

# AUXÍLIO-DOENÇA PARENTAL SOB O ENFOQUE DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL INSUFICIENTE

Janize Drescher<sup>3</sup>

## Resumo

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, pautado nas diretrizes constitucionais e principiológicas acerca da seguridade social no Brasil, averiguando se a ausência de dispositivo legal instituindo formalmente o benefício constitui-se ou não em empecilho para a sua concessão no regime constitucional da matéria previdenciária.

**Palavras-Chaves:** Auxílio-doença parental. Seguridade Social. Máxima Proteção Social. Regime Geral de Previdência Social. Isonomia. Vedação da proteção social insuficiente.

## PARENTAL SICKNESS BENEFIT UNDER APPROACH THE PRINCIPLES OF ISONOMY AND THE SEAL OF INSUFFICIENT SOCIAL PROTECTION

## Abstract

The present work aims at analyzing the possibility of recognition of the right for the parental sickness benefit under the General Social Precaution System, based on the constitutional and principal guidelines concerning social security in Brazil, verifying whether the absence of a legal provision instituting formally the benefit constitutes or not, in an obstacle tho the concession in the constitutional system of the Social Precaution matters.

**Key-words:** parental sickness benefit. Social Precaution. Maximum social Protection. General Social Precaution System. Isonomy. Insufficient Social Protection Sealing.

---

<sup>3</sup> Pós-graduada em Direito Previdenciário com ênfase no RGPS pelo Instituto de Estudos Previdenciários – IEPREV. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS – UNISC. Advogada. Endereço eletrônico: drjanize@yahoo.com.br

## INTRODUÇÃO

A Previdência Social é um direito fundamental e, como tal, exige ações positivas do Estado, para a sua promoção e proteção, garantindo que todos os infortúnios ligados à saúde e ao trabalho estejam protegidos pelo sistema da seguridade social.

Ocorre que a Lei n.º 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefício do Regime Geral de Previdência Social, embora preveja abstratamente o dever de assegurar meios indispensáveis à manutenção dos beneficiários em razão dos encargos familiares (art. 1.º), não instituiu expressamente previsão de benefício ou de licença para que o segurado possa cuidar de parentes acometidos de doenças graves que exijam atenção especial.

Nada obstante a ausência de previsão legal expressa sobre o benefício de auxílio-doença parental, conforme será demonstrado, sobejam fundamentos jurídicos a amparar o instituto.

Apesar disso, a possibilidade de assimilação do auxílio-doença parental no âmbito do Regime Geral de Previdência Social ainda encontra resistência, tanto no campo doutrinário como jurisprudencial, sob os argumentos da ausência de disposição legal contemplativa do benefício e da inexistência de fonte de custeio específica.

Destarte, verificar a legitimidade da negativa da proteção social sob os argumentos acima ventilados é problema a ser enfrentado, a fim de aferir se efetivamente há viabilidade de assunção do benefício no panorama jurídico-constitucional vigente no Brasil.

## **A PROTEÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA E A COBERTURA DOS EVENTOS DE DOENÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

A Seguridade Social encontra-se contemplada na Constituição Federal de 1988, no Título VIII, Da Ordem Social, entre os arts. 194 a 204 – dispositivos estes que estruturam a matéria, estabelecendo os objetivos, princípios, bem como a forma de financiamento do sistema.

Nesse sentido, o art. 194 da Constituição Federal definiu a Seguridade Social como um dos pilares de concretização do bem estar e justiça social, primados do Estado Democrático de Direito, conceituando-a como um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Todos estes elementos constitutivos da Seguridade Social configuram-se, portanto, em Direitos Fundamentais, objetivando garantir a igualdade do indivíduo no plano material, lhe fornecendo um mínimo de dignidade para integrar a sociedade e ter oportunidades de crescimento e desenvolvimento como cidadão.

Assim, tratando-se os Direitos Sociais de verdadeiros Direitos Fundamentais, ensinam Castro e Lazzari (2017, p. 43), “o Estado não deve se manter inerte diante dos problemas decorrentes das desigualdades causadas pela conjuntura econômica e social”.

Em outras palavras, ao empregar a expressão Seguridade Social, a Constituição Federal adotou o entendimento de que as políticas sociais devem ser compreendidas como um conjunto integrado de ações, como direito do cidadão e como dever do Estado. O que significa dizer que o risco social a que todos estão sujeitos deixa de ser um problema unicamente individual e passa a compor uma responsabilidade social pública, o que garante uma solidariedade social, mantendo o espírito de proteção universal, distributiva, não-estigmatizadora e democrática (VIANNA, 2001).

Especificamente no que se refere à Previdência Social, a Constituição Federal de 1988 elencou algumas situações tidas pela doutrina como “riscos sociais”, os quais são objeto deste elemento da Seguridade Social, isto é, são as situações em que a Previdência Social atua para garantir a dignidade do indivíduo afetado. Dentre os riscos, encontra-se a cobertura dos eventos de doença. (Art. 201, I, da CF/88).

Nessa linha, é de ser ver, ainda, que a Previdência Social é composta por um sistema público, integrado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS e pelo Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, ambos de filiação obrigatória; e um sistema privado, de natureza complementar e facultativa.

Por sua vez, as prestações de benefícios previdenciários do sistema público, diante do papel da CF/88, couberam ao legislador infraconstitucional.

Assim, diante da compulsoriedade de filiação ao sistema público, não havendo faculdade do trabalhador ou do servidor público quanto à contribuição aos respectivos regimes, estabeleceu-se a vinculação destes indivíduos ao elenco de prestações conferidas pelas respectivas leis regulamentadoras.

Pois bem, a problemática que se apresenta é a ausência de previsão legal expressa, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, de cobertura do risco social que ocorre nas situações de doença em ente familiar do segurado, o tornando, de maneira reflexa, também temporariamente incapaz para o trabalho.

Diversamente, no contexto do Regime Próprio de Previdência Social, a questão é trabalhada na Lei nº 8.112/90 (regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais), que em seus arts. 81, I, e 83, do Capítulo V, Das Licenças, Seção I, prevê a concessão de licença por motivo de doença em pessoa da família.

Nada obstante a ausência de previsão legal expressa no âmbito das leis regulamentadoras do Regime Geral de Previdência Social, como já destacado, a proteção aos riscos sociais decorrentes de doença é um Direito Fundamental Social, vinculado à tutela previdenciária do Estado.

Nesse prisma, em se tratando de Direitos Fundamentais, não há que se falar em impossibilidade de aplicação por ausência de lei regulamentadora, exceto nas situações em que a própria Constituição limita a aplicação do referido direito, através da abertura de interferência de uma lei que venha a limitar seus efeitos (norma constitucional de eficácia contida). (SILVA, 2001, p. 115).

Não é por outra razão, que o art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal de 1988 estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nesse contexto, é equivocada a ideia de que a inexistência de previsão legal expressa na lei que regulamenta o RGPS configura óbice ao reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental. E mais, a negativa desta cobertura vai de encontro ao reconhecimento da máxima proteção social, bem como ao próprio texto constitucional, o qual prevê a proteção ao risco social decorrente de eventos de doença como um Direito Fundamental.

## AUXÍLIO-DOENÇA E RISCO SOCIAL PROTEGIDO NO REGIME GERAL DE PREVIDENCIA SOCIAL

O art. 59 da Lei n.º 8.213/91 estabelece que o auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido na Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Portanto, da leitura da norma legal, infere-se que o risco social protegido não é a doença em si, mas a incapacidade laboral advinda deste evento.

Como bem conceituado por Mirian Andrade Santos, em sua obra:

Por incapacidade entende-se toda e qualquer forma de redução da capacidade do cidadão/trabalhador para o exercício do labor que lhe garanta subsistência, quer seja em decorrência de uma moléstia, quer seja em decorrência de um acidente infortunístico, que impeçam o desempenho de suas atividades laborais. (SANTOS, 2014, p. 90).

Ainda a este respeito, esclarecedoras as noções trazidas por Fábio Zambitte Ibrahim:

O risco coberto é a incapacidade para o trabalho, oriunda de doenças ou mesmo acidentes (o nome da prestação induz a erro). Como o evento é imprevisível tem-se aí a sua natureza não programada. A doença, por si só, não garante o benefício - o evento deflagrador é a incapacidade. Pode um segurado ter uma doença, como miopia, mas nem por isso ser incapacitado. (IBRAHIM, 2011, p. 626).

Por outro viés, da leitura do art. 59 da Lei n.º 8.213/91, percebe-se que o dispositivo não menciona ou restringe o fato gerador da incapacidade, ou seja, não determina que este seja diretamente ligada ao segurado.

Nesse sentido, não havendo restrição legal e tomando-se em conta que a lei deve ser interpretada conforme o fim social a que se destina (cobertura do risco social) parece inexistir empecilho quanto à possibilidade de extensão do benefício àqueles casos em que a perda ou diminuição da capacidade laborativa esteja associada a evento de doença em membro da família que, em razão da proximidade com o segurado (pais, filhos, cônjuges, etc.), importem no dever legal de auxílio por parte deste e, por consequência, na necessidade de afastamento momentâneo do trabalho.



Corroborando com tal entendimento, Fábio Zambite Ibrahim adiciona:

Importa também reconhecer que a incapacidade para o trabalho não é derivada somente de doenças típicas, aferíveis por médico-perito. A previdência social ainda reluta em admitir a existência de incapacidade de outra ordem, de natureza moral ou social, quando não há inaptidão funcional, fisiológica do segurado, mas de outra ordem.

Por exemplo, um segurado fisicamente apto, tem o pesado encargo de cuidar de parente em estado terminal, com curta expectativa de vida. Havendo elevado sentimento para com essa pessoa, estará ele, muito provavelmente incapacitada de dedicar-se ao seu mister, possivelmente colocando em risco sua integridade física e das pessoas a sua volta. Obviamente, se coagida a trabalhar, sob pena de indigência, irá exercer alguma atividade, mas isso não é argumento aceitável para excluir-se essa pretensão, pois até mesmo o segurado com doença grave irá se arrastar ao trabalho, se essa for à única saída para sobrevivência. É justamente para erradicarmos essa situação que a previdência social existe. (IBRAHIM, 2011, p. 626).

Destarte, não há razão jurídica para a negativa do benefício de auxílio-doença em tais situações, seja por inexistir restrição na lei, como por não haver violação a princípios constitucionais, ao contrário, sua concessão representa respeito ao compromisso constitucional de proteção aos direitos sociais.

### **A LICENÇA POR MOTIVO DE DOENÇA DE FAMILIAR OU DEPENDENTE DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL NA LEI N.º 8.112/90 E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA**

A Lei n.º 8.112/90 expressamente prevê, em seu art. 83, a possibilidade de ser concedida licença ao servidor por motivo de doença do cônjuge ou companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou da madrasta e enteado, ou dependente que viva as suas expensas e conste de seu assentamento funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial.

Como se vê, no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social não só existe previsão legal expressa acerca do assunto, como é amplo o rol contemplativo do benefício.

Nesse passo, levando em consideração que o Regime Geral de Previdência Social também protege, além dos segurados, os seus dependentes, imprescindível

que se reconheça o direito ao auxílio-doença parental quando um familiar encontrar-se acometido de doença grave, necessitando de sua presença e cuidados.

Negar a proteção previdenciária ao segurado do Regime Geral importa instituir tratamento diferenciado para idêntica situação de risco, em afronta ao princípio constitucional da igualdade.

Cumprir observar que a própria a CF/88 determinou a necessidade de máxima adequação, no que couber, entre os Regimes Próprios de Previdência Social e o Regime Geral de Previdência Social, na forma do Art. 40, §12:

Art. 40. (...)

(...)

§ 12 - Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional no 20, de 15/12/98).

Logo, evidente que esta previsão constitucional visa conferir, de forma materialmente igualitária, a proteção dos indivíduos submetidos aos dois regimes de previdência, uma vez que a finalidade e o objeto de ambos são iguais.

Outrossim, a Lei n.º 9.717/98, aos estabelecer as regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito, em seu art. 5.º dispôs:

Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Como se vê, o próprio legislador vedou a possibilidade de instituição, pelos RPPs, de benefícios diversos daqueles previstos para o RGPS (Lei 8.213/91), exceto nos casos onde houver expressa disposição constitucional.

Por conseguinte, evidente, até mesmo numa interpretação integrativa do sistema, a possibilidade de reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental para os segurados do Regime Geral de Previdência Social. Pensar de modo diverso

importaria reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade da licença prevista na Lei n.º 8.212/91, ante o aparente conflito de normas, o que, todavia, não ocorre.

A interpretação adequada no exame da questão deve observar o que expressam os arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro:

Art. 4.º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5.º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Por este viés, em atenção ao princípio da isonomia, perfeitamente possível utilizar analogicamente a lei que concede o benefício aos servidores públicos do Regime Próprio para estender o mesmo direito aos segurados do Regime Geral de Previdência Social.

E, nesse passo, sequer a regra da contrapartida (segundo a qual os benefícios e serviços da seguridade social só poderão ser criados, majorados ou estendidos com a correspondente fonte de custeio total) se constitui em óbice para a concessão do auxílio-doença parental. Isto porque, como já visto anteriormente, não se trata de criação/majoração de benefício, mas apenas de reconhecimento de fator incapacitante de ordem emocional (psíquica), moral e social, para concessão de um benefício já existente, qual seja, o auxílio-doença.

Daí porque, sendo a forma de contribuir a mesma em ambos os Regimes (RGPS e RPPs), mais uma vez, sob o enfoque do princípio da isonomia, a proteção social também deve ser equivalente.

À propósito, Paulo Gabriel Costa Ivo, no artigo intitulado “Auxílio-doença parental: em prol do primado do trabalho”, destaca o seguinte:

Existem apenas duas diferenças entre os segurados do Regime Geral e Próprio: o regime de trabalho, sendo um regido por estatuto e o outro pela Consolidação das Leis do Trabalho, entretanto, ambos constituem uma única Previdência Social, nos termos do artigo 6º, do Decreto 3.048/1999, além da própria previsão legal do auxílio-doença parental no regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, e a ausência da mesma previsão na Lei 8.213/1991, embora, tanto um quanto outro, contribuam sobre a remuneração auferida.

Assim, vê-se que ambos os contribuintes-segurados alimentam-se de regimes diferenciados, porém, financiados pela mesma Previdência Social, além de ter que considerar o caráter solidário intrínseco da



Seguridade Social, que é princípio norteador de suas atividades e que, por óbvio, não justifica o *discrimen* apresentado. (IVO, 2015).

Ainda que assim não fosse, o fato de haver oneração para o Regime Geral de Previdência Social não poderia servir de fundamento para a não concessão do benefício. Neste caso, defende Fábio Zambitte, impor-se-ia a adequação do sistema:

Se o reconhecimento destas incapacidades mais gerais implicar gasto não inicialmente previsto pelo sistema, cabe reparo atuarial no plano de custeio, mas nunca olvidar estas situações tão relevantes. Melhor seria limitar prestações sem risco social exposto, como a aposentadoria por tempo de contribuição, e direcionar recursos para estas pretensões necessárias. [...] A previdência social brasileira ainda tem muito a se aprimorar nas prestações por incapacidade, pois há muito que se perquiri sobre o real com conceito de inaptidão para o trabalho. (IBRAHIM, 2011, p. 627).

Portanto, sendo a previdência social um seguro social amplo, que objetiva proteger o cidadão/trabalhador das intempéries sociais (riscos), “não pode fechar os olhos para este fator incapacitante que se trata de uma realidade presente e que pode sobrevir a qualquer segurado”. (SANTOS, 2014, p.100).

Em vista disso, enquanto pendente a regulamentação e reconhecimento desta prestação previdenciária no Regime Geral, compete ao Poder Judiciário, fazendo uso de uma interpretação integrativa do sistema e em observância ao princípio da isonomia, bem como aos primados constitucionais de proteção à família, garantir o “auxílio-doença parental” ao segurado do Regime Geral de Previdência Social.

## **A NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO DOENÇA PARENTAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL INSUFICIENTE**

Seguindo o raciocínio proposto sob a lógica principiológica da seguridade social, vale destacar a vinculação direta do benefício de auxílio-doença com o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que objetiva garantir meios de subsistência do segurado da Previdência Social em face do risco social decorrente de doença. Em outras palavras, visa garantir uma renda mínima que auxilie o segurado na sua subsistência, bem como de sua família, enquanto não possuir meios de fazê-lo através do trabalho.

Acerca da importante função desempenhada pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana na interpretação do ordenamento jurídico, brilhantes as lições de Luís Roberto Barroso:

Esse é o primeiro papel de um princípio como a dignidade humana: funcionar como uma fonte de direitos — e, conseqüentemente, de deveres —, incluindo os direitos não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras. O outro papel principal da dignidade humana é interpretativo. A dignidade humana é parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou o direito ao voto (o qual, a propósito, não está expresso no texto da Constituição dos Estados Unidos). Sendo assim, ela vai necessariamente informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos. Além disso, nos casos envolvendo lacunas no ordenamento jurídico, ambiguidades no direito, colisões entre direitos fundamentais e tensões entre direitos e metas coletivas, a dignidade humana pode ser uma boa bússola na busca da melhor solução. Mais ainda, qualquer lei que viole a dignidade, seja em abstrato ou em concreto, será nula. (BARROSO, 2014, p. 67).

Destarte, diante da impossibilidade da lei abarcar de forma absoluta todas as situações concretas que necessitam de proteção, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana serve como diretriz interpretativa, para o reconhecimento de novos direitos, a partir das normas já existentes no ordenamento.

Aliás, sob esta ótica, o Supremo Tribunal Federal, na Reclamação Constitucional nº 4.374/PE, analisando a constitucionalidade do art. 20, §3.º, da Lei nº 8.742/93, reconheceu a insuficiência do critério de aferição da miserabilidade, para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao deficiente, diante das diversas mudanças fáticas e sociais ocorridas no plano material, de forma a debelar um estado de proteção insuficiente do direito fundamental.

Merece destaque trecho do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, esclarecendo não tratar-se de suprimento de omissão legislativa, propriamente dita, por parte do Poder Judiciário, mas sim de observância de um estado de insuficiência da lei regulamentadora para suprir a necessidade de proteção que demandava o caso concreto:

[...]

Além de uma dimensão subjetiva, portanto, esse direito fundamental também possui uma complementar dimensão objetiva. Nessa dimensão objetiva, o direito fundamental à assistência social assume

o importante papel de norma constitucional vinculante para o Estado, especificamente, para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ela assim impõe ao Legislador um dever constitucional de legislar, o qual deve ser cumprido de forma adequada, segundo os termos do comando normativo previsto no inciso V do art. 203 da Constituição. O não cumprimento total ou parcial desse dever constitucional de legislar gera, impreterivelmente, um estado de proteção insuficiente do direito fundamental. Destarte, como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161).

A violação, pelo legislador, dessa proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental gera um estado de omissão inconstitucional submetido ao controle do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre não exatamente em razão da ausência de legislação, ou tendo em vista eventual mora do legislador em regulamentar determinada norma constitucional, mas quando o legislador atua de forma insuficiente, isto é, edita uma lei que cumpre apenas de forma parcial o comando constitucional.

[...]

Sob outro enfoque, analisando a distorção na interpretação do conteúdo de princípios constitucionais em matéria previdenciária, em sua tese de doutorado intitulada “Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista”, José Antônio Savaris ensina que “o princípio da seletividade não pode ser contraposto ao princípio da universalidade e tampouco justificativa rasa para uma alegada inflexibilidade dos critérios de acesso às prestações de proteção social.” (SAVARIS, 2010, p. 200). E analisando as consequências de entendimento diverso, prossegue o renomado jurista:

A consequência de se conceber a seletividade como o poder de escolha do legislador – como se tal não existisse em toda a atividade legislativa – é o engessamento da atividade judicial do Direito Previdenciário, pois se a lei seleciona os sujeitos e as hipóteses de cobertura, seleciona igualmente os requisitos de acesso e os meios de sua comprovação. A jurisprudência previdenciária estaria fadada, assim, a render-se a um método formalista de conotação subjuntiva. A luva não apenas serviria de metáfora para ilustrar a subsunção enquanto perfeita adequação da norma (premissa maior) ao fatos (premissa menor) mas também para corresponder à perda do tato na prática da atividade judicial previdenciária, justamente em uma área do Direito em que a sensibilidade é fundamental. (SAVARIS, 2010, p. 203).

O que se pretende demonstrar com tais registros é que o fato de existir um risco social não abrangido expressamente pela norma infraconstitucional, não determina a ausência de obrigação do Estado em garantir ao indivíduo a respectiva proteção, pois, embora o papel regulamentador da legislação, as normas constitucionais que estabelecem a Previdência Social decorrem da dignidade da pessoa humana, o que permite uma ampliação da aplicação de tais normas às mais diversas situações que ofendam o referido princípio.

Nesse contexto, a universalidade da proteção social, prevista como objetivo fundamental das políticas públicas de seguridade social (art. 194, I, CF), não pode ficar a mercê da norma infraconstitucional que venha a proteger de forma insuficiente o direito fundamental aos meios de subsistência em situações de adversidade, olvidando de seu papel garantidor do mínimo existencial.

Acerca do princípio constitucional da proibição da proteção insuficiente, José Antônio Savaris, na introdução do julgamento do Recurso Inominado n.º 5005574-30.2011.404.7001, da Terceira Turma Recursal do PR, ensina que:

A universalidade da proteção social (CF/88, art. 194, I), enquanto objetivo fundamental desta política social, não pode ser iludida por norma infra-constitucional que culmine por proteger insuficientemente o *direito fundamental aos meios de subsistência em situação de adversidade*.

Se a política pública de proteção social protege insuficientemente o direito fundamental, torna-se necessária a intervenção judicial com vistas à sua correção, de modo a assegurar ao indivíduo os recursos necessários para sua existência digna em sociedade.

É elementar que uma política social destinada a garantir condições dignas de subsistência à pessoa atingida por determinada contingência adversa deve orientar-se pelo critério da abolição de todas as formas de privação de recursos para subsistência

Se uma contingência social, como a incapacidade para o trabalho, por exemplo, transforma-se em fator com potencialidade para suprimir da pessoa as condições de obter recursos a partir de seus esforços pessoais, a imediata compensação social se justifica em nome da preservação da vida humana e com vistas à promoção da autonomia pessoal, elementos constitutivos da dignidade humana.

Quando o *direito fundamental aos meios de subsistência em situação de adversidade* encontra-se esvaziado porque o sistema normativo oferece proteção insuficiente a este direito fundamental, restam violados o princípio da proibição da proteção insuficiente e o princípio da universalidade da proteção humana contra riscos sociais.



O princípio da proibição de proteção insuficiente - (Untermassverbot) é ainda pouco explorado pela dogmática constitucional, especialmente no que concerne aos direitos fundamentais sociais.

O princípio da proibição de proteção insuficiente assegura que o direito fundamental social prestacional não pode ser iludido pelo Poder Público, quer mediante a omissão do dever de implementar as políticas públicas necessárias à satisfação desses direitos, quer mediante a adoção de política pública inadequada ou insuficiente.

Nesse sentido, embora ainda incipiente o tema, já é possível conferir importantes julgados reconhecendo o direito ao auxílio-doença parental, demonstrando atenção aos princípios que regem os direitos sociais.

À título ilustrativo e por abordar brilhantemente a temática, além de espelhar a sensibilidade do julgador, transcreve-se trecho da sentença proferida pelo Juiz Federal Richard Rodrigues Ambrosio, em demanda que tramitou perante a 2ª Vara Federal de Campo Mourão/PR, processo nº 5003155-68.2015.4.04.7010:

[...]. De pronto, importante esclarecer que, se a lei não prevê a possibilidade de concessão do benefício nos moldes postulados, também não há expressa vedação legal. Essa circunstância abre a oportunidade de se analisar a pretensão.

Oportuno lembrar que, se no sistema do RGPS não há previsão expressa contemplando o benefício pleiteado, o mesmo não acontece no regime próprio dos servidores públicos federais, à medida que permite a licença para tratamento da saúde em pessoa da família (art. 81, inciso I c/c art. 83, § 2º, da Lei 8.112/90). Embora não seja exatamente o mesmo benefício, eles se assemelham, no mínimo, no aspecto de permitir o afastamento do trabalho para prestar cuidados ao parente doente, ainda que fixe prazo de sessenta dias como limite para continuar percebendo remuneração.

Vale ressaltar, ainda, que o legislador, visando proporcionar uma garantia integral sem que o exercício de um direito suprima o exercício de um outro, já aprovou mediante decisão terminativa na Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, Projeto de Lei nº 286/2014, que propõe a inclusão do art. 63-A, na Lei 8.213/91, justamente para possibilitar a concessão do chamado auxílio-doença parental. É certo que ainda é um projeto de lei, cujo teor da proposta poderá sofrer alterações e até ser rejeitado pelo Congresso Nacional. Contudo, percebe-se a existência de um movimento legislativo para a concretização de mais esse direito, pondo fim ao tratamento desigual havido entre os seguros do Regime Geral e dos Regimes Próprios, adequando a legislação ao tão caro princípio da isonomia insculpido no art. 5º, inciso I, da CF/88.

Esse tratamento desigual fere, também, o princípio da vedação da proteção deficiente, que impõe ao Estado não só uma proteção contra os seus próprios excessos mas, também, exige respostas para as necessidades de segurança de todos os direitos, inclusive de ordem prestacional. Assim, se a criança e o adolescente tem direito de ser acompanhado pelos seus pais no estabelecimento hospitalar no qual está internado, não se pode permitir o sacrifício de um outro direito para o exercício deste. Em outras palavras, não se pode condicionar o direito da mãe e da filha menor estarem juntas em momento tão delicado na vida de ambas, à supressão do direito da segurada de continuar tendo renda para suprir à sua própria necessidade e dos demais



membros da família. Esse condicionamento violaria, ainda, o próprio princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF/88), à medida que afastaria da filha esse fundamental convívio com a mãe no seu leito de dor. Há de se lembrar, ainda, que a presença da mãe pode representar maior possibilidade de sobrevida, segurança e conforto familiar podendo representar, inclusive, economia para os cofres públicos, diante da concreta possibilidade - em certos casos - de antecipação da cura, quando há a presença de algum familiar, notadamente da mãe, acompanhando o tratamento.

A situação vivida pela autora é de notório sofrimento e, embora esteja fisicamente capaz, sob o ponto de vista psicológico não se vislumbra qualquer possibilidade de que possa ela exercer sua atividade profissional. Não é necessário submetê-la à perícia para constatar o que é evidente. Não é possível acreditar na existência de uma mãe que, sabedora da grave situação de saúde da filha, consiga exercer suas atividades normalmente. Agregue-se a isto, ainda, o fato de que a filha está internada em cidade distante em torno de quinhentos quilômetros do local de sua residência e de onde exerce seu trabalho, inviabilizando completamente uma eventual hipótese de trabalhar durante o dia e estar com a filha durante a noite.

Inviável, também, a contratação de uma enfermeira que pudesse cuidar da filha, pois, além de afastar esse essencial convívio entre ambas, as condições financeiras da autora evidentemente não permitem.

Por tudo isso, faço minhas as palavras do emitente Juiz Federal *Emmerson Gazda*, quando, ao julgar caso similar nos autos 2006.72.09.000786-1, em 26/05/2006, com muita propriedade, pontificou:

*Dessa forma, tanto pelo lado psicológico da mãe, que não conseguiria qualquer rendimento satisfatório indo trabalhar e deixando a vida de sua filha esvair-se no hospital, quanto pelo lado da criança, que tem maior expectativa de vida ao receber o atendimento materno, verifica-se que não existe a mínima capacidade laboral por parte da requerente. (...). Nesse contexto concluir que a autora não está psicologicamente incapaz para o trabalho significaria juridicamente dizer que esta deveria deixar sua filha no hospital durante o dia e cumprir suas atividades profissionais normalmente. Ora, parece claro a este Juízo que tal conclusão estaria contribuindo sensivelmente para que se pudesse passar de um caso de incapacidade temporária que se tem no atual momento para uma (sic) caso de incapacidade permanente, já que sobrevivendo o falecimento da filha sem que a requerente faça tudo aquilo que sente que deve fazer como mãe, a probabilidade de um quadro de depressão irreparável mostra-se bastante palpável, pela soma do trauma com o sentimento de culpa, acreditando que ao invés de trabalhar deveria estar ao lado da filha. Tanto é assim que independentemente de receber ou não o auxílio-doença postulado a autora deixou o emprego e os ganhos financeiros de lado, dando prioridade à vida de sua filha.*

Por fim, a conclusão deste Juízo é que existe direito à concessão do benefício de auxílio-doença, **a ser mantido enquanto persistir o quadro fático noticiado nos autos, ficando a autora responsável pela imediata comunicação ao INSS e a este Juízo qualquer alteração no quadro de saúde da sua filha que implique na desnecessidade de seu acompanhamento no estabelecimento hospitalar no qual está ou que vier a ser internada, sob pena de lhe ser exigida a devolução dos valores recebidos fora dessas circunstâncias.**

Como bem apontado na sentença, diante do evidente risco social e da inexistência expressa de cobertura, desde 2014, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei de autoria da Senadora Ana Amélia Lemos, sob número 286 (atualmente

classificado como PL 1876/2015), que objetiva a instituição do auxílio-doença parental, acrescentando o art. 63-A à Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. O mencionado dispositivo prevê a concessão de licença remunerada para acompanhar pessoa enferma da família ao segurado do Regime Geral da Previdência Social. O projeto já foi aprovado pela Comissão do Senado em decisão terminativa, encontrando-se na Câmara dos Deputados, desde 11/06/2015.

Nada obstante, enquanto ausente previsão legal específica sobre a matéria, é dever do Estado, quando provocado através da atividade jurisdicional, garantir a cobertura de tais eventos, em observância aos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação da proteção social insuficiente.

Somente assim restarão atendidos os objetivos expressos da Seguridade Social, de universalidade da cobertura e do atendimento, garantindo a todos os cidadãos os direitos relativos à saúde, assistência e previdência social, bem como o respeito e proteção à família, ao bem estar e a justiça social, nos termos do art. 194, I, da CF/88.

## CONCLUSÃO

A seguridade social, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, é reconhecidamente um direito humano fundamental.

Desse modo, como visto no decorrer do trabalho, é imprescindível garantir a máxima eficácia aos direitos sociais como forma de propiciar condições dignas de subsistência às pessoas atingidas por determinada contingência adversa.

No campo da previdência social, a cobertura do risco social doença só restará perfeitamente atendida com o reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental. Isto porque, nas hipóteses em que o segurado possui um ente familiar próximo (à exemplo de um filho) acometido de alguma doença grave, que exija sua atenção e acompanhamento constante, é inviável que consiga manter-se no emprego ou mesmo obter rendimentos a contento para a sua subsistência e a de seu núcleo familiar.

Por isso, enquanto inexistente disposição legal expressa sobre o assunto na legislação que regula o Regime Geral de Previdência Social (diferentemente do que

ocorre no Regime Próprio) é imprescindível uma interpretação integrativa do sistema, evitando-se discriminações entre os segurados dos regimes públicos de previdência.

O reconhecimento do direito ao auxílio-doença parental, além de resguardar o princípio da isonomia, constitui-se forma de respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação da proteção social insuficiente, pois somente assim restará completamente atendido o direito fundamental objetivado constitucionalmente, que é o de garantir meios de subsistência ao segurado, nas mais diversas situações de adversidade.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3.<sup>a</sup> reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei n.º 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**, 25 jul. 1991, p. 14809. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm). Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, 12 dez. 1990, p. 23935. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm). Acesso em: 11 mar. 2018.

BRASIL. Lei n.º 9.717, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 28 nov. 1998, p. 1. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9717.htm). Acesso em: 27 maio 2018.

BRASIL. Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, 9 set. 1942 25 jul. 1991, p. 13635. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm). Acesso em: 27 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 4374/PE**. Relator: Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, 04 set. 2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 22 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região. **Recurso Inominado n.º 5005574-30.2011.404.7001**, Terceira Turma Recursal do PR, Relator José Antonio Savaris, j. 04/09/2013. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=4&documento=7388312&termosPesquisados=IDUwMDU1NzQzMDIwMTE0MDQ3MDAxIA==](https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=4&documento=7388312&termosPesquisados=IDUwMDU1NzQzMDIwMTE0MDQ3MDAxIA==). Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.<sup>a</sup> Região. Juízo Substituto da 2<sup>a</sup> Vara Federal de Campo Mourão/PR. **Procedimento do Juizado Especial Cível n.º 5003155-68.2015.4.04.7010**. Distribuído em 25/08/2015. Disponível em: [https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50031556820154047010&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=31f6122470aaec33e213ba96d2cc9062&txtPalavraGerada=yevP&txtChave=&numPagina=1](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50031556820154047010&selOrigem=PR&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=31f6122470aaec33e213ba96d2cc9062&txtPalavraGerada=yevP&txtChave=&numPagina=1). Acesso em: 11 jun. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 1876/2015**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1306679>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IVO, Paulo Gabriel Costa. **Auxílio-doença parental: em prol do primado do trabalho**. Disponível em: [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=16729](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16729). Acesso em 14 maio 2018.

LEMOS, Ana Amélia. **Projeto de Lei do Senado n.º 286**, de 2014 (texto inicial). Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133611>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Mirian Andrade. **Auxílio-doença parental no campo dos direitos Humanos fundamentais**. Dissertação de Mestrado. Osasco: UNIFIEO. 2014. Disponível em: [http://www.unifieo.br/pdfs/marketing/dissertacoes\\_mestrado\\_2014/MIRIAN%20ANDRADE%20SANTOS.pdf](http://www.unifieo.br/pdfs/marketing/dissertacoes_mestrado_2014/MIRIAN%20ANDRADE%20SANTOS.pdf). Acesso em: 14 maio 2018.



SAVARIS, José Antonio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social: contributo para superação da prática utilitarista.** 2010. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-25082011-161508. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-25082011-161508/es.php>. Acesso em: 30 maio 2018.

VIANNA, Maria Lucia Teixeira Werneck. **O silencioso desmonte da Seguridade Social no Brasil.** In: BRAVO, Maria Inês Souza, PEREIRA, Potyara Amazoneida (Orgs.). *Política Social e Democracia.* São Paulo: Cortez, 2001.