurado urbano como ao segurado rural.

"A uniformidade significa que o plano de proteção social será o mesmo para trabalhadores urbanos e rurais. Pela equivalência, o valor das prestações pagas a urbanos e rurais deve ser proporcionalmente igual." (SANTOS, 2013, p. 46)

Vale ressaltar que equivalência não significa igualdade, pois o cálculo do valor do benefício depende claramente do valor de custeio da seguridade, e segurados urbanos e rurais possuem formas diferentes de contribuição.

"Este princípio coloca numa mesma linha de direitos os trabalhadores rurais e urbanos quanto aos benefícios." (ALVES, 2014, p. 31)

Observa-se que a constituição de 1988, procurou tratar ambas as classes de trabalhadores - urbano e rural - com igualdade, sem distinção ou limitações para o recebimento dos benefícios.

2.2.3 Princípios da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços.

O legislador na criação das leis ordinárias sobre a Previdência Social seleciona os riscos e contingências a serem cobertas pela previdência, portanto, "trata-se de princípio constitucional cuja aplicação ocorre no momento da elaboração da lei e que se desdobra em duas fases: seleção de contingências e distribuição de proteção social" (SANTOS, 2013, p.46)

Devem as contingências serem baseadas na realidade social, buscando proteger as principais necessidades do ser humano, que são essenciais a sobrevivência com dignidade. No entanto, "não se visa generalizar o direito da seguridade social a todo o cidadão" (ALVES, 2014, p. 32)

Desta forma, cada benefício possui suas próprias condições para a concessão, sendo assim os beneficiários selecionados, e protegidos os mais necessitados.

Marisa Santos sobre o tema disserta:

Entretanto, a escolha deve recair sobre as prestações que, por sua natureza, tenham maior potencial para reduzir a desigualdade, concretizando a justiça social. A distributividade propicia que se escolha o universo dos que mais necessitam de proteção. (SANTOS, 2013, p. 46)

Quanto a Distributividade, portanto, trata-se de selecionar os beneficiários, de acordo com as suas necessidades.

2.2.4 Princípio da Irredutibilidade do Valor do Benefício

Tal princípio reza que os benefícios não podem ter seu valor real e nominal reduzidos, a fim de não se perder no poder de compra

Santos sobre o assunto Santos explica:

Os benefícios - prestações pecuniárias - não podem ter o valor inicial reduzido. Ao longo de sua existência, o benefício deve suprir os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade, e, para tanto, não pode sofrer redução no seu valor mensal (SANTOS, 2013, p. 46)

O Constituinte, visando manter o poder de compra dos benefícios, acabou por prevê, no art. 58, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, a necessidade de reajuste periódicos para os benefícios de prestação continuada em manutenção, com intuito de manter o valor real.

As legislações pertinentes deixam claro que o índice de reajuste não está vinculado ao salário mínimo, devendo ser usado para reajuste o Índice Nacional de Preços ao Consumidor - IAPC.

Alves em astuta observação disserta:

Vale ressaltar que, como o aumento da cesta básica é vinculado ao índice de aumento do salário mínimo, o salário de benefício do aposentado a cada ano tem perda agressiva, diminuindo abruptamente seu poder de compra, sendo este princípio totalmente utópico. A saída para o ideal da irredutibilidade do valor do benefício seria a equiparação do aumento do salário mínimo ao da aposentadoria, assim, o poder de compra jamais ocorreria. (ALVES, 2014, p. 33)

Assim, os benefícios devem ser reajustados a fim de preservar o poder de compra dos beneficiários, não podendo ser reduzidos.

2.2.5. Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio

O princípio da Equidade é um desdobramento do princípio da igualdade, onde se deve tratar igualmente os iguais e os desiguais de forma desigual na medida de suas desigualdades, de acordo com o art. 5º, caput da CRFB/1988.

Trata-se, portanto, a equidade do tratamento com igualdade desde que respeitada às diferenças. Este princípio está intimamente ligado com o princípio da capacidade contributiva.

Desta forma, cada contribuinte deve contribuir de acordo com suas possibilidades econômicas, de forma que quem tem mais deve contribuir mais.

Já Santos tem uma perspectiva diferente sobre este princípio:

A nosso ver, a equidade na forma de participação no custeio não corresponde, exatamente, ao princípio da capacidade contributiva. O conceito de "equidade" está ligado à idéia de "justiça", mas não à justiça em relação às possibilidades de contribuir, e sim à capacidade de gerar contingências que terão cobertura pela seguridade social. Então, a equidade na participação no custeio deve considerar, em primeiro lugar, a atividade exercida pelo sujeito passivo e, em segundo lugar, sua capacidade econômico-financeira. Quanto, maior a probabilidade de a atividade exercida gerar contingência com cobertura, maior deverá ser a contribuição. (SANTOS, 2013, p. 47)

Desta forma verifica-se entendimento diversificado do princípio em tela, a equidade estaria ligada a possibilidade de se gerar contingências, quanto maior sua possibilidade, maior deve ser sua contribuição. No entanto, parte majoritária da doutrina, encontra sentido para o princípio, relacionando-o com a capacidade contributiva, quanto maior a renda, mais capacidade para contribuir, devendo assim por equidade cobrar mais de quem tem mais.

2.2.6. Princípio da Diversidade da Base de Financiamento

É de responsabilidade de toda a sociedade o financiamento da seguridade social. "É um dos princípios que garantem a sobrevivência da seguridade social brasileira, pois ele assegura a legalidade das diversas fontes de financiamentos previstas no art. 195, I,II,III e IV da Carta Magna" (ALVES, 2014, p. 35)

Assim, várias são as fontes que custeiam a seguridade social, não sendo apenas o beneficiário a contribuir com a previdência. Portanto, "trata-se da aplicação do princípio da solidariedade, que impõem a todos os segmentos sociais - Poder Público, empresas e trabalhadores - a contribuição na medida de suas possibilidades." (SANTOS, 2013, p. 47)

A seguridade social é financiada por meio de recursos orçamentários da União, Estados-federados, Distrito Federal, e dos municípios, bem como, pelos empregadores, pelas empresas ou entidades a elas equiparadas, pelo trabalhador, pelas contribuições que incidem sobre as receitas dos concursos de prognósticos, e pelas contribuições pagas pelo importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar tudo nos termos do art. 195, da CRFB/1988.

Vale ressaltar ainda, que podem ser instituídas outras fontes de custeio, a fim de assegurar a expansão da seguridade social, no entanto, novas fontes de custeio

só podem ser criadas através de Lei Complementar, mas não podem as novas fontes serem cumulativas e não podem ter fato gerador ou base de cálculo próprios dos já previstos na contribuição.

CAPÍTULO III - PRISÃO E SUAS ESPÉCIES

3.1 Conceito de Prisão

Mirabete apresenta o seguinte conceito de prisão:

A prisão em sentido jurídico, é a privação da liberdade de locomoção, ou seja, do direito de ir e vir, por motivo ilícito ou por ordem legal. Entretanto, o termo tem significados vários no direito pátrio pois pode significar pena privativa de liberdade ("prisão simples" para autor de contravenções; "prisão" para crimes militares, além de sinônimo de "reclusão" e "detenção"), o ato da captura (prisão em flagrante ou em cumprimento de mandado) e a custódia (recolhimento da pessoa ao cárcere). Assim, embora seja tradição no direito objetivo o uso da palavra em todos esses sentidos, nada impede se utilize os termos "captura" e "custódia" com os significados mencionados em substituição ao termo "prisão". (MIRABETE, 2000, p. 359)

Segundo Nestor Távora:

A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir de decisão condenatória transitada em julgado, que é a chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com o respectivo sistema de cumprimento, que é verdadeira prisão satisfativa, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva. (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 545)

Consoante lição de Guilherme de Souza Nucci, prisão:

É a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere. Não se distingue, nesse conceito, a prisão provisória, enquanto se aguarda o deslinde da instrução criminal, daquela que resulta de cumprimento de pena. Enquanto o Código Penal regula a prisão proveniente de condenação, estabelecendo as suas espécies, formas de cumprimento e regimes de abrigo do condenado, o Código de Processo Penal cuida da prisão cautelar e provisória, destinada unicamente a vigorar, quando necessário, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. (NUCCI, 2016, p. 342)

Percebe-se que são encontrados no processo penal, diversos conceitos sobre prisão, no entanto, para o presente trabalho, o que se faz relevante é ter conhecimento de que, quando privado de sua liberdade de locomoção, por ter sido recolhido ao cárcere, o segurado não consegue exercer atividades laborativas de

forma remunerada, e diante da previsão do benefício do auxílio-reclusão, "e o sentido desta prestação previdenciária é suprir a lacuna da falta da renda alimentar para a família." (ALVES, 2014, p. 48)

O que interessa, portanto, é a noção de que a prisão se resume no cárcere do cidadão, onde este tem limitado o seu direito de ir e vir, sendo a prisão um dos requisitos essenciais para a concessão do auxílio-reclusão, Registra-se, por fim, que se o preso continuar recebendo renda da empresa que trabalha, não terá o direito de receber o auxílio.

Passa-se agora as espécies de prisões e em qual delas é cabível o referido benefício.

3.2 Prisão Provisória

A prisão Provisória, também conhecida como, prisão cautelar, processual ou sem pena, trata-se da prisão que, no transcorrer da persecução penal, antes do marco final do processo, se faz necessária. "Isso se deve a uma necessidade permanente devidamente motivada por hipóteses estritamente previstas em lei, traduzidas no risco demonstrado de que a permanência em liberdade do agente é um mal a ser evitado." (TÁVORA, ALENCAR, 2014, p. 48)

A prisão cautelar é uma das espécies de prisão e se subdivide em prisão preventiva, a prisão temporária, prisão resultante de pronúncia, prisão em flagrante e a prisão resultante de sentença penal condenatória não trânsitada em julgado.

3.2.1 Prisão Preventiva

Como visto a prisão preventiva é uma espécie de prisão provisória e está prevista no art. 312 do Código de Processo Penal.

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Távora e Alencar muito bem dissertam:

É a prisão de natureza cautelar mais ampla, sendo uma eficiente ferramenta de encarceramento durante toda a persecução penal, leia-se, durante o inquérito policial e na fase processual. Até antes do trânsito em julgado da sentença admite-se a decretação prisional, por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente (art. 5º, inciso LXI, da CF), desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, pois a preventiva, por ser medida de natureza cautelar, só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento. (TÁVORA; ALENCA, 2012, p. 579)

Trata-se, portanto, de uma prisão cautelar de natureza processual, uma medida de constrição de liberdade, que pode ser decretada em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, com o objetivo de para garantir a eventual execução da pena, tendo como objetivo preservar a ordem pública, econômica ou princípio da conveniência da instrução criminal. (ALVES, 2014, p. 49)

3.2.2 Prisão Temporária

A prisão temporária se encontra regulamentada no artigo 283 do Código Penal

Segundo Hélio Gustavo Alves:

É cabível a prisão temporária quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento da sua identidade; quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio b) doloso; c) sequestro ou d) cárcere privado; e) roubo; f) extorsão mediante sequestro; g) estupro; h) atentado violento ao pudor; i) rapto violento; j) epidemia com resultado de morte; k) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio; tráfico de drogas e n) crimes contra o sistema financeiro. (ALVES, 2014, p.50)

A prisão temporária somente pode ser decretada pela autoridade judiciária, mediante a representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz, uma vez que se trata de medida inerente da fase investigativa.

A prisão temporária, como o próprio nome já diz, possui prazo determinado para a sua duração. Como regra geral a prisão temporária terá prazo de 5 (cinco) dias, podendo ser prorrogável por igual período em caso de comprovada e extrema necessidade.

Nos crimes hediondos e assemelhados (prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo) o prazo da prisão temporária é de 30 dias prorrogável por mais 30 dias, quando também comprovada a extrema necessidade.

No que diz respeito ao benefício do auxílio-reclusão, este é totalmente cabível, assim como na prisão preventiva, para o mesmo período de tempo que o segurado permanecer preso, no caso da temporária o prazo de concessão será determinado, ou seja, por 5 ou 30 dias, podendo ser prorrogado por igual período quando a prisão também for prorrogada, desde que as demais exigências para a concessão do benefício previdenciário estejam preenchidas.

Observa-se que o auxílio-reclusão é revogado quando não for prorrogada a pena.

3.2.3 Prisão por pronúncia

Esta espécie de prisão está prevista nos art. 413, § 3º, do Código de Processo Penal.

Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar explica que:

A decisão de pronúncia encerra a primeira fase do julgamento no procedimento escalonado do júri, remetendo o réu ao *judicium causae*, que conta com a participação dos jurados. Figurando a primeira fase do júri como um filtro quanto à admissibilidade da acusação, esta interlocutória mista consagra a presença da justa causa (existência do crime e indícios de autoria) para a continuidade do julgamento, que passará a contar com a participação popular, no âmbito da atuação dos jurados. Sendo eles juízes leigos a força simbólicas de uma prisão pode ser decisiva para o julgamento, e é justamente na pronúncia que o magistrado deve deliberar se o réu permanecerá, durante a segunda fase, em liberdade ou no cárcere. (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 601)

A prisão decorrente da decisão de pronúncia não possui prazo determinado, podendo se estender até que não haja mais necessidade de manter o acusado

preso, segundo entendimento do juiz responsável, ou até o julgamento final do processo ou ainda por meio de recurso que revogue a decisão do juiz pretor.

Quanto ao auxílio reclusão, este é totalmente cabível nos casos de prisão por pronúncia, e deve perdurar durante todo o período em que o segurado permanecer preso, desde que preenchidas as demais exigências para a concessão do auxílio-reclusão.

O benefício deve ser cessado quando for expedido alvará de soltura.

3.2.4 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante está regulamentada no art. 302, do Código de Processo Penal.

Art. 302. 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 ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Esta espécie de prisão trata-se de uma medida de constrição de liberdade de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo. Não exige, esta espécie, de ordem escrita do juiz, uma vez que o réu é surpreendido cometendo o ato ou logo após cometer:

Nucci (2016, p. 350) conceitua:

Flagrante significa tanto o que é manifesto ou evidente, quanto o ato que se pode observar no exato momento em que ocorre. Neste sentido, pois, prisão em flagrante é a modalidade de prisão cautelar, de natureza administrativa, realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal (crime ou contravenção penal).

Na prisão em flagrante o infrator é preso imediatamente, tendo em vista que aparentemente a materialidade e autoria da conduta criminosa é facilmente presumida diante do domínio visual dos fatos. O transgressor pode ficar preso desde o momento da prisão até o resultado final do processo, ou pode ser liberado quando

houver o pagamento de fiança, nos crimes afiançáveis, ou ainda, quando a autoridade policial ou o magistrado competente detectarem irregularidades no auto de prisão em flagrante.

No que diz respeito ao pagamento do benefício previdenciário em tela, deve-se observar o período de tempo que o segurado permaneceu no cárcere impedido de exercer suas atividades laborativas em função da prisão. Ele só terá direito ao auxílio se ficou preso por tempo suficiente para impedir o labor, e com isso resultar em corte de sua renda.

O auxílio-reclusão deve cessar quando houver o relaxamento da prisão em flagrante, e com isso possa novamente exercer atividade laborativa.

3.2.5 Prisão resultante de sentença penal condenatória

A prisão resultante de sentença penal condenatória era regulamentada pelo artigo 393, I, combinado com o artigo 594, ambos do Código de Processo Penal, que diziam:

Art. 393. São efeitos da sentença condenatória recorrível:

I - ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança;

Art. 594 o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto.

No entanto, esses dispositivos foram revogados pela Lei 11.719/2008, e hoje passa-se a considerar, para a decretação da prisão cautelar, em razão de sentença condenatória, o disposto pelo art. 387, § 1º, do CPP: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.”.

Nucci sobre essa modalidade de prisão ensina que:

O réu que aguardou preso o decorrer da instrução deve continuar detido, como regra, após a prolação da sentença condenatória, caso tenha sido aplicado o regime fechado. Se antes do julgamento de mérito, que o considerou culpado, estava cautelarmente recolhido, com mais lógica assim deve permanecer após a condenação.

Excepcionam-se desse raciocínio os casos em que os motivos que levaram à prisão cautelar, durante a instrução, findaram. (NUCCI, 2016, p 369)

Relevante salientar que é na sentença condenatória que o magistrado estipula o regime inicial em que o acusado irá cumprir a pena, podendo ser o regime aberto, semi-aberto ou fechado.

Quanto ao benefício do auxílio-reclusão, ele é totalmente cabível para esta espécie de prisão quando o réu dá início ao cumprimento da pena em regime semi-aberto ou fechado, pois nesses casos a decisão condenatória possui força para recolhê-lo à prisão ou para mantê-lo preso quando este já se encontra nela. Quando o regime inicial for o aberto, o benefício do auxílio-reclusão não é cabível, pois o réu estará livre para trabalhar.

O auxílio-reclusão deve cessar quando o preso estiver livre para exercer atividade laborativa, seja porque o regime prisional permitiu ou por que já cumpriu sua pena.

3.3 Prisão Penal

A prisão Penal é aquela cumprida após o trânsito em julgado da sentença condenatória onde se estipulou como sanção a pena privativa de liberdade.

Alves (2104, p. 54) bem ensina que:

Neste caso, o segurado foi considerado culpado pelo crime que cometeu, tendo sua pena estabelecida, e se tal pena for de recolhimento à carceragem e analisados os requisitos necessários para a concessão do auxílio-reclusão, caberá o benefício, mas se a pena não tiver força de prendê-lo, ou seja, o réu tiver a oportunidade de cumprir pena em liberdade, não caberá a prestação previdenciária, pois o réu, mesmo condenado, está livre para suas atividades profissionais.

O benefício quando concedido no caso de prisão penal deve cessar quando este for posto em liberdade, seja pelo cumprimento de sua pena, ou por progressão de regime, onde poderá exercer atividades profissionais.

3.4 Prisão domiciliar

A Lei 12.403/2011 criou a prisão domiciliar, para a fase processual, prevendo hipóteses de cumprimento da prisão preventiva em residência, fora do cárcere fechado.

Os casos são os seguintes, conforme prevê o art. 318 do CPP: a) maior de 80 anos; b) pessoa extremamente debilitada por motivo de doença grave; c) agente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de seis anos ou com deficiência; d) gestante a partir do sétimo mês ou sendo a gravidez de alto risco.

Exige-se prova idônea de qualquer dessas situações (art. 318, parágrafo único, CPP).

A prisão domiciliar não é nova medida cautelar restritiva de liberdade; cuida-se, apenas, do cumprimento da prisão preventiva em residência, de onde somente pode o sujeito sair com autorização judicial.

O juiz somente deve autorizar a transferência ou o recolhimento do agente, quando decretada à prisão preventiva, para sua residência nesses casos extremos.

Neste caso, é cabível o auxílio-reclusão enquanto perdurar a prisão, uma vez que o réu preso domiciliarmente não está autorizado a sair de sua residência.

O benefício do auxílio-reclusão cessa quando o preso for posto em liberdade e possa conseqüentemente exercer atividade laboral.

CAPÍTULO IV - DO REQUISITO DA BAIXA RENDA

4.1 Histórico

O requisito da baixa renda surgiu na legislação brasileira com o advento da Emenda Constitucional n. 20/98. A constituição de 1988 foi à primeira Constituição a fazer previsão ao benefício previdenciário do auxílio-reclusão, no art. 201, I, que tinha como redação original:

Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:
I - Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes de trabalho, velhice e reclusão. (BRASIL, 1988)

No entanto, a redação supra foi alterada através da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, passando o artigo 201, a ter a seguinte redação.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservam o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:
(...)
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda. (BRASIL, 1988)

Com a nova redação do artigo, a doutrina acabou por se dividir quanto a constitucionalidade deste requisito, uma vez que a constituição se referiu a baixa renda do segurado e não do dependente, mas o tema será tratado em tópico específico.

4.2 Conceito de baixa renda

Conforme já mencionado, o requisito da baixa renda surgiu com a Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1988. Tendo o art. 13 da referida emenda, estipulado quem considerar como segurado de baixa renda, no momento da criação da Emenda, até que houvesse disciplinamento sobre o tema, como pode se verificar.

Art. 13. Até que a lei discipline o acesso ao salário família e o auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esse benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais) que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (BRASIL, 1998)

O jurista Hélio Gustavo Alves ao tratar sobre o tema explica: "Dessa forma, a partir de 16.12.1998 somente os segurados com renda inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais) gerariam o direito à família requerer o auxílio-reclusão, restando prejudicados os segurados que percebiam renda superior." (ALVES, 2014, p. 102)

Diante da redação do art. 13 da Emenda Constitucional n. 20, percebe-se que somente terá direito ao auxílio-reclusão, os segurados que possuam a renda bruta mensal especificada.

O RPS, no art. 116, legisla sobre o requisito da baixa renda estipulando que o último salário de contribuição do segurado preso seja inferior ou igual a importância R\$ 1.212,64 (um mil e duzentos e doze reais e sessenta e quatro centavos), conforme determinado pela portaria do Ministério da Fazenda nº 1 de 2016

4.3 Da inconstitucionalidade da emenda n. 20 /98

A baixa renda como critério limitador do benefício do auxílio-reclusão surgiu através da Emenda Constitucional n. 20/98. Surgiu com o intuito de limitar os beneficiários do auxílio-reclusão, como já mencionado, onde os segurados com renda maior do que a estipulada por portaria ministerial não teria direito ao recebimento do benefício. No entanto, surgiu na doutrina e jurisprudência controvérsias a respeito da referida emenda, havendo questionamento a respeito da sua constitucionalidade formal como material. Tema a ser abordado nos próximos tópicos.

4.3.1 Da inconstitucionalidade Formal

A Emenda constitucional n. 20/98 não seguiu os trâmites para aprovação de Emendas, especificados nos arts. 59; 60 e 65 da Lei Maior, "violando os princípios do devido processo legal." (ALVES, 2014, p. 100). Teria ocorrido no processo de aprovação da Emenda nº 20/98, somente a aprovação parcial do projeto de Emenda à Constituição.

A Emenda teve origem com a PEC n. 33/95, encaminhada pelo Executivo para a Câmara dos Deputados, por meio da Mensagem n. 306, em 17 de março de 1995. O projeto passou por discussões e alterações em seu texto, sendo aprovada em sessão plenária, em 17 de julho de 1996, e posteriormente enviada ao Senado Federal. Lá foi designado como Relator o senador Beni Veras. O senador apresentou projeto substituto, PEC 33/96, diante das diversas alterações que a PEC 33/95 sofreu na Casa revisora.

O projeto retornou a Câmara para nova aprovação, onde foi novamente alterado, as novas emendas de redação, modificaram relevantemente a PEC 33/96, alterando claramente seu conteúdo.

Ocorre que após o último DVS - Destaque de Votação em separado, o Presidente da Casa iniciadora entendeu por bem enviar ao Senado substitutivo da PEC 33/96, ou seja, só foram enviados para vedação final os pontos alterados que foram motivos de discordância entre as duas Casas, e decidiu promulgar arbitrariamente o restante do projeto.

Porém, os pontos de divergência entre a Câmara e o Senado, não foram somente os apresentados ao Senado pelo Presidente da Câmara. Pois na realidade, houve adição de novos dispositivos, bem como, supressão e substituição de artigos, alíneas e parágrafos que não foram apresentados no texto substitutivo ao Senado.

Essas omissões, portanto, não foram apreciadas pelo Senado, sendo claro o vício no processo legislativo de aprovação da Emenda n. 20/98.

Para à plena validação de uma Emenda, esta tem que ser aprovada totalmente, não podendo somente parte do Projeto seguir as formalidades exigidas pela Constituição. Tanto em um projeto de lei, como em um de Emenda à Constituição devem as duas Casas parlamentares estarem de acordo, no que diz respeito as alterações que o projeto sofre.

Apesar de a doutrina ainda discutir sobre a constitucionalidade da Emenda n. 20/98, esta ainda possui seus efeitos.

4.3.2 Da Inconstitucionalidade Material

Como já mencionado, o requisito baixa renda foi instituído pela Constituição Federal de 1988, como critério limitador do benefício previdenciário auxílio-reclusão. Ocorre que tanto na doutrina como na jurisprudência foram surgindo dúvidas a respeito da constitucionalidade material da Emenda n. 20/98.

O requisito da baixa renda se fundamenta nos princípios constitucionais da seletividade e da distributividade da prestação dos benefícios e serviços sociais, no entanto tal limitação imposta pelo constituinte derivado, a primeira vista, se apresenta inconstitucional, uma vez que esbarra em outros princípios como a proteção da família, erradicação da pobreza, solidariedade social e principalmente no princípio da isonomia, pois "se todos somos iguais perante a Lei e se todos os segurados pagam a contribuição previdenciária, por que somente os de baixa renda tem o direito a receber o auxílio-reclusão?" (FERREIRA, 2011)

Hélio Gustavo Alves, também questiona:

Qual a diferença entre aquele que tem uma renda menor ou maior, se ambos estão presos, sem poder exercer de igual forma as suas profissões sendo que tanto o "pobre" quanto o "rico" deixarão de sustentar suas famílias pelo mesmo motivo, ou seja, a prisão? (ALVES, 2014, p. 107)

A Emenda n. 20 acabou por diferenciar os segurados da previdência, uma vez que somente os que se encaixem dentro do padrão baixa renda, é que teriam direito ao benefício.

para a família do recluso, é indiferente a renda familiar anterior ao recolhimento do segurado à prisão. Não importa quanto este recebesse a título de salário, certo é que, uma vez preso deixará de receber qualquer quantia. Não há fundamento, portanto, para a diferenciação realizada pelo legislador, ou seja, os segurados são iguais na hora do pagamento da previdência. (FERREIRA, 2011)

Ainda sobre o assunto esclarece Fábio Zambite Ibrahim:

A alteração constitucional foi de extrema infelicidade, pois exclui a proteção de diversos dependentes, cujos segurados estão fora do limite de baixa renda. Esta distinção, para o auxílio-reclusão, não tem razão de ser, pois tais dependentes poderão enfrentar situação difícil, com a perda da remuneração do segurado (IBRAHIM, 2011, p. 661)

Indo além, o Decreto n. 3.048/99, prevê que para se estabelecer a baixa renda, basta a verificação do último salário de contribuição do segurado antes de ser recolhido a prisão, seja inferior ou igual ao valor estipulado para a baixa renda, ou ainda, se estiver gozando de período de graça, será utilizado como parâmetro o último mês de contribuição.

Sobre o assunto também explica Ibrahim:

Pessoalmente, sempre considerei a citada alteração como inconstitucional, haja vista gerar uma diferenciação desprovida de qualquer razoabilidade, pois o segurado, mesmo com remuneração vultosa, poderá deixar a família em situação de necessidade mais gravosa do que outra família, mais humilde, mas que tenha outras fontes de renda. Para piorar, à inércia legislativa em disciplinar conceito derradeiro de baixa-renda provoca, como se percebe com facilidade, discrepância ainda maior, possibilitando que dependentes percam o benefício por centavos ou mesmo pelo fato do segurado ter sido preso no mês de férias, no qual recebe, além do salário, mais 1/3 de adicional constitucional, o que não raramente produz resultado maior do limite vigente. (IBRAHIM, 2011, p. 661)

Para melhor explicitar como ocorre falha na prestação previdenciária quanto a limitação da renda do segurado para concessão do benefício do auxílio reclusão, dois casos hipotéticos serão apresentados para análise:

1º CASO: Imagine-se que Pedro, um empregado que possui uma família composta por mais quatro membros, esposa e mais três filhos menores, é preso e condenado à prisão em abril de 2015, iniciando a pena em regime fechado. Pedro recebia uma renda mensal de R\$ 1.000,00, em decorrência de seu trabalho;

2º CASO: Imagine-se que Marta, secretária em uma empresa de construção é casada com João e não possui filhos, recebendo R\$ 788,00 em virtude de seu emprego. Por sua vez, João advogado renomado, possui renda mensal no valor de R\$ 10.000,00, por trabalhar para escritório de grande porte. Ocorre que Marta é presa e condenada em abril de 2015, por ter cometido crime, iniciando a sua pena em regime fechado.

Ao se analisar os dois casos expostos acima, pode-se perceber como é incongruente o benefício do auxílio-reclusão se for levada em consideração a baixa renda do segurado. No primeiro caso observa-se que uma vez que o segurado ganha pouco mais do que o limite da baixa renda, sua família que não possui

qualquer tipo de renda, não teria direito a receber o benefício, ficando claramente desamparada perante a sociedade, e de certa forma sendo punida por um crime que não cometeu. Já no segundo caso, o esposo da autora do fato criminoso, mesmo possuindo renda de valor relevante teria direito ao benefício, uma vez que a renda de sua esposa, quem cometeu o delito, é inferior ao estipulado para baixa renda.

Nestes casos, é que se questiona, se a norma previdenciária teria atingido o seu fim social. "Tarifar objetivamente um critério um tanto quanto subjetivo da relação de dependência de forma homogênea, em verdade, criou situações anacrônicas como estas, dentre várias outras." (SALVADOR; SANTOS, p. 8)

Portanto, considerar a renda do segurado, para determinar se os seus dependentes possuem direito de receber o benefício previdenciário do auxílio-reclusão, é deveras inconstitucional, uma vez que, vários princípios constitucionais são violados, sendo os principais, o princípio da isonomia e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Uma solução interessante para esses casos discrepantes seria a realização de um estudo social do caso concreto, no entanto, outras medidas podem ser tão eficientes quanto, por exemplo, considerar a baixa renda do dependente do segurado preso, desta forma seria possível selecionar quem realmente necessita da ajuda do Estado para sua sobrevivência com dignidade. Ao considerar a renda do segurado preso, o sistema acaba por apresentar falhas como as citadas acima, onde quem realmente precisa do benefício não terá direito a este, devido à interpretação errônea da legislação.

Certamente o dependente que é o verdadeiro beneficiário do auxílio-reclusão, estaria mais amparado socialmente.

Fácil visualizar uma situação legal que produz várias distorções não só jurídicas, mas essencialmente de desigualdade social, premiando os que não necessitam e furtando dos realmente necessitados a entrega do benefício em testilha. (SALVADOR; SANTOS)

Deste modo relevante se faz uma apreciação a respeito da constitucionalidade do artigo 201, VI, da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional de n. 20/98, diante do confronto direto com os princípios constitucionais previdenciários.

4.4 O posicionamento dos tribunais

Muitos tribunais têm entendido que a renda a ser considerada para deferimento ou indeferimento do benefício do auxílio-reclusão é a dos dependentes do segurado, uma vez que estes são os verdadeiros beneficiários do auxílio. Seria neste sentido ilegal o art. 116 do Decreto 3.048/99, por restringir direitos, sendo tal poder somente de Lei.

Neste sentido se apresentam vários julgados de diversas cortes destes país. O Acórdão, da Sexta Turma, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC n.º 200304010163970, Relator João Batista Pinto Silveira. DJU em 16/11/2005, p.937, assim diz

O auxílio-reclusão visa a proteger os dependentes do segurado, sendo que a renda a ser considerada na época da prisão é a dos seus dependentes e não a do segurado. Essa é a interpretação que se extrai do disposto no artigo 13 da EC 20/98 quando refere que esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00.

Assim, o art. 116 do Decreto 3.048/99 extrapolou a sua função regulamentadora ao estabelecer que o auxílio-reclusão só seria devido quando o salário de contribuição do segurado fosse inferior ou igual a R\$ 360,00 pois o benefício de auxílio-reclusão, como é sabido, é concedido aos dependentes do segurado e não a este.

Considerando-se que, na época da prisão do segurado, os seus dependentes não trabalhavam, não possuindo qualquer renda, é de ser-lhes concedido o benefício em valor a ser calculado nos termos dos arts. 28, 29, 33 e 75, desde a data do requerimento administrativo. [...]

Outro Acórdão no mesmo sentido foi o da Quinta Turma, também do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AG n.º 200504010117591, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, DJU em 30/08/2006, p. 641, que assim reza

O benefício de auxílio-reclusão é devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido á prisão, não se exigindo, inclusive, carência, segundo o disposto no inciso I do art. 26 da Lei de Benefícios.

A correta hermenêutica do art. 13 da EC 20/98 é no sentido de entender que o teto estabelecido para o direito ao auxílio-reclusão diz respeito à renda bruta dos dependentes, em lugar do instituidor do benefício, exegese que se harmoniza com o princípio da razoabilidade e mesmo da proteção, este último orientador de toda interpretação em matéria previdenciária. Portanto, não poderia o caput do art. 116 do Decreto 3.048/99 regulamentar a norma

constitucional em tela em sentido completamente contrário, impossibilitando a concessão do amparo nas hipóteses em que o último salário-de-contribuição do segurado fosse superior ao limite naquela definido.

Configurada a verossimilhança das alegações e havendo, entre os dependentes do segurado recluso, filho menor e absolutamente incapaz, tal situação, aliada a caráter alimentar da verba, evidencia o risco de dano irreparável a ensejar a manutenção da tutela antecipada.

No mesmo sentido é ainda a decisão da Turma Suplementar, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, AC: 1437 RS 2008.71.99.001437-2, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 14/05/2008, DJU em 16/07/2008

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. BAIXA RENDA DOS DEPENDENTES. HERMENÊUTICA DO ART. 13 DA EC 20/98. LIMITE REGULAMENTADOR EXTRAPOLADO. CORREÇÃO. JUROS. HONORÁRIOS. CUSTAS. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. 1. O auxílio-reclusão objetiva proteger os dependentes do segurado que, ante a ausência dos rendimentos desse, restariam desamparados. 2. A correta hermenêutica que se deve fazer do art. 13 da EC 20/98 é no sentido de que o mesmo se refere à renda bruta dos dependentes do segurado e não da renda do próprio segurado. 3. A correção monetária deve incidir a partir da data do vencimento de cada parcela, nos termos dos Enunciados das Súmulas nºs 43 e 148 do STJ. 4. Os juros moratórios são devidos à taxa de 1% ao mês, a contar da citação, na forma dos Enunciados das Súmulas nºs 204 do STJ e 03 do TRF da 4ª Região e precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 5. Os honorários advocatícios a que foi condenada a Autarquia restam fixados em 10% e devem incidir tão-somente sobre as parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, consoante a Súmula n.º 76 deste TRF, excluídas as parcelas vincendas, na forma da Súmula n.º 111 do STJ. 6. Considerando o processamento do feito na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, são devidas as custas pela metade para o INSS.

Apesar da posição das Turmas acima citadas, há aqueles que entendem de forma diversa, como se vê da decisão da 3ª Turma Cível do TJ-DF, no Julgamento do APC 20130111604878:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. RESTRIÇÃO DOS BENEFÍCIOS AOS SEGURADOS DE BAIXA RENDA. SELETIVIDADE. EC Nº 20/98. RENDA DOS DEPENDENTES. IRRELEVÂNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1.O colendo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 587.365/SC, no qual foi reconhecida a existência de

repercussão geral, firmou o entendimento de que, para fins de concessão de auxílio-reclusão, deve ser levada em consideração a renda do segurado preso e não a de seus dependentes. 2. Apelação Conhecida e não provida.

Este também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que em Tribunal Pleno, no Julgamento do RE 587365 SC, tendo como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, assim se posicionou:

Ementa. PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.

II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários.

III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade.

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.

Fica claro, pela exposição dos julgados transcritos, que o entendimento sobre qual seria a regra para a concessão do auxílio-reclusão, se a baixa renda a ser observada é a do segurado ou a do dependente, não é pacífica. Apesar do entendimento do STF declarar que a renda a ser considerada é a do segurado, ainda, se posicionam de forma contrária, vários juristas, entendendo que a renda a ser considerada para concessão do benefício é a do dependente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O benefício auxílio-reclusão tem por escopo garantir aos seus beneficiários que são os dependentes do segurados presos, o mínimo necessário a sobrevivência com dignidade, após estes perderem fonte de renda, com a prisão do segurado, tem por finalidade também a redução das desigualdades e o alcance da justiça social.

A constituição da República de 1988 foi à primeira constituição brasileira a fazer previsão do benefício. No entanto, dez anos depois da sua promulgação, o texto constitucional foi alterado através da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, onde passou a constar a limitação da baixa renda como requisito necessário para a concessão do auxílio-reclusão.

Ocorre que vários questionamentos, foram surgindo na doutrina e jurisprudência, a respeito da constitucionalidade da referida Emenda, mais precisamente sobre a limitação da baixa renda. Esta é aferida através do último salário de contribuição para Previdência Social, não sendo considerado qualquer caráter subjetivo para aferição desta condição.

Assim como entende o Supremo Tribunal Federal a baixa renda que vem sendo levada em conta tem sido a do segurado preso, no entanto, essa limitação acabou sendo irrazoável e gerando uma diferença entre os segurados, pois em alguns casos, mesmo o dependente tendo uma vultuosa remuneração, e o segurado não possua renda, o seus dependentes terão direito ao benefício, ou até mesmo ao contrário, situação onde o segurado tenha elevada renda, mais seu dependente não possua renda e necessite do auxílio para sobreviver, este não terá direito a recebê-lo. Lembrando que ambos são segurados e contribuíram com a previdência, ainda assim, diante de uma limitação totalmente objetiva não se concretizará a justiça social almejada pelo auxílio-reclusão. Sendo, portanto, os segurados tratados de forma desigual, ferindo o princípio da igualdade, e conseqüentemente indo contra uma cláusula pétrea, a isonomia, prevista no art. 5º, da CR/88.

Outro princípio que acaba por ser ferido diante da limitação imposta pela Emenda n. 20/98, é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que, por diversas vezes, a família do preso acaba por ficar totalmente desamparada, pela prisão do segurado, que deixa de produzir renda e, pelo Estado que com a limitação exclui o direito de um dependente que realmente necessita de receber o benefício, deixando assim o benefício de cumprir sua função social.

Há questionamentos ainda a respeito da constitucionalidade formal da Emenda, uma vez que esta não respeitou todo o procedimento legal, previsto na CR/88.

Conclui-se, portanto, que apesar de tratar-se de uma Emenda Constitucional, a Emenda n. 20/98, é inconstitucional, principalmente enquanto a baixa renda considerada for à do segurado, causando assim claramente situações injustas e totalmente desproporcionais. A solução para tentar salvar a constitucionalidade material da Emenda, seria considerar a renda do dependente para deferimento do benefício do auxílio-reclusão, ou ainda, a realização de um estudo social do caso concreto, sendo certo que este último é muito mais custoso que o primeiro. Só assim poderia tentar ser relevada a evidente falha no sistema previdenciário.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo. **Auxílio-reclusão: direitos dos presos e de seus familiares: com análise das inconstitucionalidades da baixa renda**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.o 53, de 19.12.2006. In: **Vade Mecum**. Obra coletiva de autoria da ed. Saraiva com a colaboração de L. R.Curia, L. Céspedes e J. Nicoleti. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014

BRASIL. **Decreto n. 22.872, de 29 de junho de 1933**. Criaa o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, regula o seu funcionamento e dá outras providencias. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília, DF, 31 dez 1933.

BRASIL. **Decreto n. 24.615, de 08 de julho de 1934**. Cria o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília, DF, 31 dez 1934.

BRASIL. **Decreto n.54, de 12 de setembro de 1933**. Aprova o regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo. Brasília, DF, 20 dez. 1934 - Seção 1 -, p. 19298.

BRASIL. **Lei n. 3.807, de 26 de agosto de 1960**. Dispõe sôbre a Lei Orgânica da Previdência Social. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 05 set.1960.

BRASIL. **Decreto n. 66, de 21 de novembro de 1966**. Altera disposições da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília, DF, 22 nov. 1966.

BRASIL. **Lei n. 5.890, de 08 de junho de 1973**. Altera a Legislação de Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 11 jun. 1973.

BRASIL. **Lei n. 6.636, de 08 de maio de 1979**. Dá nova redação ao parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social).Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 10 mai. 1979.

BRASIL. **Lei n. 7.010, de 1º de julho de 1982.** Acrescenta parágrafo ao art. 11 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência Social). Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 02 jul.1982.

BRASIL. **Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995.** Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 29 abr. 1995.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Poder Legislativo. Brasília, DF, 25 jul.1991.

BRASIL. **Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário do Oficial da União.** Poder Legislativo. Brasília, DF, 25 jul. 1991.

BRASIL. **Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Executivo. Brasília, DF, 12 mai. 1999.

BRASIL. **Lei n. 10.666, de 08 de maio de 2003.** Dispõe sobre a concessão da aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção e dá outras providências. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Brasília, DF, 09 mai. 2003.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Previdenciário. Constitucional. Recurso Extraordinário. Auxílio-reclusão. Art. 201,IV, da Constituição da República. Limitação da Universo dos Contemplados pelo Auxílio-reclusão. Benefício restrito aos segurados presos de baixa renda. Restrição introduzida pela EC 20/98. Seletividade fundada na renda do segurado preso. Recurso Extraordinário provido. RE 587365 SC. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 5/03/2009. TRIBUNAL PLENO. Publicação: Repecusão Geral Mérito.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª região.** Previdenciário. Auxílio-reclusão. Baixa renda dos dependentes. Hermenêutica do art. 13 da EC 20/98. Limite regulamentador extrapolado. Correção Monetária. IGP-DI. Honorários Advocatícios. AC: 2997 RS 2006.71.99.002997-4, Relator: Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, Data de Julgamento: 25/10/2006, PÁGINA: 646 SEXTA TURMA, DJ 16 nov. 2006

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª região.** Previdenciário. Auxílio-reclusão. Art. 116 do Decreto 3048/99. Limite Regulamentador Extrapulado. Valor do

Benefício. Honorários Advocatícios. AC: 200304010163970, Relator: João Batista Pinto Silveira. Data do Julgamento 19/10/2005, SEXTA TURMA, DJ 16 nov. 2005

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª região**. Previdenciário. Processual Civil. Auxílio-reclusão. Antecipação de Tutela. Requisitos. Art. 273 do CPC. AG nº 200504010117591. Relator: Victor Luiz dos Santos Laus. Data do Julgamento 24/04/2006, PÁGINA:641 QUINTA TURMA, DJ 30 ago. 2006.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Constitucional e Administrativo. Auxílio Reclusão. Restrição dos Benefícios aos Segurados de Baixa renda. Seletividade. EC nº 20/98.Renda dos Dependentes. Irrelevância. Repercussão Geral Reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. APC Nº 20130111604878. Relator: Nídia Corrêa Lima. Data do Julgamento 22/04/2015, PÁGINA: 230 TERCEIRA TURMA, DJ 30 abr. 2015

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5, 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FERREIRA, José Antônio Reis. **Da discussão sobre a inconstitucionalidade da limitação imposta pelo art. 13 da EC nº 20/98, à percepção do auxílio-reclusão**. Barbacena. 2011. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-d0e54a465e0f6798bc6c7b2c86061750.pdf>> Acessado em: 23. dez. 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. - 16. ed. - Rio de Janeiro:Impetus, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2016.

SALVADOR, Sérgio Henrique; SANTOS, Welton Rodrigues dos.**O Auxílio-reclusão Previdenciário e o Anacrônico Critério da Baixa Renda como Pressuposto de Jubilação**. ?. Disponível em: <http://www.trabalhistaeprevidenciaria.com.br/artigose teses/artigo_opolemicobeneficiodoauxilioreclusao.pdf> Acessado em: 22. dez. 2014

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