



O AUXÍLIO RECLUSÃO EM FACE DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

THE AID-RECLUSION IN THE FACE OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD

¹Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto Bassetto

²Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar, a partir da Convenção sobre os Direitos da Criança, a possibilidade de reinterpretação do benefício previdenciário de auxílio-reclusão em favor de dependentes de segurado que não ostenta a condição de baixa renda, requisito econômico limitador da concessão do benefício, instituído pela Emenda Constitucional nº 20. Apesar de a matéria ter sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, não se analisou a questão a partir da Convenção Sobre os Direitos da Criança. Conclui-se, no presente estudo, que a análise da concessão do benefício deve ser feita a partir das condições econômicas da criança, e não do segurado recluso, de forma que é possível reconhecer que o benefício de auxílio-reclusão é devido pelo menos ao dependente de até 18 anos, cuja renda bruta mensal não supere o valor de R\$ 1.089,72 (atualizado pela Portaria Interministerial MPS/MF nº 13, de 09/01/2015).

Palavras-chave: Auxílio-reclusão, Convenção sobre os direitos da criança, Direitos sociais, Requisito econômico

ABSTRACT

The object of workpaper is to verify, from the Convention on the Rights of the Child, the possibility of reinterpretation of the support of the aid reclusion in favor of dependents of insured not bearing the condition of "low income", economic requirement limiter the granting of the benefit, established by Constitutional Amendment number 20. The matter was considered by the STF, but didnt examine the issue from the perspective of the Convention on the Rights of the Child. We concluded that the analysis should be carried out from the economic conditions of the child, being possible to recognize that the benefit of aid-reclusion is due at least to dependent up to 18 years, whose gross income monthly does not exceed R\$ 1.089,72 (updated by Portaria Interministerial MPS/MF nº 13, of 01.09.2015).

Keywords: Control of conventionality of law, Aid reclusion, Convention on the rights of the child, Social rights, Low income requirement

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM, Minas Gerais (Brasil). E-mail: toffanetto@globo.com

² Especialização em Especialização em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR, Rondônia (Brasil). Juiz Federal titular da Subseção Judiciária de São Sebastião do Paraíso/MG, Minas Gerais (Brasil). E-mail: toffanetto@msn.com



INTRODUÇÃO

O auxílio reclusão é um benefício previdenciário, previsto artigo 201¹, da Constituição Federal de 1988, devido aos dependentes do segurado, das áreas urbana e rural, que estiver recolhido à prisão e enquanto nesta permanecer, em regime fechado ou semiaberto, ainda que não prolatada a sentença condenatória².

O artigo 80 da Lei 8.213/91 determinava que o auxílio-reclusão seria devido “nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço”. Posteriormente, a Emenda Constitucional 20/98 conferiu nova redação ao disposto no artigo 201, IV, da CF/88, estabelecendo que o auxílio-reclusão somente deve ser pago aos “dependentes dos segurados de baixa renda”.

A referida EC determinou, em seu artigo 13 que, até que a lei disciplinasse o acesso ao auxílio-reclusão para servidores, segurados e dependentes, “os benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais)”, o valor este que será “corrigido pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral da previdência social”.

Anualmente são editadas portarias fixando o valor decorrente da atualização mencionada no artigo 13 da EC 20. O artigo 5º, da Portaria Interministerial MPS/MF nº 13, de 09 de janeiro de 2015, expedida conjuntamente pelos Ministros da Fazenda e da Previdência Social, publicada no DOU de 12/01/2015, determinou que, “a partir de 1º de janeiro de 2015, será devido aos dependentes do segurado cujo salário-de-contribuição seja igual ou inferior a R\$ 1.089,72 (um mil e oitenta e nove reais e setenta e dois centavos), independentemente da quantidade de contratos e de atividades exercidas”.

Assim, conjugando o disposto no artigo 80 da Lei 8.213/91 com a Portaria Interministerial acima citada, a concessão do benefício de auxílio-reclusão exige o preenchimento

¹ Pela redação original do artigo 201, da Constituição Federal de 1988, “Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e **reclusão**”; (original sem grifos). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

² Equipara-se à condição de recolhido à prisão a situação do segurado com idade entre 16 e 18 anos que tenha sido internado em estabelecimento educacional ou congênere, sob custódia do Juizado de Infância e da Juventude. É necessário que o cidadão, na data do recolhimento à prisão, possua qualidade de segurado e que apresente o atestado de recolhimento do segurado à prisão.



dos seguintes requisitos³: o recolhimento do segurado à prisão; a condição de dependente de quem pleiteia o benefício; o último salário-de-contribuição inferior ao limite previsto, atualmente no valor de R\$ R\$ 1.089,72.

Houve divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da identificação da pessoa de baixa renda, para fins da concessão do benefício. Discutia-se se a “baixa renda” a ser averiguada seria a renda do segurado preso ou a renda de seus dependentes.

Entretanto, a discussão travada no STF, e também pela doutrina brasileira, não chegou a analisar a questão a partir da Convenção sobre os Direitos da Criança⁴, que adota um conceito diferenciado, mais abrangente e benéfico, a para o termo “criança”.

A questão tem relevância, pois, uma vez preso o segurado, ainda que não ostentasse a qualificação legal de “segurado de baixa renda”, seus dependentes poderiam ficar desamparados. O socorro às pessoas em tal situação de desamparo seria exatamente o escopo do benefício previdenciário, que figura dentre os direitos sociais garantidos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

1. INTERPRETAÇÃO ATUAL DO STF

A questão foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em regime de repercussão geral, no RE 587.365/SC, julgado em 25/03/2009, prevalecendo o voto do Min. Ricardo Lewandowski, no sentido que deve ser utilizada, como parâmetro para a concessão do benefício, a renda do segurado preso e não a de seus dependentes:

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.

³ As regras estão sintetizadas, para fins administrativos, nos artigos 116 a 119 do Decreto 3.048/99.

⁴ O Congresso Nacional aprovou a Convenção sobre os Direitos da Criança, a qual entrou em vigor internacional em 02 de setembro de 1990, pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990. A referida Convenção foi ratificada pelo Governo brasileiro em 24 de setembro de 1990, entrando em vigor no Brasil em 23 de outubro do mesmo ano.



RESTRICÇÃO 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 a 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.

(STF - RE: 587365 SC, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 25/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO).

Por ocasião do julgamento, restaram vencidos os ministros Cezar Peluso, Eros Grau e Celso de Mello, que argumentavam que deveria ser considerada a renda do grupo familiar e não a do segurado preso. O Ministro Cezar Peluso, em debate oral travado no Plenário do STF, questionou a necessidade de averiguar-se a “*situação genérica do grupo familiar*”, argumentando que após a prisão do segurado, “*os seus filhos, os seus dependentes, a sua mulher estão passando por situação de necessidade a qual o estado deve acudir*” (STF: 2009, 1558/1559) e, nesse contexto, “*a referência a quem contribuiu é mero critério; o destinatário do benefício é aquele que [dele] precisa*” (STF: 2009, 1561).

Prevaleceu, porém, o voto do relator, que salientou ter efetuado interpretação gramatical, teleológica e histórica. O STF mantém atualmente o mesmo entendimento, conforme expressado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 580.391/SC, relatado pelo Min. Teori Zavascki, julgado em 27/08/2013 pela Segunda Turma do Supremo Tribunal:



Ementa: CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-RECLUSÃO. RENDA A SER CONSIDERADA. SEGURADO PRESO. PRECEDENTE. RE 587.365/SC. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INVIABILIDADE. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. IMPROCEDÊNCIA. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ANTERIOR A 03/05/2007. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 387.265/SC, sob o regime da repercussão geral, consolidou entendimento no sentido de que a renda a ser considerada para a concessão do auxílio-reclusão é a do segurado de baixa renda, e não a dos seus dependentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF - RE: 580391 SC, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 27/08/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2013 PUBLIC 11-09-2013)

A decisão plenária do STF já teria, por si só, grande força moral. Decidida a questão em regime de repercussão geral, consoante tratado pelo artigo 543-B do CPC, a controvérsia praticamente se esvazia em todas as instâncias, nos moldes em que foi travada a discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Porém, a leitura dos votos do RE 587.365/SC, no qual se firmou a tese em repercussão geral, revela que não se apreciou a questão pela ótica dos tratados e convenções internalizados pelo Brasil, em especial pela Convenção Sobre os Direitos da Criança, cuja apreciação abaixo se pretende efetuar.



2. CONDIÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

A doutrinadora Flávia Piovesan traça um quadro bastante elucidativo quanto à evolução histórica do pensamento do Supremo Tribunal Federal, no que tange à hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro:

[...] a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à hierarquia dos tratados de direitos humanos tem se revelado marcadamente oscilante, cabendo apontar quatro relevantes precedentes jurisprudenciais: a) o entendimento jurisprudencial até 1977, que consagrava o primado do Direito Internacional; b) a decisão do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1977, que equiparou juridicamente tratado e lei federal; c) a decisão do Habeas Corpus n. 72.131, em 2005, que manteve, à luz da Constituição de 1988, a teoria da paridade hierárquica entre tratado e lei federal; e, finalmente, d) a decisão do Recurso Extraordinário n. 466.343, em 2008, que conferiu aos tratados de direitos humanos uma hierarquia especial e privilegiada, com realce às teses da suprallegalidade e da constitucionalidade desses tratados, sendo a primeira a majoritária” (PIOVESAN, 2011, p. 130).

A última posição citada, adotada no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, tem sido interpretada, a par das opiniões divergentes ali esposadas, como adesão do STF à tese da suprallegalidade dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, a partir da posição explicitada pelo Ministro Gilmar Mendes em trecho de seu voto, como segue:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de suprallegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter



especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. “*Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.*” (STF, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 03/12/2008, DJ 05/06/2009).

No mesmo julgado, restou vencido o posicionamento acerca da possibilidade de que tratados e convenções sobre direitos humanos, mesmo que não observado o disposto no § 3º, do art. 5º, da CF/88, sejam equiparados a normas constitucionais.

Parece-nos correta essa posição minoritária, concernente à equiparação dos tratados de direitos humanos às normas constitucionais, defendida no STF pelo Ministro Celso de Mello e na doutrina, dentre outros, por Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli.

Porém, o presente artigo não comporta a análise da discussão travada na doutrina e na jurisprudência acerca do status dos tratados e visa a apreciar a possibilidade de rediscussão do tema concernente ao auxílio-reclusão, mesmo em face do atual entendimento majoritário do STF (RE 466.343). Serão, porém, efetuadas referências às consequências diversas, de acordo com cada posicionamento pertinente à posição dos tratados.

Importante destacar as diferenças entre a posição majoritária adotada pelo STF e a defendida por Mazzuoli, tendo em vista a importância da questão para análise de tópicos concernentes aos controles de constitucionalidade, convencionalidade e supralegalidade.

Luiz Flávio Gomes no prefácio do livro “*O controle jurisdicional de convencionalidade*”, de Valério Mazzuoli, esclarece as diferenças entre as posições:

A diferença fundamental, em síntese, entre a tese de VALÉRIO MAZZUOLI e a posição vencedora (por ora) no STF está no seguinte: a primeira está um tom acima. Para o STF (tese majoritária, conduzida pelo Min. GILMAR MENDES) os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição seriam supralegais (VALÉRIO discorda e os eleva ao patamar constitucional);



para o STF os tratados não relacionados com os direitos humanos possuem valor legal (para VALÉRIO eles são todos supralegais, com fundamento no artigo 27 da Convenção de Viena dos Tratados de 1969, ratificada pelo Brasil em 25.09.2009 e promulgada pelo Decreto 7.030, de 14.12.2009). VALÉRIO MAZZUOLI e CELSO DE MELLO estão no tom maior. GILMAR MENDES (e a maioria votante do STF) está no tom menor. A diferença é de tom. De qualquer modo, todos fazem parte de uma orquestra jurídica espetacular: porque finalmente tornou-se realidade no Brasil a terceira onda (internacionalista) de Direito, do Estado e da Justiça. (MAZZUOLI, 2011, Prefácio)

3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Ideia recentemente debatida no ordenamento jurídico, sistematizada no Brasil por Mazzuoli, o controle de convencionalidade consiste na verificação da compatibilidade das normas com os tratados e convenções. Mazzuoli assim descreve o fenômeno:

[...] doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito, passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) *os tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. A compatibilidade das leis com a Constituição é feita por meio do clássico e bem conhecido *controle de constitucionalidade*, e com os tratados internacionais em vigor no país (sejam ou não de direitos humanos) por meio dos controles de *convencionalidade* (em relação aos tratados de direitos humanos) e de *supralegalidade* (no que toca aos tratados comuns), tema até então inédito na doutrina brasileira.” (MAZZUOLI, 2011, p. 75) (Original com itálicos)



Embora a adoção da tese completa ainda não se tenha operado no STF, havendo ainda uma diferença de tom, nas palavras de Luiz Flávio Gomes, indubitável que é imprescindível a apreciação da relação vertical entre normas legais ou infralegais com os tratados internacionais de direitos de humanos.

Mesmo que se mantenha a posição atual do STF, que admite somente a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos (o que foi um avanço), a diferença de tom entre as teses não afasta a necessidade de apreciação da compatibilidade entre leis complementares e ordinárias com os tratados de direitos humanos.

Porém, admitida pelo STF somente a suprallegalidade dos tratados sobre direitos humanos, a análise de compatibilidade vertical resolver-se-ia no que Mazzuoli denomina “controle de suprallegalidade”, um tom abaixo do controle de convencionalidade.

Outros dois aspectos importantes dos controles de convencionalidade e de suprallegalidade dizem respeito: a) à possibilidade (na verdade necessidade) de análise de ofício pelo Judiciário; b) ao efeito no caso de verificação de incompatibilidade da lei (ou norma infralegal) com o tratado. Salienta Mazzuoli:

Para realizar o controle de convencionalidade (ou de suprallegalidade) das normas de direito interno, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode (e deve) se manifestar a respeito (MAZZUOLI, 2011, p. 134).

(...)

Os juízes e tribunais nacionais estão obrigados a controlar *ex officio* a convencionalidade das leis, invalidando as normas domésticas incompatíveis com os tratados de direitos humanos em vigor no Estado. Trata-se de respeitar o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem decidindo desde 2006, quando expôs a obrigação do Judiciário nacional em realizar o exercício de compatibilização das normas internas com os tratados de direitos humanos (em especial, a Convenção



Americana sobre Direitos Humanos) ratificados e em vigor no país.”
(MAZZUOLI, 2011, p. 118)

Assim, tal qual no controle difuso, deve o Judiciário efetuar a análise de ofício. Apurando a incompatibilidade entre a lei (ou ato normativo infralegal) com o tratado ou a convenção, em controle de convencionalidade ou supralegalidade, deve o órgão jurisdicional invalidar a disposição incompatível com o tratado ou a convenção.

Admitida completamente a tese de Mazzuoli, o controle de convencionalidade (não o de supralegalidade) implicará a necessidade de apreciação de adequação das próprias normas constitucionais, mesmo as originárias, com o texto do tratado ou da convenção sobre direitos humanos. A ideia indubitavelmente encontra resistências e quebra muitos paradigmas do direito fundado somente em uma estrutura nacional.

O fenômeno também implica a necessidade de diálogo das fontes, de forma a fazer prevalecer a norma que, no caso concreto, melhor proteja os direitos da pessoa. Exemplificando com o caso *A última tentação de Cristo Vs. Chile*, decidido pela Corte Interamericana, explica Mazzuoli:

É ainda importante esclarecer que, segundo a ótica do sistema internacional de direitos humanos (especialmente do sistema interamericano), o controle de convencionalidade pode ser exercido inclusive em face do texto constitucional, a fim de compatibilizá-lo com os instrumentos internacionais de direitos humanos. No caso *A última tentação de Cristo Vs. Chile*, entendeu a Corte Interamericana que a responsabilidade internacional de um Estado pode decorrer de atos ou omissões de qualquer um dos seus poderes ou órgãos, *independentemente de sua hierarquia*, mesmo que o fato violador provenha de uma norma constitucional (no caso, o art. 19, n. 12, da Constituição chilena, em flagrante violação ao art. 13 da Convenção Americana, que garante o direito de liberdade de pensamento e expressão). Daí a importância do “diálogo das fontes” para as soluções de antinomias entre o direito internacional dos



direitos humanos e o direito interno, especialmente quando este último é versado em norma constitucional. Da mesma forma que existem normas constitucionais inconstitucionais, existem normas constitucionais inconvençionais. Mas para sanar tais incompatibilidades (antinomias) deve o operador do direito aplicar o princípio internacional *pro homine*, segundo o qual deve prevalecer a norma que, no caso concreto, mais proteja os direitos da pessoa em causa”. (MAZZUOLI, 2011, p. 142) (Original com itálicos).

Em nota de rodapé, esclarece o autor que entende cabível o controle de convencionalidade de normas constitucionais originárias ou derivadas. Já com relação ao controle de constitucionalidade, admite apenas o controle das normas constitucionais derivadas.

O atual tratamento do auxílio-reclusão no texto constitucional deu-se mediante Emenda Constitucional EC 20/98, de sorte que, admitida na íntegra a tese de Mazzuoli, seria possível o controle de convencionalidade do tratamento constitucional derivado.

Como ainda o STF está um tom abaixo, não há possibilidade, nos moldes de seu atual entendimento majoritário, de se efetuar o controle de convencionalidade de Emenda Constitucional. Ainda assim, é interessante mencionar as consequências do controle de convencionalidade, já que a discussão acerca do status dos tratados de direitos humanos ainda não findou e há clara tendência, inclusive em outros países da América Latina⁵, em conferir-lhes dignidade constitucional (PIOVESAN, p. 141)⁶.

Não obstante as diferenças doutrinárias e jurisprudenciais sobre a matéria, acreditamos ser possível, de qualquer sorte, o controle de suprallegalidade de normas legais ou infralegais em face da Convenção sobre os Direitos da Criança.

4. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Verificada a possibilidade de controle de convencionalidade ou de suprallegalidade, de acordo com a posição (tom) que se adote, deve ser analisada a existência de parâmetro que permita a apreciação.

A Convenção Sobre os Direitos da Criança foi assinada em Nova York, em 20/11/1989. Posteriormente, foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 28, de



14/09/1990, devidamente ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto n. 99.710, de 21/11/1990.

Dispõe o artigo 1º, do citado diploma internacional, que, “*Para efeito da presente Convenção considera-se criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes*”.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90), em seu artigo 2º, estabelece que até doze anos incompletos a pessoa é criança; entre doze e dezoito anos, é adolescente.

Considerando o diálogo das fontes, o tratamento de criança, mais favorável, é conferido à pessoa com até 18 anos, prevalecendo a Convenção sobre o ECA, no que tange às normas tratadas no diploma de direito internacional. Contudo, no que concerne especificamente ao direito aos benefícios previdenciários, há norma extremamente importante materializada no artigo 26 da Convenção, nos seguintes termos:

Artigo 26.

1. Os Estados-partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.

2. Os benefícios deverão ser concedidos, quando pertinentes, levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis pelo seu sustento, bem como qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome. (Original sem grifos)

⁵ Exemplo: Constitucional da Argentina, artigo 75, inciso 22.

⁶ Flávia Piovesan trata da integração entre normas constitucionais e internacionais de direitos humanos, “*ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade*”.



Ocorre que, o dispositivo supracitado deve ser lido, como toda a Convenção, a partir das considerações tecidas no preâmbulo do documento, no sentido de que as crianças necessitam de proteção e cuidados especiais para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade. É a consagração do reconhecimento de que a criança é um ser humano em formação, a quem devem a sociedade e o Estado conferir proteção integral, tal qual disposto no ECA, especialmente em seus artigos 3º a 6º (ulteriormente desdobrados ao longo do Estatuto).

O disposto no artigo 26, n. 2, da Convenção é muito claro ao dispor que, na concessão de benefícios previdenciários, devem ser considerados “*os recursos e a situação da criança e das pessoas responsáveis por seu sustento*”.

Em razão da prisão do segurado responsável pelo sustento do grupo familiar, mais necessária se fará a consideração da condição econômica da criança e o conseqüente auxílio financeiro decorrente do benefício. O artigo 26, n. 2, da Convenção ainda reforça a previsão, salientando que deve ser averiguada “*qualquer outra consideração cabível no caso de uma solicitação de benefícios feita pela criança ou em seu nome*”.

Assim, no plano da Convenção, há clara previsão acerca da concessão de benefício em favor da criança e do grupo familiar responsável por seu sustento, após o advento da prisão do segurado. Há apenas um descompasso com a previsão do artigo 16, da Lei 8.213/91, acerca da idade na qual cessa o benefício. A Convenção prevê que a condição da criança cessa aos 18 anos enquanto a Lei 8.213/91 estabelece que o benefício deva estender-se até os 21 anos.

Embora seja possível cogitar de uma interpretação à luz do princípio *pro homine*, as duas normas têm natureza distinta. A Lei 8.213/91 não trata da qualificação do dependente como criança até os 21 anos, o que é efetuado pela análise conjunta dos artigos 1º e 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Seria desejável a revisão da posição adotada pelo STF, de forma a prevalecer uma leitura que não se funde tanto na literalidade do artigo 201, IV, da CF, considerando apenas a condição de baixa renda do segurado e não dos dependentes. No entanto, o quadro atual, decorrente do julgamento em regime de repercussão geral do RE 587.365, não permite a invocação de legislação interna com outro significado que não o adotado pelo Supremo Tribunal.

Considerando que as normas de direito internacional não foram consideradas pelo STF no julgamento do RE 587.365, deve-se apurar o efeito de sua invocação, tanto sob a ótica da



consideração do tratado como norma supralegal quanto sob a posição defendida por Mazzuoli e outros na doutrina.

5. CONTROLES DE CONSTITUCIONALIDADE, CONVENCIONALIDADE E SUPRALEGALIDADE

Embora seja correta a afirmação de Luiz Flávio Gomes acerca da diferença simplesmente de tom entre a posição adotada atualmente pelo STF e a defendida por Mazzuoli, a questão presente expõe a gravidade da diferença, quando da apreciação do parâmetro a ser aplicado como referencial a ser respeitado.

São dois os grupos de dispositivos que devem ser confrontados diretamente, embora outros ainda possam merecer avaliação conjunta: i) tem-se a previsão do artigo 201, IV, da CF, com redação determinada pela EC 20 e que prevê o auxílio-reclusão para os segurados de baixa renda, complementado pelo artigo 13 da mesma Emenda; ii) em confronto, está o disposto no artigo 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que determina que os Estados-partes devem reconhecer às crianças o direito a usufruir da previdência social e que os benefícios devem ser concedidos levando-se em consideração os recursos e a situação da criança e de seus responsáveis .

Segundo a atual posição majoritária do STF, fixada no RE 466.343, a EC 20/98 tem status superior à Convenção, que, por sua vez, ostentará a condição de norma supralegal.

Caso se venha a adotar a posição de Mazzuoli, prevalecerá a Convenção, que será materialmente constitucional. Não há qualquer dúvida de que a Convenção sobre os Direitos da Criança configura um tratado sobre direitos humanos.

Ainda seguindo o raciocínio de Mazzuoli, como a Convenção sobre os direitos da Criança não foi incorporada ao direito brasileiro nos moldes do artigo 5º, § 3º, da CF, não é possível o controle concentrado. Porém, é possível e obrigatório o controle de convencionalidade em sede difusa.

O efeito prático da diferença entre o posicionamento adotado pelo STF e defendido Mazzuoli e outros pode ser demonstrado, no caso em exame, pelo diagrama abaixo:



TESE ADOTADA PELO STF	POSIÇÃO DE MAZZUOLI (e outros)
Artigo 201, IV, da CF; art. 13 da EC 20	Artigo 26 da Convenção
<u>Artigo 26 da Convenção</u>	Artigo 201, IV, da CF; art. 13 da EC 20

Elaboração própria

Observa-se que, de acordo com o controle de convencionalidade e o status constitucional dos tratados de direitos humanos, a Emenda Constitucional, que estabeleceu que o auxílio reclusão fosse devido ao segurado de baixa renda, seria interpretada à luz da disposição da Convenção sobre os Direitos da criança, que estabelece a obrigatoriedade de consideração da condição econômica da criança e das pessoas responsáveis por seu sustento.

Nesse contexto, haveria a inconveniência da expressão “dos segurados”, contida no artigo 201, IV, da CF, com a redação determinada pela EC 20, pelo menos no que tange à limitação indevida do benefício em relação à criança (pessoa até 18 anos, consoante artigo 1º da Convenção, e cuja condição econômica deve ser considerada, conforme artigo 26 da Convenção).

É provável que melhor se resolveria a questão com uma *declaração parcial de inconveniência sem redução de texto*, nos mesmos moldes em que se faz no controle de constitucionalidade. Afastar-se-ia apenas a hipótese de limitação do salário-de-contribuição do segurado como fator impeditivo da concessão de benefício previdenciário à pessoa com até 18 anos e que ostenta a condição de dependente de baixa renda⁷.

Porém, na atual situação da jurisprudência do STF, a questão é ainda mais delicada. O Supremo Tribunal, por votação majoritária, ainda situa os tratados de direitos humanos em posição de supralegalidade.



Assim, pelo entendimento jurisprudencial do STF, não é a Emenda Constitucional que se submete à Convenção, em controle de convencionalidade, mas o contrário é que opera em controle de constitucionalidade. De longa data o STF admite o controle de constitucionalidade de tratados e convenções⁸.

É necessário, portanto, verificar a existência de adequação da disposição do artigo 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança com a atual Constituição Federal. Não se trata de utilização do disposto no artigo 201, IV, da CF como parâmetro exclusivo de verificação de constitucionalidade, pois o confronto do dispositivo da convenção deve ser efetuado em relação ao corpo da Constituição e não a uma disposição estanque.

Não é incomum que no corpo da Constituição existam normas que são desdobradas em outras. Normas mais gerais são desdobradas em normas particulares, como ensina José Afonso da Silva.

A leitura conjunta do artigo 201, IV, da CF com o artigo 13 da EC 20/98, permite concluir que a Constituição não proíbe que sejam estabelecidos outros beneficiários do auxílio-reclusão. O artigo 201, IV, da CF apenas determina que o auxílio-reclusão é devido “*para os dependentes dos segurados de baixa renda*”. Não há nada na disposição que impeça que disposição normativa inferior à Constituição venha a ampliar o universo de beneficiários, desde que respeitado o disposto no *caput* do artigo 201 da CF. Há, inclusive, expressa previsão constitucional para que a matéria seja regida por disposição infraconstitucional, disposta no artigo 13 da EC 20/98.

⁷ Poder-se-ia cogitar de uma *interpretação conforme a Convenção*, nos mesmos moldes em que se dá a interpretação conforme a Constituição. Conforme salienta Canotilho, citado por Alexandre de Moraes: “A interpretação conforme a constituição só é legítima quando existe um *espaço de decisão* (espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela. Como norma isolada e objeto de submissão ao controle de convencionalidade, pode-se argumentar, no entanto, que não é possível encontrar outro significado para a expressão ‘dependentes do segurado de baixa renda’, de forma que seria inviável tentar salvar a integralidade do dispositivo com uma mera *interpretação conforme a Convenção*. Também poderia ser cogitada uma *declaração de inconvencionalidade com redução de texto*, nos moldes em que se opera a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, excluindo a expressão “dos segurados”. Essa visão, no entanto, é difícil de sustentar, já que o parâmetro que exigiria a inconvencionalidade (artigo 26 da Convenção sobre Direitos da Criança) apenas trata de uma classe de dependentes e ainda assim com o limite etário de 18 anos (e não 21 anos, como a Lei 8.213/91). Permaneceria válida a limitação com relação aos demais dependentes que não são crianças (até 18 anos, nos termos do artigo 1º da Convenção).

⁸ Por exemplo, HC 94.404, DJE de 18/06/10.



A disposição determina que a lei disciplinará o acesso ao auxílio-reclusão (e o salário-família) para servidores, segurados e dependentes. Até que a lei venha a disciplinar a matéria, fixou-se o teto da renda bruta em R\$ 360,00, corrigidos monetariamente.

O artigo oriundo da mesma Emenda Constitucional que conferiu a nova redação ao artigo 201, IV, da CF, e, portanto, entrou em vigência na mesma data da EC 20, autoriza a legislação infraconstitucional a tratar do tema. Também autoriza que se considere a renda bruta de segurados e dependentes.

Assim, considerando a posição do STF acerca do status da Convenção como norma supralegal, duas conclusões são inexoráveis: a) há disposição supralegal válida prevendo que o benefício previdenciário deve considerar a situação da criança; b) há vedação de que qualquer restrição se faça por meio de norma inferior à própria CF, única norma superior à supralegal convenção de direitos humanos.

Tal cenário também demanda o controle de supralegalidade, tendo por parâmetro o artigo 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

6. CONTROLE DE SUPRALEGALIDADE E O PARÂMETRO DA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA

Mesmo não concordando com a posição atualmente adotada pelo STF, deve-se reconhecer que o atual status dos tratados e convenções de direitos humanos no direito brasileiro equivale à posição de supralegalidade. Tal posicionamento submete a Convenção ao controle de constitucionalidade, como acima referido, mas também a credencia para servir de parâmetro para o controle de supralegalidade.

Embora exista autorização constitucional para a existência de legislação infraconstitucional acerca do auxílio-reclusão (artigo 13 da EC 20/98), somente houve tratamento do tema pelo Decreto 3.048/99, em seus artigos 116 a 119. No entanto, para a questão em exame, somente há interesse no disposto no artigo 116, que assim dispõe:

Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que



não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).

Ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 587.365/SC, em 25/03/2009, decidiu que “o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade”.

De fato, o disposto no Decreto 3.048/1999, efetivamente, não afronta a Constituição. Apenas não houve utilização das forças autorizadas pelo artigo 13, da EC 20, para ampliação do benefício, cujo piso mínimo, de valor e de destinatário (o segurado de baixa renda) foi fixado pelo artigo 201, IV, da CF. Evidentemente, nem poderia o decreto ampliar o grupo de beneficiários, como expressamente autoriza o artigo 13 da EC 20, uma vez que a norma constitucional derivada exigiu que a eventual ampliação se processe por meio de *lei*.

Mas, o simples fato de o artigo 116 do Decreto 3.048/99 ser constitucional, não esgota o tema, uma vez que o artigo 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança promoveu a ampliação dos beneficiários do auxílio-reclusão, tal qual autorizado pelo artigo 13 da EC 20, nos termos do status conferido pelo STF aos tratados que versam sobre direitos humanos.

Em tal cenário, deve-se reconhecer, como já o fizera o STF, que o artigo 116 do Decreto 3.048 é constitucional. Mas, além do reconhecimento da constitucionalidade do referido artigo, há necessidade de que se promova uma *interpretação conforme a Convenção*, mais especificamente, sobre a Convenção sobre os Direitos da Criança, para que se esclareça que o Decreto não esgotou o tema; somente reconheceu que “o benefício do auxílio reclusão é devido aos dependentes do segurado de baixa renda”, sem qualquer impedimento de que também venha a ser devido à criança dependente de baixa renda, ainda que o segurado não se qualificasse em tal condição econômica antes da prisão.



CONCLUSÃO

Melhor seria que aos tratados e convenções sobre direitos humanos fosse conferido o status constitucional, como defende a posição até agora minoritária no Supremo Tribunal Federal.

Em tal situação, o artigo 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança afastaria qualquer disposição constitucional derivada, de índole econômica e pertinente ao salário-de-contribuição do segurado preso, que limitasse o direito da criança⁹ de baixa renda ao benefício do auxílio-reclusão.

Melhor também seria que no Supremo Tribunal tivesse prevalecido o voto vencido no RE 587.365/SC, que determinava que o auxílio-reclusão deve levar em consideração a condição dos dependentes do segurado preso. Nesse caso, nem mesmo haveria necessidade de invocar a Convenção sobre os Direitos da Criança e os beneficiários seriam todos os dependentes elencados no artigo 16, da Lei 8.213/91, e não apenas as crianças.

Considerando o atual quadro jurisprudencial, mostra-se restrita a possibilidade de discussão da matéria sob o prisma já apreciado pelo STF, em regime de repercussão geral. Porém, é viável a análise sob o prisma do direito internacional, mesmo sob a ótica de suprallegalidade dos tratados de direitos humanos. Sob essa análise, é possível reconhecer que o benefício de auxílio-reclusão é devido, pelo menos, ao dependente de até 18 anos, tratado como “criança” pela Convenção dos Direitos da Criança e cuja renda bruta mensal não supere, o valor estabelecido pela legislação brasileira em vigor.

A conclusão é extraída dos artigos 1º e 26 da Convenção sobre os Direitos da Criança que atendem à disposição contida no artigo 13 da EC 20 e ampliam o benefício cujo piso básico (em valor e destinatário) foi fixado pelo artigo 201, IV, da CF. O mesmo artigo 26, nº 2, da Convenção, como parâmetro de suprallegalidade, acolhe o artigo 116 do Decreto 3.048/99, em *interpretação conforme a Convenção*, no sentido de que a norma regulamentar somente autoriza a concessão do benefício ao segurado de baixa renda, mas não veda a concessão do auxílio reclusão em favor de outros beneficiários instituídos por lei ou por norma de direito internacional internalizada.

⁹ Pessoa até 18 anos, nos termos do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança.



Importante salientar que o controle de suprallegalidade deve ser efetuado de ofício pelo Judiciário brasileiro, contribuindo, inclusive, para a disseminação da cultura de respeito aos direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Publicado no *DOU de 22.11.1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm Acesso em 20 jan. 2015.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Portaria Interministerial MPS/MF nº 13*, de 09/01/2015. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/65/MF-MPS/2015/13.htm>. Acesso em: 20 fev. 2015.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In *I Jornada de direito internacional/Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Escola de Magistratura Federal da 1ª Região*. Brasília: ESMAF, 2012, p. 139-168.

REZEK, J. F. *O direito internacional no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros,



2012.

STF. *Recurso Extraordinário 587.365-0 Santa Catarina*. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. DJe nº 84. Divulgação 07/05/2009. Publicação 08/05/2009. Ementário nº 2359-8. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=591563>. p. 1558/1559. Acesso em: 21 jan. 2015.

STF. Jurisprudência. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 580.391 Santa Catarina*. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4497971>. Acesso em: 21 jan. 2015.