

Leitura constitucional dos direitos sociais: medidas provisórias nºs 664 e 665 de 2014

Gustavo Filipe Barbosa Garcia

Livre docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito pela Universidade de Sevilla. Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Sevilla. Membro pesquisador do IBDSJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Professor universitário em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Advogado e consultor jurídico. Foi Juiz do Trabalho, Procurador do Trabalho do Ministério Público da União e Auditor-Fiscal do Trabalho. E-mail: gustavofbg@yahoo.com.br.

Resumo: O presente estudo objetiva verificar a natureza dos direitos sociais, que são previstos como direitos humanos fundamentais, e analisar os limites constitucionais para a sua modificação. Nesse enfoque, também são analisadas as recentes mudanças legislativas a respeito de benefícios previdenciários e direitos dos trabalhadores e seus dependentes.

Palavras-chave: Direitos sociais. Direitos fundamentais. Direitos humanos. Retrocesso social.

Os *direitos sociais*, nos quais se incluem os de natureza trabalhista e previdenciária, estão inseridos na esfera dos *direitos fundamentais*, conforme a atual sistemática constitucional (art. 6º), assim como no âmbito dos *direitos humanos*, em consonância com o direito internacional em vigor.¹

Isso resulta na relevante determinação de que nem tudo está ao alcance da legislação infraconstitucional, que deve respeitar, entre outros, os princípios da *vedação do retrocesso social*, da *segurança*, da *confiança*, da *estabilidade nas relações jurídicas*, da *progressividade na instituição e efetivação dos direitos sociais*, do *valor social do trabalho*, da *livre iniciativa* e da *dignidade da pessoa humana*.

A Previdência Social é *sistema de proteção* que tem como objetivo *redistribuir renda*, alcançando e concretizando, assim, as exigências de *melhoria das condições sociais*, *erradicação da pobreza e da marginalização* e *redução das desigualdades sociais* (arts. 3º, inc. III, e 7º, *caput*, da Constituição da República).

¹ Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, constituição e processo*. São Paulo: Método, 2008. p. 18-44.

Trata-se de verdadeira *conquista histórica*, alcançada por meio de muito esforço e intensa luta das classes sociais destituídas dos meios de produção, em situação de maior vulnerabilidade e inferioridade econômica, consubstanciando-se em *direito adquirido por toda a sociedade*, ou seja, que integra o *patrimônio social*.

Constitui-se, portanto, *patamar mínimo alcançado pela atual civilização*, o qual não pode ser objeto de destruição ou retrocesso, mas sim de permanente avanço.²

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, promulgado pelo Decreto nº 591/1992, aliás, é expresso ao determinar a necessidade de *progressividade*, por todos os meios apropriados, do *pleno exercício* dos direitos sociais (art. 2º, I).

É importante o registro de que essa previsão integra o chamado *bloco de constitucionalidade*, na forma do art. 5º, §2º, da Constituição da República.

Não obstante todo esse arcabouço jurídico, as medidas provisórias nºs 664 e 665, que foram publicadas no *Diário Oficial da União* de 30.12.2014, restringiram de modo substancial o acesso e a concessão de diversos direitos e benefícios previdenciários aos trabalhadores e seus dependentes.

Com isso, sofreram *drásticas limitações*, entre outros, o seguro-desemprego, o abono anual do PIS/Pasep, a pensão por morte (inclusive quanto a servidores públicos federais) e o auxílio-doença.

A *pensão por morte* passa a exigir *carência*, ou seja, a existência de ao menos 24 (vinte e quatro) contribuições mensais, salvo nos casos em que o segurado esteja em gozo de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez.

Não se exige carência para o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez nos casos de *acidente de qualquer natureza ou causa* e de doença profissional ou do trabalho.

Entretanto, para a pensão por morte a carência só não é exigida nos casos de *acidente do trabalho* e doença profissional ou do trabalho.

Surgem, assim, vários questionamentos e perplexidades.

E se o segurado falecer, deixando dependentes, por motivo diverso, como acidente doméstico ou de trânsito, doença não ocupacional, ou mesmo assassinato fora do trabalho, mas ainda não tiver cumprido o período de carência que se passa a exigir?

Os dependentes ficariam em injusta situação de total desamparo previdenciário, o que contraria os mandamentos constitucionais de *proteção social* e *dignidade da pessoa humana* (arts. 194 e 1º, inc. III, da Constituição da República).

Quanto à forma de cálculo do benefício, o auxílio-doença não poderá exceder a *média aritmética simples dos últimos doze salários de contribuição*, inclusive no caso de remuneração variável (ou, se não alcançado o número de doze, a média aritmética simples dos salários de contribuição existentes).

² Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Estudos de direito do trabalho e da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 125-144.

O *auxílio-doença* passa a ser devido ao segurado empregado somente *a partir do 31º (trigésimo primeiro) dia* do afastamento da atividade (ou a partir da data de entrada do requerimento, se entre o afastamento e a data de entrada do requerimento decorrerem mais de quarenta e cinco dias).

Com isso, durante os *primeiros 30 (trinta) dias* consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença ou de acidente de trabalho ou de qualquer natureza, *cabará à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral*.

Entretanto, deve-se frisar que o sistema previdenciário é essencialmente *contributivo*, pois recebe contribuições patronais e dos beneficiários, entre outras fontes de custeio (art. 195 da Constituição Federal de 1988).

Observa-se, portanto, uma *desproporcional* transferência, ao empregador, de dever do Estado, a ser coberto pelo sistema previdenciário, o qual integra a Seguridade Social, garantida constitucionalmente (arts. 194 e 201 da Constituição da República).

Além disso, a própria *estabilidade acidentária* também passa a sofrer injusta e reprovável restrição, pois exige o recebimento do auxílio-doença acidentário (art. 118 da Lei nº 8.213/1991), o qual, entretanto, não será mais devido após 15 dias de afastamento do empregado, e, sim, o dobro (30 dias).

A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes ao referido período inicial e somente deverá encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade *ultrapassar 30 (trinta) dias*.

Não terá direito à pensão por morte o condenado pela prática de crime *doloso* de que tenha resultado a morte do segurado.

Em razão da garantia constitucional da *presunção de inocência* (art. 5º, inc. LVII), para a exclusão do direito ao benefício previdenciário, entende-se necessário, nesse caso, o trânsito em julgado da condenação criminal.

Passa a ser exigido, ainda, *tempo mínimo de casamento ou união estável*, de dois anos, para ter direito à pensão por morte.

Ou seja, o cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício da pensão por morte se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da data do óbito do instituidor do benefício.

O referido tempo mínimo de casamento ou de união estável só não é necessário nos casos em que:

- o óbito do segurado seja decorrente de *acidente* posterior ao casamento ou ao início da união estável;
- o cônjuge, o companheiro ou a companheira for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, por doença ou acidente ocorrido *após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito*.

O valor mensal da pensão por morte também foi *reduzido*, pois passa a corresponder a apenas 50 (cinquenta) por cento do valor da aposentadoria que o segurado recebia ou daquela a que teria direito se estivesse aposentado por invalidez na data de seu falecimento, acrescido de tantas cotas individuais de 10 (dez) por cento do valor da mesma aposentadoria quantos forem os dependentes do segurado, até o máximo de cinco.

A cota individual cessa com a perda da qualidade de dependente.

O valor mensal da pensão por morte será acrescido de parcela equivalente a uma única cota individual (de 10 por cento), no caso de haver filho do segurado ou pessoa a ele equiparada, que seja *órfão de pai e mãe* na data da concessão da pensão ou durante o período de manutenção desta. Esse acréscimo não será aplicado quando for devida mais de uma pensão aos dependentes do segurado.

A pensão por morte pode deixar de ser vitalícia, conforme a expectativa de sobrevivência do cônjuge, companheiro ou companheira.

Nesse sentido, o tempo de duração da pensão por morte devida ao cônjuge, companheiro ou companheira será calculado de acordo com sua *expectativa de sobrevivência no momento do óbito do instituidor segurado*.

Apenas se a expectativa de sobrevivência à idade do cônjuge, companheiro ou companheira for igual ou inferior a 35 anos é que a duração do benefício de pensão por morte será vitalícia.

Quanto maior a expectativa de sobrevivência do cônjuge, companheiro ou companheira, menor será a duração do benefício de pensão por morte, observando-se uma escala de 3, 6, 9, 12 e 15 anos.

Com isso, mais uma vez, diversas hipóteses de manifesta incoerência passam a surgir.

E se, após esse período de duração da pensão por morte, o cônjuge, o companheiro ou a companheira ainda necessitar do benefício, principalmente em razão de já estar em idade mais avançada? Ficará em situação de completo desamparo previdenciário?

Essa situação, de evidente *injustiça social*, acabaria tornando ineficaz o mandamento constitucional de cobertura, pelo sistema previdenciário, do evento, ou seja, da *contingência social* relativa à *morte*, conforme previsão expressa do art. 201, inc. I, da Constituição da República.

Cabe esclarecer que a expectativa de sobrevivência será obtida a partir da Tábua Completa de Mortalidade (ambos os sexos), construída pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), *vigente no momento do óbito do segurado instituidor*.

Como hipótese excepcional, o cônjuge, o companheiro ou a companheira considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, *por acidente ou doença ocorrido entre o casamento ou início da união estável e a cessação do pagamento do benefício*, terá direito à pensão por morte vitalícia.

O direito ao *seguro-desemprego*, por seu turno, passa a exigir, entre outros requisitos, que o trabalhador dispensado sem justa causa comprove ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos:

- a pelo menos *18 (dezoito) meses* nos últimos vinte e quatro meses imediatamente anteriores à data da dispensa, quando da primeira solicitação;
- a pelo menos *12 (doze) meses* nos últimos dezesseis meses imediatamente anteriores à data da dispensa, quando da segunda solicitação; e
- a cada um dos *6 (seis) meses* imediatamente anteriores à data da dispensa quando das demais solicitações.

Tendo em vista a elevada rotatividade no emprego que se observa no Brasil, essa exigência de longa duração do contrato de trabalho acabará deixando enorme número de pessoas que foram injustamente despedidas *sem acesso ao seguro-desemprego*, embora necessitem do benefício até mesmo para a sobrevivência própria e de sua família, ou seja, sem qualquer proteção social, o que, mais uma vez, incide em nociva violação à *dignidade da pessoa humana*.

Isso resultaria, em termos concretos, em manifesta afronta e na própria negação do direito fundamental à *proteção do trabalhador em situação de desemprego involuntário*, conforme determinam os arts. 7º, inc. II, e 201, inc. III, da Constituição da República.

O direito ao *abono anual do PIS/Pasep*, previsto no art. 239, §3º, da Constituição da República, também sofreu profunda limitação.

O recebimento de abono salarial anual, no valor máximo de um salário mínimo vigente na data do respectivo pagamento, passou a ser assegurado aos empregados que:

- tenham percebido, de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social (PIS) ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), até dois salários mínimos médios de remuneração mensal no período trabalhado *e que tenham exercido atividade remunerada ininterrupta por pelo menos 180 (cento e oitenta dias) no ano-base*; e
- estejam cadastrados há pelo menos 5 (cinco) anos no Fundo de Participação PIS-Pasep ou no Cadastro Nacional do Trabalhador.

No caso de beneficiários integrantes do Fundo de Participação PIS-Pasep, serão computados no valor do abono salarial os rendimentos proporcionados pelas respectivas contas individuais.

Além disso, o valor do abono salarial anual passa a ser calculado apenas *proporcionalmente ao número de meses trabalhados ao longo do ano-base*.

Por fim, cabe lembrar que *somente em caso de relevância e urgência* é que o Presidente da República pode adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (art. 62 da Constituição Federal de 1988).

Como parece evidente, não se observa qualquer urgência na restrição ao acesso e, em muitos casos, na inviabilização do recebimento de direitos fundamentais dos

segurados e seus dependentes, contrariando até mesmo o *interesse público primário*, entendido como o voltado ao *bem comum*, ou seja, de *toda a sociedade*.

Sendo assim, além da manifesta *inconstitucionalidade material* das medidas provisórias em destaque, observa-se evidente *invalidade formal*, uma vez que o meio pelo qual as restrições aos direitos sociais foram impostas desrespeitou até mesmo o necessário e legítimo *diálogo democrático*.

Eventuais justificativas de ordem econômica, por seu turno, não são aptas a afastar a normatividade dos preceitos jurídicos, *cogentes*, de natureza constitucional e âmbito internacional.

No Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CRFB), fundado na *dignidade da pessoa humana*, há limites e prescrições, de hierarquia superior, a serem respeitadas pelas escolhas políticas, tomadas pelos governantes, bem como pelas previsões legislativas.

Resta esperar, assim, que prevaleça a ordem constitucional, voltada a construir uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, inc. I, da CRFB), concluindo-se pela inconstitucionalidade formal e material das medidas provisórias em questão.

De todo modo, caso se entendesse, por hipótese, que as referidas modificações legislativas são válidas, conforme o posicionamento que tem prevalecido, em razão da *eficácia imediata e não retroativa* das normas jurídicas em relações de trato sucessivo (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República), as suas previsões, ainda que aplicáveis apenas a direitos e benefícios previdenciários concedidos a partir da entrada em vigor das disposições pertinentes, incidiriam também aos trabalhadores, segurados e dependentes que já estavam no sistema previdenciário, e não só aos que ingressarem (ou ingressaram) a partir do início da referida vigência.

Isso confirma a injustiça e a impropriedade das mudanças indicadas, alterando, de forma repentina, as “regras do jogo”, em manifesto prejuízo à garantia fundamental de *segurança*, no caso, em suas vertentes individual e social, assegurada pelo art. 5º, *caput*, da Constituição da República, e que não pode ser abolida nem mesmo por emenda a esta (art. 60, §4º, inc. IV).

Abstract: This study aims to verify the nature of social rights, which are provided as fundamental human rights and analyze the constitutional limits to its modification. In this approach, are also analyzed the recent legislative changes regarding pension benefits and rights of workers and their dependents.

Keywords: Social rights. Fundamental rights. Human rights. Social regression.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Leitura constitucional dos direitos sociais: medidas provisórias nºs 664 e 665 de 2014. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, p. 131-136, jul./set. 2015.
