

A necessidade do auxílio doença parental: uma análise ampla e merecida

*José Antonio Reder Soares**

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Cacheiro do Itapemirim (1986). Especializado em MBA Executivo em Gestão Empresarial. Faculdade Redentor. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Professor titular de Prática Real da Universidade Iguazu.

*Francine de Paula Borba Araújo**

Bacharel em Direito

*Ricardo Luiz Peixoto**

Graduado em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira (1997). Especializado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho. Mestrado em Direito Internacional. Professor titular de Prática Real da Universidade Iguazu.

Resumo

O auxílio doença parental configura um tema polêmico no âmbito do Poder Judiciário e ao mesmo tempo visto pela legislação brasileira com indiferença e, assim, recebendo um tratamento insuficiente. Diante disso, o auxílio doença parental tem a finalidade de obter, em casos de doenças graves, o benefício não só àquele que se encontra enfermo, como também a concessão de um benefício em favor do ente familiar que tenha que deixar o seu trabalho, face os cuidados permanentes e necessários da pessoa que se encontra nessa situação e precisa de acompanhamento contínuo e ininterrupto. Há uma ligação de analogia entre a necessidade do auxílio doença parental disponibilizado pela Previdência Social, e o auxílio dado aos funcionários públicos em razão das mesmas circunstâncias. Trata-se de assunto recente e muito prematuro no mundo jurídico. Poucos casos foram julgados em relação a esse tema e há uma discussão sobre o melhor posicionamento diante dos pedidos submetidos ao crivo do Poder Judiciário. O presente estudo está fundado numa revisão bibliográfica, análise das normas jurídicas pertinentes, opiniões dos principais doutrinadores sobre o tema, nos julgados referentes ao assunto, bem como nos artigos da imprensa que tratam do mesmo.

Palavras-chave: Parental; Trabalho; Auxílio; Benefício e Polêmico.

Abstract

The parental disease aid is a controversial issue within the scope of the Judiciary and at the same time seen by Brazilian legislation with indifference and, thus, receiving insufficient treatment. In view of this, parental sickness is intended to provide the benefit not only to those who are sick, but also to the granting of a benefit in favor of family members who have to leave their Permanent and necessary care of the person who is in this situation and needs continuous and uninterrupted follow-up. There is an analogous link between the need for the parental sickness aid provided by the Social Security and the aid given to civil servants because of the same circumstances. This is a recent and very premature issue in the legal world. Few cases have been judged in

relation to this issue and there is a discussion about the best positioning before the requests submitted to the screening of the Judiciary. The present study is based on a bibliographical review, analysis of the pertinent legal norms, opinions of the main indoctrinators on the subject, in the judgments related to the subject, as well as in the articles of the press that deal with it.

Key-words: Parental; Job; Help; Benefit and Controversial.

1. Introdução

O Presente artigo visa abordar a concessão do benefício de Auxílio Doença Parental, que ainda não foi apreciado pelo poder legislativo e pouco analisado pelo judiciário. Conclui-se que se trata de um fato com poucos precedentes, mas que merece melhor estudo e deve ser discutido, pois todos um dia poderão dele necessitar.

O Auxilio doença parental seria concedido ao segurado que precisasse cuidar de um ente familiar acometido por uma doença que dependesse de cuidados permanentes, ou seja, necessitam de cuidados até a sua recuperação, sendo essa nossa opinião. Diante disso foi feito um Projeto de Lei do Senado- PLS N°. 286/2014.

Antevendo essa necessidade, foi que a Senadora Ana Amélia (PP-RS), autora do projeto que tramita na Câmara, como PL 1876/2015 e Projeto de Lei do Senado – PSL n° 286/2014, justificando sua proposta para dar tratamento igual aos segurados do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) em relação aos segurados dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS).

Vale ressaltar que a proposta do projeto da Senadora foi o reconhecimento desse benefício buscando o tratamento isonômico aos segurados do RGPS em relação aos segurados do RPPS, que já se beneficiam desse avanço.

Por analogia, os segurados do RGPS, já gozam das benesses do Auxilio Reclusão, que possui, praticamente, as mesmas condições para quem necessitará do Auxilio Doença Parental.

A proteção que concerne à seguridade social está prevista em nossa Lei Maior, a Constituição da República, em uma série de princípios previdenciários que não de serem aplicados ao caso em tela e ainda no Direito Previdenciário positivado por meio das Leis nº 8212/1991 e 8213/1991, que em caso de lacuna legal, devemos nos valer das fontes do direito, quais sejam: analogia, costumes, princípios gerais do direito, jurisprudência e por último a equidade.

2. Da Seguridade Social

Seguridade social é conhecida como um conjunto de medidas que a sociedade proporciona aos seus integrantes, visando assegurar os infortúnios que atingem a capacidade de subsistência da coletividade. Acontecimentos estes, que causariam a redução ou perda de renda e desequilíbrios econômicos e sociais desses indivíduos. Como doenças, acidentes, maternidade ou desemprego.

Segundo Wladimir Novaes Martinez “o legislador fica devendo as normas sobre a efetivação da seguridade social, por falta de definição política e reconhecida a incapacidade de efetivamente atender as diretrizes constitucionais da ambiciosa matéria. Seguridade social é técnica de proteção social avançada em relação à Previdência social, capaz de integrá-la com a assistência social e incorporar as ações de saúde. Mas, mais ainda, é um esforço nacional extraordinário no sentido de um amplo atendimento a população obreira ou não, empenho cujos objetivos estão a distância”. (Carlos Alberto Pereira de Castro), (João Batista Lazzari).

A Constituição Federal/1988 traz em seu texto o seguinte entendimento: Art. 194. A seguridade social compreende 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.

Para colocar a Seguridade Social em prática, usam-se meios de prestações e assistência médica, formas essas que compõe a vida cotidiana do cidadão. Atos solidários aos necessitados, também podem ser incluídos nesse pensamento, uma vez que, estes atos buscam o bem-estar social.

De acordo com Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2016, fl. 07 na apresentação da obra):

Nesse contexto, devemos declarar nos parecer insofismável ser a Seguridade Social uma necessidade que não pode deixar de existir nos seus moldes clássicos. Mesmo entre muitos dos que entendem difícil, ou mesmo impossível, a gestão do atual sistema não há controvérsia a respeito da insubstituível atuação do Estado no campo da segurança social, protegendo os indivíduos contra os riscos à perda da capacidade laborativa, permanente ou temporária, ou à inexistência

de condições de subsistência por conta própria, bem como na provisão da saúde pública.

Existe um consenso internacional que coloca a Seguridade Social como um direito humano inalienável, produto de quase um século de trabalho das organizações internacionais relevantes, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas (ONU), e instituições supranacionais, como a Associação Internacional de Seguridade Social (AISS), a Organização Ibero americana de Seguridade Social (OISS) e a Conferência Interamericana de Seguridade Social (CISS).

Ressalta-se, ainda, que a Seguridade Social é articulada como um direito na Carta Internacional de Direitos Humanos, no qual claramente se expressa:

Artigo 22. Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

3. Da Previdência Social

A Previdência Social é prevista na lei 8.213/1991, e tem por fim assegurar aos beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 201 o que segue:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

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

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

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

4. Dos benefícios previdenciários

Primeiramente quando se trata de benefícios previdenciários, que nada mais é que um atributo pecuniário que a Previdência social paga aos seus segurados, para que possa atravessar períodos na vida tidos como difíceis.

A Lei 8213/1991, em seu art. 1º assim estabelece:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Atualmente temos os seguintes benefícios: aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade, aposentadoria por invalidez, aposentadoria especial, auxílio- acidente, auxílio doença, auxílio doença acidentária, pensão por morte, salário-maternidade e o auxílio reclusão.

Temos nesse último benefício, o que mais se aproxima do auxílio doença parental, eis que a ausência do acometido por doença grave que inspiram cuidados e de um familiar que cuidará dele em tempo integral, como muitas vezes acontece, quando faltam leitos hospitalares para cuidar desse doente.

Diante disso e quando o princípio da contributividade se faz presente, é que o benefício deveria ser pago aos beneficiários que precisassem se ausentar para cuidar de entes familiares sem que isso compromettesse a renda que ajudar a manter essa família.

4.1 Fator previdenciário

Varia de acordo com a idade e o tempo de contribuição do segurado a expectativa de vida que pode variar entre aposentar cedo e diminuir e aposentar tarde aumentando o valor, idade, alíquota de contribuição no momento da concessão da aposentadoria.

4.2 Carência

Perfaz-se no tempo mínimo que o segurado deverá contribuir para ter direito ao benefício, tem como escopo assegurar o indivíduo no infortúnio da vida em razão de incapacidade para o trabalho.

Importante destacar, que o sistema previdenciário, é assistencial, mas também contributivo, não se pode olvidar a relevância do mínimo de contribuição para que se faça jus ao direito de se ausentar em razão de incapacidade do labor.

Em regra, a proteção aos previdentes trabalhadores se dá obrigatoriamente para que o sistema possa suportar o ônus financeiro e atuarial, para que forme um fundo que possa angariar os imprevidentes.

4.3 Perícias médica

O instituto nacional de seguridade social administra os benefícios por meio de perícia médica do próprio instituto, ele analisa e determina se o segurado encontra-se incapacitado para o trabalho e o tempo que será concedido esse benefício, haja vista que pode aposentar o segurado por considerar remota a capacidade laborativa, ou seja aposentadoria por invalidez.

5. Da necessidade do Auxílio Doença Parental

O auxílio doença parental, com a fragilidade crônica que a saúde no Brasil atingiu nos leva a afirmar que a necessidade de ajuda de familiares aos entes ou pessoas queridas que precisem de cuidados, merecem o auxílio governamental para exercerem o direito de cuidar dessas pessoas com um mínimo de dignidade financeira.

Como se pode perceber muitas doenças vem incidindo de diferentes formas e com maior número em nossa fragilizada saúde pública, logo temos como uns dos problemas sociais escalado como de maior relevância na sociedade atual.

Em verdade, essas doenças acabam desestruturando toda família, e sendo a família o pilar da sociedade e ainda considerando que nossa constituição reza pela dignidade da pessoa humana com cobertura pelo ente previdenciário, que é um direito

fundamental, mormente pelos riscos que possam vir a existir e degradar a sociedade como um todo.

A família que possui um de seus entes com uma doença grave já está com seu psicológico abalado e o agravamento de uma dificuldade financeira por estar cuidando de seu parente e as vezes não poder conciliar com seu trabalho, é que o poder estatal deve oferecer proteção como dever constitucionalmente estabelecido.

O Art. 6º da Constituição Federal/1988 dispõe que: são direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados.

Assim, se a previdência não disponibiliza um meio para que a pessoa da família que, no caso, não possui condições de contratar um profissional cuidador para exercer essa função, possa deixar temporariamente o seu emprego, precisa-se encontrar um meio legal de ampará-la. No caso em questão, encontra-se insuficiência legal no que se trata do dispositivo no caso doença parental.

Em se tratando do auxílio doença comum, o sistema previdenciário requer que para que haja cobertura, deve haver contribuição, sendo requisito imprescindível para o período mínimo a carência de auxílio doença que se perfaz como regra geral de 12 contribuições, sendo esta dispensada em casos de doenças graves ou contagiosas e acidente de trabalho.

Assim a lei 8.213/1991 de forma direta traz no bojo do art. 59, a seguinte redação:

Art. 59. O auxílio doença, será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for caso, o período de carência exigida em lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Parágrafo único. Não será devido auxílio doença ao segurado que se filiar ao regime geral de previdência social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Como podemos perceber a leitura do presente artigo nos remete total impossibilidade como causa de benefício e assistência a qualquer ente familiar não havendo nenhuma lei que defina a proteção de ficar afastado das atividades laborais em razão de um ente familiar.

A Constituição de 1988 protege o ente familiar e é clara e expressa no seu artigo 226, “A família, base da sociedade, tem especial proteção do estado”.

5.1 Como funcionaria o Auxílio doença parental

Ao segurado que fosse concedido o Auxílio de Familiares teria direito a uma licença remunerada para acompanhar pessoa enferma da família. Para conseguir o benefício, seria necessário que o segurado e o familiar doente passem por perícias médicas do INSS, que segundo a intensão da Senadora Ana Amélia, autora do projeto de Lei nº 1876/2015 e Projeto de Lei do Senado – PSL nº 286/2014, seria até o limite máximo de 12 meses.

A existência de doenças graves, como por exemplo o câncer, que fazem com que os responsáveis pelo dependente acometido pela doença, que muitas das vezes não são atendidos em hospitais, fiquem sem condições para trabalhar regularmente. O que pode trazer transtornos maiores para toda família, diante do problema de saúde existente e da dificuldade financeira advinda com a desistência do emprego para cuidar de ente querido.

São nessas situações em que o Auxílio Doença Parental seria concedido pela Previdência Social e desde que comprovada por perícia pelo INSS que a permanência da doença do dependente e consequentemente o afastamento do trabalhador de suas atividades.

Em regra, assim como no auxílio-doença seria temporário e o segurado, para ter direito a receber, precisaria estar afastado do trabalho há pelo menos 15 dias (corridos ou intercalados dentro do prazo de 60 dias). Enquanto o segurado permanecesse incapaz de voltar a exercer suas atividades, continuaria recebendo o auxílio.

5.2 Impossibilidade do Requerimento Administrativo

Em razão de não haver dispositivo legal do Auxílio Doença Parental, a Autarquia Previdenciária sequer instaura o processo administrativo o que inviabiliza o exercício do direito de petição no âmbito administrativo. É cediço que atualmente o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento de que a análise do processo judicial depende do esgotamento da via administrativa. Visto que para que o Poder Judiciário

venha apreciar o caso é imprescindível que haja esgotado o pedido administrativo. Essa burocracia fere a Constituição nos termos do art. 5º, XXXV, da CF, afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, que confere todo cidadão o direito de demandar judicialmente.

Se existe direito, então é um dever do Estado apreciar todo pedido que for feito pelo cidadão. Tal negativa da autarquia federal ou do Judiciário já limita a mera expectativa do direito.

5.3 Projeto de Lei

Atualmente tramita o Projeto de Lei do Senado (PSL) 286/14 de autoria da Senadora Ana Amélia (PP/RS), que já foi aprovada pela Comissão de assuntos sociais e aguarda a aprovação na Câmara dos Deputados, que venha acrescentar na lei 8.213/91 um artigo para assegurar o Auxílio Doença Parental ou a concessão de licença remunerada para acompanhar a pessoa acometida de doença grave ou incurável da família (segurado do Regime Geral da Previdência Social, com a seguinte redação:

Art 63-A. Será concedido auxílio doença ao segurado por motivo de doença do cônjuge ou do companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto, madrasta, enteado, ou dependente que viva as suas expensas e conste da sua declaração de rendimentos, mediante comprovação por perícia médica, até o limite máximo de doze meses.

Importante destacar que em 2006 a jurisprudência teve um precedente na turma recursal de Santa Catarina processo autuado sob o nº 2006.72090007861, sobre o auxílio doença parental, concedeu o benefício a uma mãe cuja filha, menor impúbere, internada em hospital e com poucas chances de sobrevivência, necessitava dos cuidados e atenção que só uma mãe poderia dar, todavia um número muito remoto e irrelevante sobre um assunto especial como este.

A preocupação da SENADORA Ana Amélia não ocorre de forma unilateral, haja vista que em relação aos cofres Públicos seriam ainda vantajosos e econômicos com a internação do paciente, diminuindo assim, pelo fato de estar presente o ente familiar que poderá auxiliar em diversos tipos de tratamento.

Turma Recursal de Santa Catarina de n.º 2006.72090007861/SC que reconheceu o poder curativo do amor, afastando e concedendo, a uma segurada, o auxílio-doença,

pois, sob o ponto de vista psicológico, não tinha possibilidade de desenvolver atividade profissional, podendo assim, com a percepção do benefício, manter-se integralmente ao lado de sua filha bebê, com expectativa de vida abaixo de um ano de vida, aumentando consideravelmente a sua expectativa de sobrevivência (DE GOUVEIA, 2014, p.114).

Pela análise da questão que causa um estranhamento, não ter sido mencionado sobre o Projeto de Lei em 2014 nº286 de autoria da Senadora Ana Amélia, para incluir o auxílio doença parental no rol dos benefícios previstos no Regime Geral, já foi aprovado no Senado Federal e encontra-se na comissão da seguridade social Câmara dos Deputados aguardando a designação do Relator. Além da Constituição a Lei 8.842/94 e o Estatuto do Idoso também, dispõem sobre a matéria, pois é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, sendo motivos relevantes, visto que há uma previsão análoga ao Regime Próprio dos Servidores, conforme o art. 83 da Lei 8.112/90, que garante licença por motivo de doença em pessoa da família.

5.4 Princípio da Isonomia em relação ao servidor público e ao trabalhador privado

Na hermenêutica do Direito relata que a lei sempre se destina a um fim social e que deve ser ainda interpretada conforme a Constituição. Uma breve análise do Direito que venha tutelar o ser humano, quando não existe previsão legal sobre determinado assunto, usamos as normas, os costumes.

Desta feita, o vínculo afetivo e o psicológico dessa família, tal benefício merece prosperar, pela lógica, pelo fato existente, pela verdade real desse configurado momento tão delicado da entidade familiar.

Vale ressaltar ainda que a lei 8.112/90 do servidor público apresenta em seus artigos total proteção em conceder benefício em relação aos casos ora apresentados:

Art 83. Poderá ser concedida a licença do servidor público por motivo de doença do cônjuge ou do companheiro, dos pais, dos filhos, do padrasto ou madrasta e enteado, ou dependente que viva suas expensas e conste do seu assentamento, funcional, mediante comprovação por perícia médica oficial.

Não obstante, o servidor público tem direito a auxílio pecuniário da previdência social para cuidar de um familiar doente, enquanto o segurado que não é servidor

público foi afastado o direito, sendo que esses benefícios figuram como direitos humanos de segunda dimensão, sendo assim injusto a não concessão dos mesmos direitos para cuidar do enfermo da sua família.

Se a própria Constituição em seu Art. 5º “garante que todos são iguais perante a lei sem qualquer distinção”.

Ademais os fatos que foram narrados merecem tratamentos igualitários em relação o que inspiram a admissão do benefício no RPPS especificamente previstos na lei 8112/1990 em seus artigos 81 e 83, o qual deve ser aplicado por analogia como forma de fazer cumprir o princípio da Isonomia. Contudo a proteção da previdência não está suficiente em relação aos contribuintes celetistas, das quais não poderia ser permitido pelo Estado e pelo poder Legislativo.

Embora o Regime geral de previdência social e as consolidações trabalhistas não contemplem licença remunerada do trabalhador na hipótese de pessoa da família, a imprescindível presença do ente familiar ao lado da pessoa acometida por uma doença incurável que leva a morte é o que não se pode negar que o amor também diminui a dor e o sofrimento.

Numa análise como objeto das políticas sociais de previdência, podemos dizer que o Estado visa garantir o bem estar de todos (art. 3º, IV, DA CF) que diz sobre a segurança do individuo sobre três vertentes : a segurança da integridade física e moral do ser humano, mediante o exercício do monopólio da força pela supremacia estatal, impedindo o exercício arbitrário das próprias razões e punindo o atentado à vida , à integridade física , à intimidade, à privacidade, à honra e a imagem, bem como ao patrimônio dos indivíduos; a segurança jurídica gerada pelo Estado de Direito, com seus princípios de legalidade e igualdade perante a lei, e da inafastabilidade de apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito; e a segurança social que busca interesses na população menos favorecida , na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais.(CARLOS ALBERTO P. CASTRO/ JOAO BATISTA LAZZARI- MANUAL DE DIREITO PREVIDENCIARIO).

O sistema previdenciário brasileiro é dotado de Regimes com diferenças problemáticas sem nenhuma justificativa em relação aos segurados, estas que foram mencionadas acima pelo regime estatutário (RPPS) E (RGPS) regime geral, tal previsão

de tratamento destoa o Direito da assistência, previdência e seguridade social. Todavia esta prática fere o juízo axiológico visto que a maioria são trabalhadores, contribuintes, e alguns excluídos desse benefício assistencial, como pode o regime do estatutário ter direito a licença em motivo de doença dos seus entes familiares e o celetista não poder se beneficiar com este, se todos são segurados e contribuintes com o sistema?

Dessa forma o trabalhador privado também tem o direito de fazer jus ao benefício, haja vista que passa pelos mesmos problemas que o servidor público, sendo todos guardados pelo principiologico da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Obviamente que para que haja uma proteção de seguridade social, teremos que ter a fonte de custeio para possibilitar o sistema. Assim funcionam os princípios, e em resposta da universabilidade de cobertura que é restrito para os que exercem atividade remunerada. Sendo este que alcança todas as demandas sócias. Como pode então ter um fim específico, se alcança a todos?

5.5 Auxílio reclusão e o auxílio doença parental

Assim como o auxílio-reclusão que se embasou na dignidade humana dos dependentes do recluso, também o filho que cuida do pai, da mãe ou o pai que cuida do filho, da esposa, do pai, etc., em casos de enfermidade comprovada, merecem o provimento do Estado para manutenção da dignidade e a aplicabilidade de serem assistencializados pelos seus direitos sociais e garantias do Estado. Não se trata de uma conduta interesseira ou oportunista dos entes da família, mas um dever de garantir o mesmo direito que os servidores públicos já conseguiram.

Se o auxílio-reclusão é devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, por que não os cuidadores de entes familiares?

Nesse contexto é que surge a necessidade da criação do auxílio doença parental, cujacoberturaé de risco social na forma do texto constitucional, além disso, uns dos princípios consagrados na CF, art. 194,I, a universibilidade de Cobertura deve atender as contingências sociais,ou seja todos os acontecimentos que coloquem pessoas em estado de necessidade.

“Por universibilidade de cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite” (Carlos Alberto Pereira

de Castro; João Batista Lazzari, *in* Manual de Direito Previdenciário, Rio de Janeiro: Forense, 2016, 19ª edição, página 115).

6. Aplicação das normas e o Direito processual: Vigência, Hierarquia, Interpretação e Integração

A interpretação é sempre necessária, pois o que pode ser claro para uma pessoa, não será para outra, pois em dado momento, temos visões distintas de observar fatos.

Diante disso, é perceptível que as regras do Direito não atende todas as questões, diferenciando aliteralidade legislativa e a norma jurídica, consubstanciada na hermenêutica jurídica, daívem a importância da interpretação da lei para quem sabe aplicá-la.

Para Fabio Zambitte Ibrahim, “Na analogia busca-se a opção que seria feita pelo legislador, baseando-se em previsões análogas, existentes no ordenamento jurídico, deve-se procurar relação jurídica similar.” Assim vemos a importância interpretação jurídica que dentro do caso verá qual a ferramenta, que atenderá os fins sociais, a constituição, a Justiça.

Dentro do mesmo raciocínio Zambitte, quando cita que os Costumes são praticas reiteradas, de longa data, pela sociedade e aceitas como corretas. Têm força normativa, desde que não sejam contrários à lei. Nessa mesma linha de raciocínio fala dos princípios gerais do Direito, que fornecem as principais diretrizes do ordenamento jurídico responsáveis pela fundação de toda construção jurídica. São regras dotadas de grande abstração, com forte componente axiológico, direcionando o trabalho do legislador e do aplicador da lei.

O Presente artigo ilustra uma hipótese da falta de uma lei que o defina sem menor chance de ser analisado por se tratar de obrigatoriedade um pedido administrativo, sem qualquer oportunidade de ser analisado processualmente a uma situação que pode ser suprimida por analogia. O Juiz não pode renunciar de alegar obscuridade, renunciar sobre a hipótese que o ordenamento jurídico é omissis, não dá pra negar que existe mecanismo de integração do Direito que permite o julgamento por falta de lei, o juiz não poderá se eximir de julgar, devera recorrer a analogia, os costumes ou os princípios gerais do Direito, isso decorre do sistema, de acordo com a LINDB 4º, QUANDO NÃO TEM LEI QUE DETERMINA O FATO, visto que existe um sistema muito

rico em lei, existe ainda várias disposições e hipóteses que não tem lei para disciplinar a questão.

Já o antigo CPC/1973 previa que a indeclinabilidade da jurisdição, consistente na proibição do Juiz pronunciar o *non liquet* alegando a lacuna ou obscuridade da lei, em conformidade com a LINDB 4º, servindo para tanto de outros meios quando a lei for omissa ou obscura.

Também o Art. 126 do antigo CPC/1973 estabelecia que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

Por sua vez, o artigo 140 do novo Código do Processo Civil dispõe que: “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

Como visto, o presente artigo estabelece claramente que o Juiz deve cumprir a Lei, julgar com base na lei, em seu parágrafo único que só quando a lei autorizar que julgue por equidade, o que autoriza um julgamento mais justo, para critérios de legislação por critérios de justiça própria.

Tal fato permite que o julgamento do Juiz seja equilibrado, o fato de estar ou não previsto em lei, que o juiz deverá analisar em cada caso, e substitua critérios que seriam totalmente injustos.

Nessa senda admite a lei que, uma vez provocado o Estado, a fim de julgar qualquer pedido, deve assim decidir, mesmo que não haja norma jurídica sobre o assunto, o Estado não pode deixar de julgar, uma vez requerida, essa é indeclinável.

Não podemos negar que a aplicação justa da lei, rigorosa, pode levar a injustiças, de formas que o magistrado deve procurar interpretar a lei buscando uma solução mais justa.

Os princípios gerais do Direito são regras consagradas, que podem ser utilizados e aplicados nas soluções dos litígios.

6.1 Falta de previsão legal do instituto não significa falta de fundamentação legal e jurídica.

A Constituição Federal, a Lei 8.842/94 e o Estatuto do Idoso, todas dispõem sobre a matéria, uma vez que é obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar com absoluta prioridade, dentre outros direitos, a efetivação do direito à vida, à saúde e convivência familiar ao Idoso.

Também no caso de crianças e de adolescentes, o ECA prevê que deve ser proporcionado o direito à vida e à saúde pela família, sociedade e poder público.

É público e notória que muitas famílias não possuem condições financeiras para arcar com o que determina o ordenamento jurídico, mesmo que o Estado forneça o tratamento, nem sempre será suficiente para a recuperação de determinadas doenças.

Portanto, quando a lei é omissa, o juiz deve analisar o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito. E, quando aplicar a lei, atenderá os fins sociais da norma e a exigência do bem comum.

O direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal tem como fundamento proporcionar ao ser humano o alcance aqueles direitos e em sua maior proporção como uma forma de suprir as necessidades básicas dos indivíduos.

Não há motivos para a não concessão do auxílio-doença parental, até porque, já há previsão legal análoga a esta, no Regime Próprio dos Servidores, conforme o artigo 83, da lei 8.112/90, que garante a Licença por motivo de Doença em Pessoa da família.

O mero pedido no poder judiciário não é suficiente para que seja concedido o benefício, isto porque é necessário realizar uma perícia no dependente e no segurado, para que seja comprovada a real necessidade da permanência do segurado juntamente com a pessoa adoecida e que o segurado demonstre que não tem força para o labor devido a condição médica, social e psíquica, além de demonstrar que a presença deste é de suma importância para a recuperação.

Considerações Finais

Nossa conclusão é que o segurado que necessitar cuidar de um parente doente deve buscar o pronunciamento judicial sobre a demanda, isto porque não há previsão legal do instituto e a exigência de busca administrativa deve ser suprida pelo juiz ante a inexistência desse pedido em específico.

Deve-se entender que nem todo pleito ao juízo será deferido, mas pelo o princípio da felicidade, e decisões que concedem o auxílio-doença aos que estão incapacitados para o trabalho em razão de problemas de saúde na família, existe a possibilidade de que o juiz conceda o auxílio, como se deu no julgado da Turma Recursal de SC, processo nº 2006.72090007861, em que foi concedido o benefício auxílio-doença à mãe que necessitava cuidar de sua filha de 1 ano e 3 meses de vida, pois esta possuía uma enfermidade. Além de se entender que a mãe não possuía condições para o labor e que a presença da mãe podia ajudar na recuperação.

Assim, o Auxílio Doença Parental está à mercê da discricionariedade do juízo e a mercê do judiciário, que não vem reconhecendo esse direito, apesar de todas as evidências provarem a necessidade de sua concessão em determinados casos, assunto polêmico e de grande importância que aguarda aprovação do Projeto de Lei do Senado-PLS nº. 286/2014, que na Câmara corre como PL 1876/2015.

Uma indagação se faz necessária. Uma pessoa cujo a renda familiar se resume a um salário mínimo e cujo a família se resume a uma única e amada mãe, teria como desenvolver suas atividades laborais, ciente que seu único parente, já dispensado por hospitais, precisa de você para atender suas necessidades mais básicas devido a uma doença grave em fase de doença terminativa?

Por fim, apesar do benefício doença parental ainda não encontrar previsão legal explícita, *s.m.j*, pode o judiciário, baseado em casos concretos e com forte comprovação, contemplar, com fundamento na isonomia ou analogia, o benefício em favor daquele a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, como garantia da dignidade humana.

Referências Bibliográficas

Auxílio Doença Parental. Disponível em

<<http://nelsontorresadv27.jusbrasil.com.br/artigos/124050578/auxilio-doenca-parental>> Acesso em 14/08/2017.

<<http://nossosaber.com.br/auxilio-doenca-parental/>> Acesso em 14/08/2017.

<<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/05/27/aprovado-na-cas-projeto-que-cria-auxilio-doenca-parental>> Acesso em 14/08/2017.

Benefícios previdenciários. Disponível em

<<http://direito-domestico.jusbrasil.com.br/noticias/2140650/beneficios-previdenciarios>> Acesso em 15/08/2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; João Batista Lazzari, Manual de Direito Previdenciário, Rio de Janeiro: Forense, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. Rosa Maria de André Nery. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.