

**FACULDADE EVANGÉLICA DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO
AMÉLIA CRISTINA RODRIGUES PEREIRA**

**DA AFERIÇÃO DO CRITÉRIO SUBJETIVO DA MISERABILIDADE DO
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (LOAS) NA COMARCA DE
CRIXÁS/GO**

**RUBIATABA/GO
2019**

AMÉLIA CRISTINA RODRIGUES PEREIRA

**DA AFERIÇÃO DO CRITÉRIO SUBJETIVO DA MISERABILIDADE DO
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (LOAS) NA COMARCA DE
CRIXÁS/GO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da professora NALIM RODRIGUES RIBEIRO ALMEIDA DA CUNHA DUVALLIER, Especialista em direito previdenciário pela UNIDERP. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Sociedade de Tecnologia e Meio Ambiente – UNIEVANGÉLICA.

**RUBIATABA/GO
2019**

AMÉLIA CRISTNA RODRIGUES PEREIRA

**DA AFERIÇÃO DO CRITÉRIO SUBJETIVO DA MISERABILIDADE DO
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (LOAS) NA COMARCA DE
CRIXÁS/GO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Rubiataba, sob orientação da professora NALIM RODRIGUES RIBEIRO ALMEIDA DA CUNHA DUVALLIER, Especialista em direito previdenciário pela UNIDERP. Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Sociedade de Tecnologia e Meio Ambiente – UNIEVANGÉLICA.

MONOGRAFIA APROVADA PELA BANCA EXAMINADORA EM 17/04/2019

**Especialista Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida Da Cunha Duvallier
Orientadora
Professora da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Leidiane de Moraes e Silva Mariano
Examinadora
Professora da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

**Especialista Edilson Rodrigues
Examinador
Professor da Faculdade Evangélica de Rubiataba**

Agradeço a Deus por me sustentar todos os dias, e me dar forças para continuar, a minha amada filha, aos meus queridos pais, e meu namorado, que sempre estiveram ao meu lado, aos amigos, e familiares, e a minha Orientadora, pelo apoio e por sua valiosa contribuição a minha formação.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, por me sustentar todos os dias, pois foi uma caminhada longa e árdua, para chegar até aqui.

Em segundo, agradeço aos meus pais, Marcia e Ozair, e ao meu querido namorado Sandyo Henrique, pois estes foram as pessoas que estiverem sempre ao meu lado me apoiando, me dando forças para continuar, e principalmente me dando carinho sempre com mensagens positivas. E, a pessoa mais importante da minha vida, pois por ela corro atrás dos meus objetivos todos os dias para garantir o melhor para ela sempre, minha amada filha, Emanuely, a quem dedico esta monografia.

Em terceiro, agradeço meus amigos Jaqueline, Dhebora, Mikhaelly e Mirely que sempre estiveram ao meu lado me amparando e dando assistência, com amor e carinho.

Por seguinte, agradeço a minha orientadora Nalim Rodrigues Ribeiro Almeida Da Cunha Duvallier pela dedicação, compreensão e apoio durante toda a produção da monografia. Estendo meus agradecimentos ao corpo docente, direção e administração desta instituição.

Por fim, agradeço a escrevente da Vara de Fazendas da Comarca de Crixás-GO, pela disposição e atenção durante a pesquisa de campo; ao Juiz de Direito da Comarca de Crixás, Dr. Alex Alves Lessa, pela disponibilidade e presteza para a resolução do questionário e a pesquisa de campo.

RESUMO

O objetivo desta monografia é apresentar quais os métodos analisados pelo magistrado para aferição da miserabilidade nas ações de concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) na Comarca de Crixás no ano de 2017. Tendo como objetivos específicos, analisar a proteção assistencial prevista na seguridade social e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como estudar sobre a concessão do BPC-LOAS à luz da legislação vigente, e por fim verificar quais os critérios subjetivos analisados nas ações de concessão deste benefício, e se levam em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana. Para atingir esta finalidade desenvolve-se o estudo pelo método dedutivo, com a utilização da técnica de revisão bibliográfica e pesquisa de campo, com a abordagem qualitativa e objetivos exploratórios. Por fim, com a pesquisa de campo realizada tem se como resultados principais que o magistrado ao verificar as condições de mínimas que deixam de garantir a dignidade da pessoa humana a este indivíduo que necessita do apoio estatal, aplicará como subjetivamente a renda *per capita* familiar de $\frac{1}{2}$ salário mínimo, sendo esta renda já aplicada em demais benefícios que visam assistir o hipossuficiente.

Palavras-chave: BPC. Critérios. Dignidade da pessoa humana. Miserabilidade.

ABSTRACT

The objective of this monograph is to present the criteria analyzed by the magistrate to assess the subjective criterion of miserability in the actions of BPC-LOAS concession in the Region of Crixás in the year 2017. Having as specific objectives, to analyze the welfare protection provided for in social security and its relation with the principle of the dignity of the human person, as well as to study the criteria for granting BPC-LOAS in light of the current legislation, and finally check which criteria subjective aspects analyzed in the actions of granting this benefit, and taking into account the principle of the dignity of the human person. To reach this goal, the study is developed by the deductive method, using the technique of bibliographical review and field research, with the qualitative approach and exploratory objectives. On the other hand, with the field research carried out, the main results are that the magistrate, when verifying the minimum conditions that fail to guarantee the dignity of the human person to this individual who needs state support, will apply the subjective criterion of ½ minimum wage, a criterion that has already been applied to other benefits aimed at assisting the underemployment.

Keywords: BPC. Criterion. Dignity of human person. Miserableness.

Traduzido por Marleides de Oliveira Mendes – Letras Modernas: Inglês/Português.

LISTA DE QUADRO

QUADRO 01 – PROCESSOS DO BPC – LOAS SENTENCIADOS NO ANO DE 2017.....

42

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ART. – Artigo

BPC – Benefício de Prestação Continuada

Dr. - Doutor

GO – Goiás

INSS – Instituto Nacional de Seguro Social

LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social

N. - Número

P. - Página

PNAA – Plano Nacional de Acesso a Alimentação

STF – Supremo Tribunal Federal

CF – Constituição Federal

LISTA DE SÍMBOLOS

§ - Parágrafo

§§ - Parágrafos

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 14 |
| 2 ANALISAR A PROTEÇÃO ASSISTENCIAL PREVISTA NA SEGURIDADE SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... | 16 |
| 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURIDADE SOCIAL | 17 |
| 2.2 A PROTEÇÃO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 19 |
| 3 OS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA BPC-LOAS A LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE | 27 |
| 3.1 CARACTERIZAÇÃO DA MISERABILIDADE E O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE..... | 36 |
| 4 OS CRITÉRIOS SUBJETIVOS ANALISADOS NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - NA COMARCA DE CRIXAS/GO EM 2017 | 40 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 49 |

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como tema, a aferição do critério subjetivo da miserabilidade do benefício de prestação continuada (LOAS) na Comarca de Crixás/GO. Buscando responder a seguinte problemática: quais os critérios analisados pelo magistrado para a aferição do critério subjetivo da miserabilidade nas ações de concessão do benefício de prestação continuada (LOAS) na Comarca de Crixás – GO no ano de 2017?

Cumprе salientar, que o objetivo geral da pesquisa é verificar quais os critérios subjetivos que levam o magistrado ao proferir sentença de procedência nas ações de concessão de benefício de prestação continuada, e se esses critérios levam em consideração a dignidade da pessoa humana na Comarca de Crixás/GO.

Nesse sentido, analisa-se os específicos, quanto a proteção assistencial prevista na seguridade social e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como estuda sobre os critérios de concessão do BPC-LOAS à luz da legislação vigente, e posteriormente apresenta os dados da pesquisa de campo realizada para apontar quais os critérios subjetivos analisados nas ações de concessão deste benefício, e se estes levam em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana.

De maneira geral, para a concessão desse benefício assistencial junto ao INSS, administrativamente, analisa-se exclusivamente o que dispõe a legislação de forma restrita. Logo, o requerente, sendo idoso ou deficiente, deve comprovar que em seu grupo familiar não possui renda mensal que ultrapasse $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente. Ocorre que, o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), que declarou inconstitucional o §3º do artigo 20 da lei 8.742/1993, possibilitou aos magistrados na análise do caso concreto, podendo aferir a miserabilidade de forma individualizada com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, atualmente, o magistrado ao julgar uma ação previdenciária que pleiteia o benefício assistencial ao deficiente ou idoso, poderá relativizar os critérios já apontados pela LOAS, usando como ponto de partida a carência e os meios pelos quais a pessoa vive, comprovados a partir do estudo social realizado em seu grupo familiar.

Dessa maneira, a referida pesquisa tem como problemática averiguar quais os critérios subjetivos que levam o magistrado a proferir sentença de procedência nas ações que tem como pleito o BPC-LOAS.

Portanto, para atingir o objetivo deste trabalho desenvolve-se o estudo pelo método dedutivo, com a utilização da técnica de revisão bibliográfica e pesquisa de campo, com a abordagem qualitativa e objetivos exploratórios. Assim como, faz-se a utilização de questionário dirigido diretamente ao magistrado, com avaliação quantitativa, e a apresentação em tabela esclarecendo os processos analisados.

A justificativa para desenvolver a pesquisa surge ao se analisar esse requisito de miserabilidade o qual é essencial para a concessão de um benefício que visa a assistência social ao hipossuficiente, nasce a relevância do tema, pois visa elucidar o que se deve analisar ao apontar o significado de carência econômica em um grupo familiar.

A problemática abordada, tem o intuito de demonstrar que o critério para a concessão do BPC/LOAS, não deve partir tão somente do que dispõe a lei seca em si, mas também os fatores sociais e econômicos no caso concreto, ou seja, se um grupo familiar que possui renda per capita um pouco acima do exigido em lei, se isso não o caracteriza como economicamente hipossuficiente, não podendo prover o seu sustento e nem o da sua família, para garantia de uma vida digna.

Com a presente pesquisa, busca-se demonstrar a sociedade que o requisito objetivo disposto previsto em nosso ordenamento jurídico, poderá sofrer uma relativização em análise de cada caso, e dos fatos comprobatórios.

Insta salientar que o trabalho é dividido em cinco capítulos. O primeiro se inicia com a introdução, mostrando a problemática abordada, os objetivos gerais e específicos, os métodos usados para realização da pesquisa, assim como a justificativa com a relevância/importância do tema, e os principais resultados.

Adiante adentra-se ao segundo capítulo, com a análise da proteção assistencial prevista na seguridade social e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. E tem como finalidade, explanar a respeito da seguridade social prevista na Constituição Federal do Brasil, que dispõe sobre a assistência social, direito este garantido a todos os cidadãos que dela necessitar, inclusive os que pleiteiam o benefício de prestação continuada, por ser este um benefício de amparo assistencial, aos cidadãos que necessitam da ajuda do Estado para garantir o mínimo para sua sobrevivência. E o princípio da dignidade da pessoa humana, que preceitua que todos tem o direito de viver dignamente com os mesmos direitos uns dos outros.

O terceiro capítulo abordará sobre os critérios de concessão do benefício de prestação continuada à luz da legislação vigente, com a análise da lei que dispõe a respeito deste benefício, lei nº 8.742/93, mais precisamente em seu artigo 20. Apresentando ao leitor

os critérios já adotados e firmados pela lei, dando um olhar mais humano quanto a apresentação dos critérios subjetivos com a pesquisa de campo realizada.

Por seguinte, o quarto capítulo, com a pesquisa de campo, apontar quais os critérios subjetivos analisados nas ações de concessão de benefício de prestação continuada, e se esses critérios levam em consideração a dignidade da pessoa humana. Enriquecendo a presente pesquisa com a respostas do questionário dirigido ao magistrado da Comarca de Crixás/GO.

Por fim, o último capítulo, traz em seu bojo as considerações finais sobre a conclusão da pesquisa e seus resultados alcançados.

2 ANALISAR A PROTEÇÃO ASSISTENCIAL PREVISTA NA SEGURIDADE SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Este capítulo analisa a proteção assistencial, que está prevista na seguridade social, e qual a sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo como objetivo demonstrar a proteção assistencial, e, de início frisa-se que, esses direitos apresentados acima, são direitos garantidos pela CF/1988, que em seu artigo 6º, dispõe sobre os direitos sociais, que inclui a seguridade social, e esta abrange a assistência social. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília)

Desse modo, este capítulo ajudará a responder o problema da monografia ao expor como é previsto a assistência social, no que dispõe a seguridade social, pois o BPC-LOAS, é um benefício assistencial, previsto na seguridade social, logo, é importante estudar esta proteção garantida aos cidadãos.

Sendo assim, o presente capítulo apresenta a proteção assistencial, que é um direito garantido aos cidadãos que não possuem meios suficientes para garantir a sua subsistência, e é através da análise dessa proteção assistencial, como dever do Estado de garantir o mínimo possível, afere-se o estado hipossuficiente do cidadão. Para escrever este capítulo foi usado como metodologia, a pesquisa bibliográfica.

Como referencial metodológico que servirá de meio para conseguir informações sobre esse assunto a ser pesquisado, utiliza-se a pesquisa bibliográfica sobre esse tema, com a incorporação de ensinamentos referentes a proteção assistencial, que o Estado deve garantir aos cidadãos hipossuficientes.

Para início da discussão do assunto, estuda-se a seguridade social e sua evolução histórica no Brasil, em seguida compreenderá a assistência social, seus objetivos e princípios, sendo estes direitos garantidos a todos os cidadãos para uma vida digna, destinados a redução das desigualdades sociais.

É de suma importância trazer a baila o estudo da seguridade social, pois nela está prevista a assistência social, esta que garante o direito ao benefício de amparo social, BPC/LOAS, e por sua vez, independe de contribuição para o seu pleito.

Este capítulo tem como finalidade apresentar as etapas de evolução da seguridade social e assim, entender o surgimento e desenvolvimento do direito a assistência social. E com isso, possibilitar o maior entendimento do tema abordado, considerando-se que o direito a

assistência social advém da seguridade social. Assuntos estes que necessitam ser abordados e estudados para assim chegar ao resultado final da problemática abordada, tendo em vista que o direito do cidadão, comprovadamente hipossuficiente, a perceber o BPC/LOAS garante a este uma vida digna diante das dificuldades econômicas enfrentadas.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SEGURIDADE SOCIAL

Descrever sobre a evolução histórica no Brasil da seguridade social é de grande importância para responder o problema desta monografia, pois proporcionará a compreensão do atual estágio de desenvolvimento da assistência social, que garante o direito o BPC/LOAS, pois a seguridade social dá guarida ao direito ao amparo social. Diante disso expõe Santos (2016, p. 36):

A evolução socioeconômica faz com que as desigualdades se acentuem entre os membros da mesma comunidade e da comunidade internacional. A pobreza não é um problema apenas individual, mas, sim, social. A concentração da maior parte da renda nas mãos de poucos leva à miséria da maioria, que se ressentida da falta dos bens necessários para sobreviver com dignidade.

Vê-se que desde o início, as pessoas já sofriam em razão das diferenças socioeconômicas, uns com muitos outros com poucos, foi a partir desse contexto social e econômico vivido pela sociedade, não possuindo o mínimo para viver dignamente, que começou a surgir o amparo do Estado. Santos (2016), divide a evolução histórica em três etapas: assistência pública, seguro social e seguridade social.

Sobre a primeira etapa, assistência pública, define Santos (2016, p. 36/37):

A primeira etapa da proteção social foi a da assistência pública, fundada na caridade, no mais das vezes, conduzida pela Igreja e, mais tarde, por instituições públicas. O indivíduo em situação de necessidade — em casos de desemprego, doença e invalidez — socorria-se da caridade dos demais membros da comunidade.

A assistência pública nesse contexto era o apoio da comunidade para aqueles que necessitavam de ajuda, assistência de terceiros, que nessa época era conduzida pela igreja, e posteriormente por instituições públicas. No Brasil, foi prevista pela primeira vez na Constituição Federal Brasileira de 1824.

O seguro social, segunda etapa da evolução da seguridade social no Brasil, por sua vez possui uma característica diferente da assistência pública pois decorria de um contrato, em que as pessoas se vinculavam de maneira facultativa, por livre espontânea vontade. Por que neste o segurado precisava contribuir, entretanto, a partir da Segunda Guerra

Mundial, a ideia de que o seguro social deveria ser obrigatório para todos e não somente para os trabalhadores, ganhou ainda mais força. Analisa-se as lições de Santos (2016, p. 38):

Ao se tornar obrigatório, o seguro social passou a conferir direito subjetivo ao trabalhador. O seguro social era organizado e administrado pelo Estado. O custeio era dos empregadores, dos empregados e do próprio Estado. Já não se cuidava da configuração civilista do seguro. O Estado liberal precisava de mecanismos que garantissem a redução das desigualdades sociais, e não apenas dos conflitos e prejuízos. O Estado liberal produzia cada vez mais e em maior quantidade. O seguro social atuava, então, como instrumento de redistribuição de renda, que permitia o consumo. A solidariedade ganhou contornos jurídicos, tornando-se o elemento fundamental do conceito de proteção social, que, cada vez mais, foi se afastando dos elementos conceituais do seguro civilista. A par da questão econômica caminhava, ainda, a luta pela garantia dos direitos sociais.

Em último e não menos importante surgiu a seguridade social, que após a Segunda Guerra Mundial, com a grande transformação que se inseriu na sociedade, territórios devastados, pessoas desempregadas, etc., despontou-se a necessidade de amparar a sociedade, mas não só a classe trabalhadora, mas sim todos aqueles que necessitassem que amparo.

Santos expõe (2016, p. 42):

A seguridade social, entretanto, não está fincada na noção de risco, mas, sim, na de necessidade social, porque os benefícios não têm natureza de indenização; podem ser voluntários, não são necessariamente proporcionais à cotização, e destinam-se a prover os mínimos vitais.

Sendo assim, a seguridade social se forma com as situações de fato que ocorrem na sociedade, para reparar as necessidades dela decorrentes, para que todos os cidadãos tenham o mínimo para sua sobrevivência.

Com o estudo da evolução histórica da seguridade social, compreende-se que o benefício de prestação continuada, atualmente garantido um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, que não possuem meios para garantir a sua sobrevivência, começou com a assistência pública, mas, tendo sempre como finalidade a proteção das necessidades socioeconômicas do cidadão.

O principal fruto deste capítulo funda-se na necessidade da sociedade em ser amparada pelo Estado a partir de um sistema acolhedor, que retirasse da miséria os hipossuficientes. Logo, o Estado se sentiu no dever de criar programas garantidores do mínimo para os que pereciam, e se iniciou com a assistência pública, com o apoio das igrejas e instituições públicas. Progredindo mais a frente com a criação do seguro social, no entanto, este dependia de contribuição facultativa do trabalhador. Fator este que se alterou ao se tornar obrigatório o direito ao seguro social, sendo trabalhador ou não, pois visava a luta contra as

desigualdades sociais. E a partir disso nasce o direito ao BPC/LOAS, para aqueles que necessitam do apoio estatal para sua sobrevivência.

2.2 A PROTEÇÃO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Posteriormente, passada a fase da evolução histórica da seguridade social no Brasil, atualmente, o artigo 194, caput, da Constituição Federal de 1988, conceitua a seguridade social como, um conjunto de ações promovidas pelos Poderes Públicos e pela sociedade, com o intuito de preservar o direito à saúde, assistência social e a previdência social. Nesse contexto posiciona Santos (2016, p. 43):

Pela definição constitucional, a seguridade social compreende o direito à saúde, à assistência social e à previdência social, cada qual com disciplina constitucional e infraconstitucional específica. Trata-se de normas de proteção social, destinadas a prover o necessário para a sobrevivência com dignidade, que se concretizam quando o indivíduo, acometido de doença, invalidez, desemprego, ou outra causa, não tem condições de prover seu sustento ou de sua família.

Também neste sentido preceitua Andrade (2012, p. 18):

A seguridade social, parte integrante da ordem social, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 da CF/88). Portanto, conclui-se que a seguridade social é um sistema de proteção social composto por três subsistemas: previdência, assistência social e saúde.

Noutro ponto de vista ainda acerca do conceito de seguridade social, “A seguridade social pode ser compreendida como a técnica de proteção pela qual o Estado garante à sua população o bem-estar social. Este é o fim que deve perseguir.” (Bragança, 2012).

Conceitua Santos (2016, p. 235), quanto a assistência social:

[...] a assistência social não é, em verdade, meramente assistencialista, porque não se destina apenas a dar socorro provisório e momentâneo ao necessitado. O que pretende a Constituição é que a Assistência Social seja um fato de transformação social. Deve promover a integração e a inclusão do assistido na vida comunitária, fazer com que, a partir do recebimento das prestações assistenciais, seja ‘menos desigual’ e possa exercer as atividades que lhe garantam a subsistência. [...]

Sendo assim, estabelece-se que a assistência social foi fundada com o objetivo de assistir a sociedade, assim como apoiar a parte da sociedade que é menos favorecida, promovendo a inclusão e a garantia de dignidade humana a todos.

Assim, vê-se que a seguridade social abrange direitos essenciais para uma pessoa e sua família viverem dignamente. Sendo que se um indivíduo necessitar de amparo assistencial ele está assegurado pela seguridade social.

Nessa perspectiva Castro e Lazzari (2017, p. 58):

A constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, atuando simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social, de modo que as contribuições sociais passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas, e não mais somente no campo da Previdência Social. [...]

Diante desse entendimento, é importante frisar que, a proteção assistencial prevista na seguridade social, não tem como requisito contribuições por parte de quem dela necessitada. O custeio mencionado acima é em relação à previdência social, que também é um direito elencado pela seguridade social. Segundo Santos (2016), se o necessitado for segurado da previdência social, a proteção social será dada pela concessão do benefício previdenciário correspondente à contingência-necessidade que o atingiu.

Entretanto, se a pessoa não estiver segurada por nenhum dos regimes previdenciários previstos, ela tem por direito o apoio da assistência social, prevista na seguridade social, mas, desde que preencha todos os requisitos para o amparo assistencial que pleiteia.

Dentro do direito à seguridade social nasce outro direito, o da assistência social, que somente se destina para os necessitados, não depende de contribuição/custeio, à respeito disciplina Santos (2016): “O direito subjetivo às prestações de assistência social, dado a quem dela necessitar, na forma da lei, também independe de contribuição para o custeio.”

O direito de todos à seguridade social tem como base, o princípio da universalidade da cobertura e atendimento, ou seja, este direito é um universal, garantido a todos, independentemente de cor, raça, etnia, religião, etc., desde que vivam no território nacional. Sobre esse princípio constitucional preceitua Castro e Lazzari (2017, p. 86):

[...]Por universalidade da 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. A universalidade do atendimento significa, por seu turno, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de previdência social – obedecendo o princípio contributivo – como no caso da saúde e da assistência social.

Em outras palavras define o aludido princípio o Bragança (2012, p. 10):

Vale lembrar que constituem objetivos fundamentais de nossa República, entre outros, a erradicação da pobreza, a redução de desigualdades sociais e a promoção do bem a todos (art. 3º, CF). E não há dúvida de que a seguridade social é um forte braço do Estado para atingir seus objetivos, proporcionando à população acesso à saúde, à previdência e à assistência social. Por conta disso, natural intentar levar as ações de seguridade social ao maior número possível de pessoas (universalidade do atendimento) e estender a rede protetora aos mais variados eventos que estejam na órbita de suas ações (universalidade da cobertura).

Outrossim, em relação a compreensão do princípio apontado, Andrade (2012, p. 19) lecionam:

A seguridade social deve garantir a proteção universal. Do ponto de vista objetivo (universalidade da cobertura), a seguridade social deve garantir amparo diante de toda e qualquer situação de vida que possa conduzir a um estado de necessidade. Por exemplo, a invalidez impossibilita o exercício de atividade remunerada pelo indivíduo. Logo, a invalidez é uma situação de vida que dá ensejo a um estado de necessidade. Consequentemente, deve ser amparada pelo sistema de seguridade social.

De acordo com o entendimento de Vianna (2014, p. 17), sobre relação do conceito de seguridade social com o princípio da universalidade, está presente:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social, nos termos do artigo 1º da Lei no 8.212/91, tendo os seguintes princípios e diretrizes: – Universalidade da cobertura e do atendimento. Esse princípio comporta desdobramentos sob os aspectos objetivo e subjetivo. À luz do primeiro, significa dizer que todos os riscos sociais – ou eventos – devem ser cobertos, ou seja, universalidade da cobertura; de acordo com o segundo, todas as pessoas devem ter proteção social, ou seja, universalidade do atendimento. [...]

Sendo assim, de acordo com o princípio constitucional da seguridade social, a universalidade, todos os cidadãos brasileiros têm direito ao acesso à seguridade social, se ele dela necessitar. Abrangendo contingências que ocasionam a proteção assistencial as pessoas, que são supridas pelos seguintes instrumentos, preleciona Eduardo (2016, p. 22):

A universalidade da cobertura (universalidade objetiva) significa que a seguridade deve abranger todas as contingências sociais que geram necessidade de proteção social das pessoas, tais como maternidade, velhice, doenças, acidentes, invalidez e morte. Essas contingências são supridas pelos seguintes instrumentos – os chamados benefícios previdenciários: salário-maternidade, aposentadorias diversas, auxílio-acidente e auxílio-doença, dentre outros.

Posto isso, entende-se que o princípio que trata quanto a universalidade da cobertura aos que necessitam da proteção social, para isso o Estado cria instrumentos para suprir essas necessidades.

Por seguinte, no que se infere sobre a assistência social, está também prevista o artigo 203, da Constituição Federal, tem como objetivo a proteção social ao hipossuficiente,

sendo assim, será prestada a quem dela necessitar, e um ponto importante que a previsão legal anuncia, é que esta independe de contribuição.

No tocante a definição de assistência social e a função do Estado em garantir o bem-estar social, assevera Castro e Lazzari (2017, p. 43):

Com efeito, o seguro social, imposto por normas jurídicas emanadas do poder estatal, caracteriza uma intervenção do Estado na economia e na relação entre os particulares. E não é outra a função do poder estatal, senão a de assegurar o bem comum da sociedade a que serve. A ação estatal se justifica a partir da constatação de que as relações de trabalho estabelecem, em regra, cláusulas para vigorarem enquanto o trabalhador as pode executar.

No entanto, o Estado tem o dever de assegurar aos que necessitam do apoio assistencial, os direitos mínimos, básicos, concernentes a possuírem uma vida digna. Nesse contexto “Todos os que vivem no território nacional têm direito ao mínimo indispensável à sobrevivência com dignidade, não podendo haver excluídos da proteção social.” (Santos, 2016, p. 46).

Da análise dos objetivos da assistência social previsto no artigo 203 da CF, preceitua Santos (2016, p. 137):

Os objetivos da Assistência Social estão enumerados no art. 203: a proteção à família, à maternidade, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e a reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Depreende-se que, para a Constituição Federativa do Brasil, a assistência social tem como escopo a transformação social, para promover a integração assim como a inclusão do indivíduo na sociedade, e diminuir os índices de desigualdades sociais.

Adiante, ainda prevê sobre a assistência social a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, sob o nº 8.742/1993, que define a assistência social como Política de Seguridade Social, não contributiva, que garante o atendimento as necessidades básicas, provendo o mínimo social.

O artigo 2º da LOAS, traz em seu bojo acerca dos objetivos da assistência social, com o fito de prover o mínimo social as pessoas. Por esse ângulo prescreve Santos (2016, p. 138):

Os objetivos da Assistência Social estão previstos no art. 2º da LOAS, que, na redação original, deles tratava de forma genérica. Aperfeiçoado tecnicamente pela Lei n. 12.435/2011, o art. 2º divide os objetivos em: proteção social, com vistas à

garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos; vigilância socioassistencial; e defesa de direitos.

Segundo prevê o artigo mencionado acima a assistência social, propõe-se a garantir a vida digna aquele que não possui condições de provê-la, defendendo os direitos sociais deste para que através dos sistemas e programas de apoio social, esteja resguardado o mínimo existencial.

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, realizada através de um conjunto integrado de ações que visam garantir o atendimento às necessidades básicas, tendo como objetivo principal a promoção e valorização humana, através de instrumentos adequados para isso. São usuários da política de assistência social, cidadãos e grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade e risco. É nesse contexto que surge o a proteção garantida pelo Estado.

O artigo 4º da Lei 8.742/1993, disciplina sobre os princípios que norteiam a assistência social, segue eles:

- [...] I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
- II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;
- III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
- IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;
- V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Logo, de acordo com o art. 4º da LOAS, a assistência social rege-se também por princípios específicos, em relação estabelece Santos (2016, p. 140):

O respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade são exigências da lei para a concessão da cobertura assistencial. A assistência social não pode ser imposta, mas, sim, prestada em razão da vontade manifestada do necessitado, quando suas condições pessoais o permitirem. Da assistência social não pode resultar discriminação de nenhuma espécie em relação à pessoa assistida. Não se pode perder de vista que se busca a justiça social, de modo que as ações assistenciais não podem acentuar desigualdades sociais, mas, sim, devem reduzi-las.

Por seguinte, acerca do que compõe os objetivos da assistência social, tem-se a proteção social, com vistas à garantia da vida, e a redução e prevenção da incidência de riscos aos cidadãos. Nessa lógica ainda disciplina Santos (2016, p. 138):

Deve ser dirigida, especialmente, à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; ao amparo às crianças e aos adolescentes carentes; à habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e à promoção de sua integração à vida comunitária; à garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Note-se que a proteção social deve alcançar justamente os sujeitos mais frágeis das relações sociais: família, infância, adolescência, velhice e pessoas com deficiência. A proteção social é efetivada por meio das ações do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), conforme prevê o § 1º do art. 6º da LOAS.

Compreende-se assim, que a assistência social foi fundada com o objetivo de assistir a sociedade, assim como apoiar a parte da sociedade que é menos favorecida, promovendo a inclusão e a garantia de dignidade humana a todos. Nessa acepção Santos (2016, p. 139), conclui sobre o objetivo da assistência social para a sociedade:

[...] é o instituto que melhor atende o preceito de redução das desigualdades sociais e regionais, porque se destina a combater a pobreza, a criar as condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais. Para enfrentar a pobreza, a Assistência Social efetiva-se por meio de integração às políticas setoriais (art. 2º, parágrafo único).

Em conformidade do que dispõe a alínea “e”, do inciso I do artigo 2º da Lei 8.742/1993, verificamos que é garantido 1 (um) salário-mínimo referente a amparo social, as pessoas portadoras de deficiência e aos idosos que não possuem meio de prover o seu sustento ou de tê-lo provido por sua família. Este é o ponto principal e importante que será discutido no decorrer da presente pesquisa, pois de acordo com o artigo 20 da referida lei, garante a estes, pessoa com deficiência e idoso, o benefício de prestação continuada, sem a necessidade de contribuição, tendo em vista que os benefícios de amparo social não necessitam de contribuição para seu pleito, bastando comprovar que deste necessita.

Diante do exposto acima, tem-se que a pessoa que pleiteia o benefício de amparo assistencial, busca direitos consagrados e previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, ou seja, a dignidade da pessoa humana, sendo este um fundamento essencial, previsto no artigo 1º, inciso III da CF/88. Em razão disso, cabe ao Estado a obrigação de prover a todos os cidadãos sua subsistência.

A dignidade da pessoa humana, segundo o entendimento de Sarlet (2010, p. 70):

A qualidade intrínseca de cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e

promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Nessa percepção, afere-se que a dignidade da pessoa humana propõe valores superiores a ordem jurídica, assim, é o principal direito fundamental constitucionalmente garantido, promovendo as pessoas que não tem condições de se manter, o direito a uma vida digna. Sobre a dignidade da pessoa humana, ensina Agra (2018, p. 145):

A dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são inerentes à espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, res. São direitos como vida, lazer, saúde, educação, trabalho e cultura que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, pagamos tamanha carga tributária. Esses direitos servem para densificar e fortalecer os direitos da pessoa humana, configurando-se como centro fundante da ordem jurídica.

Então a proteção social conforme dispõe o art. 203 da CF, somente pode ser cumprida se incorporar a assistência aos que dela verdadeiramente necessitam. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília)

Desse ensinamento, é possível concluir que a Constituição Federal de 1988 confere à dignidade da pessoa humana a posição de principal direito fundamental constitucionalmente garantido. Nessa sistemática, a instituição da prestação da assistência social de igual modo estabelecida na Carta Magna, faz parte de um conjunto de políticas públicas derivadas desse sistema garantista, que fora instituído com base na observância da dignidade da pessoa humana em todos os aspectos.

Conclui-se que, com o estudo e análise dos fatores da evolução histórica da seguridade social no Brasil, o conceito e os objetivos da seguridade social, a assistência social e seus objetivos, e o princípio da dignidade da pessoa humana, este capítulo se propõe a analisar e estudar a proteção assistencial prevista na seguridade social e sua relação com o princípio fundamental, dignidade da pessoa humana.

Não obstante, alguns benefícios que a seguridade social propõe a quem dela necessita, terem como requisito o caráter contributivo, a proteção assistencial prevista nessa, não possui caráter contributivo, sendo assim, ela ampara os necessitados, que não possuem meios de proverem seu sustento. E nesse enfoque, o princípio da dignidade da pessoa humana, garante para estes uma vida digna.

Compreender a análise e o estudo da proteção assistencial garantida aos cidadãos hipossuficientes, que não possuem meios para se sustentar, faz-se uma ligação com o requisito para a aferição da miserabilidade para a concessão do benefício de amparo assistencial, BPC-

LOAS, pois a proteção assistencial prevista na seguridade social, surge para resguardar os direitos básicos e essenciais destes que, não possuem outros caminhos/meios para viver de maneira digna na sociedade, com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O capítulo ajudou no esclarecimento no que tange a proteção assistencial prevista na seguridade social, mostrando em seu desenvolver a evolução dessa proteção, que sempre teve como ponto de partida a promoção da assistência aquele que necessita do apoio estatal.

O principal resultado encontrado, é que o ser humano para ter uma vida digna em sociedade, conforme prescreve a Carta Magna, é garantido a este o direito a seguridade social, através do amparo assistencial, não necessitando de contribuição para ter direito, somente comprovar o estado de miserabilidade vivido por este, que funda-se dos requisitos objetivos e subjetivos ponderados para aferição da miserabilidade.

Por fim, o próximo capítulo aborda os critérios de concessão do benefício de prestação continuada BPC-LOAS, a luz da legislação vigente, para que mediante essa apresentação poder-se verificar quais requisitos analisados para a concessão desse benefício de amparo assistencial, e o que dispõe a lei acerca.

3 OS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À LUZ DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Neste capítulo expõe-se sobre os critérios de concessão do BPC-LOAS, conforme prevê a legislação vigente, Lei n 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social, estudando minuciosamente seu artigo 20, que trata especificamente do benefício de prestação continuada, benefício este que, é assegurado pela Constituição Federal, em seu artigo 203, inciso V. Com o estudo deste capítulo, apontará os critérios adotados atualmente para a concessão do BPC-LOAS, na medida em que contribuirá para a resposta da problemática abordada.

A atuação da Assistência Social, como prevê a Carta Magna e a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), será realizada através de um conjunto de ações de iniciativa pública e da sociedade, inclusive, com a realização de prestações assistenciais que visam auxiliar na garantia da subsistência dos cidadãos brasileiros.

Neste sentido, o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal Brasileira de 1988, estabelece a possibilidade de prestação da assistência social a todos que dela necessitarem, prevendo, inclusive, a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, desde que comprovem não ter meios de prover seu próprio sustento ou tê-lo mantido por sua própria família, conforme determinar a lei. Aponta Santos (2016, p. 142):

Os incs. I a V do art. 203 da CF asseguram assistência social por meio de benefícios e serviços. Somente o inc. V prevê o pagamento de benefício assistencial. A CF garante um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. A lei, impropriamente, denomina esse benefício como Benefício de Prestação Continuada (BPC), porque, na sua maioria, os benefícios são de prestação continuada, uma vez que pagos mês a mês desde o termo inicial até o termo final. Previsto no art. 203, V, da Constituição, o BPC está pelos arts. 20 e 21 da LOAS, e regulamentado pelo Decreto n. 6.214, de 26.09.2007, com a redação dada pelo Decreto n. 7.617/2011.

Define o Benefício de Prestação Continuada, Andrade (2012, p. 201):

Conforme já salientado no tópico acima, o benefício assistencial é devido ao idoso e ao deficiente que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Há, portanto, duas espécies de benefício assistencial. Em ambas, é indispensável que o beneficiário seja hipossuficiente, [...].

Para mais, descreve Ibrahim (2015, p. 17):

A prestação pecuniária assistencial tradicional é conhecida como *Benefício de Prestação Continuada*, instituído pela Lei 8.742 de 7 de dezembro de 1993, esta conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS. Regulamenta o art. 203, V, da Constituição, que prevê este benefício. Tecnicamente, não se trata de benefício previdenciário, embora sua concessão e administração sejam feitas pelo próprio INSS, em razão do princípio da eficiência administrativa. (grifo do autor)

A partir do entendimento dos doutrinadores mencionados acima, vê-se que, o BPC é um benefício assistencial, dirigido as pessoas (portadoras de deficiência ou idosas) hipossuficientes, que não possuem meios de se subsistirem. É um mecanismo em que o Estado intervém para proporcionar aos cidadãos em situações de vulnerabilidade social condições de vida digna, conforme prevê a Carta Magna. Sendo assim, verifica-se que para ser beneficiário do amparo assistencial destinado as pessoas que não possuem meios de subsistir, é imperioso que se adeque aos critérios estabelecidos em lei, para identificar o reconhecimento do direito ao benefício.

É de suma importância apontar que o benefício assistencial de prestação continuada, não depende de contribuição para seu pleito, mesmo sendo um benefício gerenciado pelo INSS, Autarquia Federal, é um dos benefícios previdenciários que a pessoa não precisa contribuir para ter direito, nesse contexto explana Leitão (2016, p. 855):

Apesar de ser um benefício da assistência social e, conseqüentemente, ser concedido independentemente de contribuição, o benefício assistencial de prestação continuada é concedido e fiscalizado pela Autarquia Previdenciária (Instituto Nacional do Seguro Social – INSS). Essa delegação justifica-se por economia e eficiência, afinal o INSS, além de contar com estrutura de abrangência nacional (agências espalhadas em todo o território nacional), tem acesso a uma base de dados necessária para a apuração do direito ao benefício assistencial (CNIS, sistema que viabiliza pesquisa sobre a renda dos interessados e de seus familiares).

Ibrahim, explica em relação ao BPC não necessitar de contribuição (2015, p. 17):

[...]não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessitado. Veio subsistir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial. Ainda hoje esta prestação é frequentemente denominada ainda de renda mensal vitalícia ou amparo assistencial.

Todavia, independentemente de contribuição, este benefício não pode ser cumulado com outros benefícios previdenciários, a respeito aponta Andrade (2012, p. 131): “Outro requisito do benefício assistencial refere-se à impossibilidade de ser acumulado com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.”

Sobre a possibilidade de cumulação com outros benefícios previdenciários, exceto os de assistência médica e de pensão indenizatória, Leitão (2016), aponta que esta é uma exigência necessária para que se faça jus a concessão do benefício assistencial.

Por seguinte, é relevante mencionar o que dispõe o artigo 7º do Decreto nº 6.214/2007, que estabelece a quem é devido o benefício de prestação continuada. Nessa perspectiva Leitão (2016, p. 857): “O art. 7º do Decreto n. 6.214/2007 limita a concessão do benefício assistencial apenas ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento.”

Este decreto disciplina sobre o benefício de prestação continuada da assistência social, que é devido a pessoa com deficiência e ao idoso. Segundo o retro artigo mencionado, são requisitos comuns para ter direito ao benefício assistencial, ser brasileiro nato ou naturalizado, que possua e comprove seu domicílio e residência no território Brasileiro. Acerca posiciona Leitão (2016, p. 857):

Pelo art. 7º do Decreto n. 6.214/2007, a concessão do benefício assistencial está limitada apenas ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil. Observe-se essa restrição tem respaldo legal, já que o art. 1º da Lei n. 8.742/93 restringe a cobertura da assistência social apenas aos cidadãos, ou seja, aos brasileiros em plena fruição de seus direitos políticos. Ademais, deve-se ponderar que a concessão do benefício assistencial implicará ônus excessivo para o Estado brasileiro (reserva do possível), sem qualquer garantia de reciprocidade de tratamento para os brasileiros em outros Estados.

Interpreta Ibrahim, em relação a possibilidade de concessão do BPC para estrangeiros (2015, p. 18):

Pelo entendimento estatal, a concessão do benefício somente será feita ao brasileiro, inclusive ao indígena, não amparado por nenhum sistema de previdência social, ou ao estrangeiro naturalizado e domiciliado no Brasil não coberto por sistema de previdência do país de origem. [...]

No entanto averigua-se que o estrangeiro tem direito ao amparo assistencial desde que comprove verdadeiramente seu domicílio e residência no Brasil, além de comprovar a sua naturalidade brasileira.

Em seguida, o artigo 20, caput, da Lei nº 8.742/1993, definia como idoso à pessoa com 70 (setenta) anos ou mais, após, com a vigência da Lei nº 10.741/2003, a idade para fins da concessão do benefício foi alterada para 65 (sessenta e cinco) anos, perdurando até os dias atuais (SANTOS, 2016).

Sob essa ótica, delineia Leitão (2016, p. 858):

A Lei n. 12.345/2011 atualizou a redação do caput do art. 20 da Lei n. 8.742/93 para incluir a idade de 65 anos, em substituição à redação anterior que ainda constava 70 anos (embora a redução da idade para 67 anos e, posteriormente, para 65 anos já tivesse ocorrido). Destarte, para fins de concessão do benefício assistencial, idoso é quem tem 65 anos ou mais. Sobre o limite etário, duas observações são indispensáveis. Em primeiro lugar, a idade de 65 anos é aplicável tanto para os homens quanto para as mulheres, não havendo diferença etária entre os sexos.

Sendo assim, a faixa etária de idade para ser considerado idoso tanto para homens quanto para mulheres, atualmente é de 65 (sessenta e cinco) anos. Nessa mesma perspectiva, considera-se idoso para a constatação do direito do benefício, sob o entendimento de Andrade (2012, p. 202):

1) idoso: aquele com idade de sessenta e cinco anos ou mais. Vale dizer, não existe diferença de idade entre homens e mulheres para fins de percepção do benefício em comento. Vale salientar que a condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada;

O artigo 20 da Lei 8.742/1993, institui o benefício de prestação continuada como a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família, *in verbis*:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

Assim, têm-se estabelecidos os critérios de concessão do benefício assistencial de amparo. O qual se consubstancia em prestações continuadas vitalícias no valor de um salário mínimo mensal, as pessoas que sejam idosas com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, ou deficientes, desde que comprovem não ter condições de custear seu próprio sustento ou de tê-

lo provido por sua própria família. Frise-se que, tal situação é considerada, segundo o § 3º da aludida regra legal, caso a renda per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo vigente.

Sendo assim, para que o indivíduo se enquadre nas regras relativas a concessão, além de comprovadamente ser idoso com mais de 65 (sessenta e cinco) anos ou deficiente, é preciso que reste comprovada a impossibilidade de a família prover o sustento. Tal comprovação se dá com a análise da renda de acordo com o critério legal estabelecido, de que a renda mensal familiar por pessoa seja inferior a ¼ do salário mínimo vigente.

Em referência interpreta Ibrahim (2015, p. 20):

De acordo com a Lei 9.720/1998, a renda familiar mensal, para efeitos de obtenção do benefício assistencial, deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal (art. 20, § 8º, da LOAS). Ainda, o benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada dois anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. Caso o beneficiário não mais se enquadre na condição de necessitado, o auxílio deixa de ser pago.

Adiante é necessário compreender o que se entende por família ou grupo familiar para a concessão deste benefício, e está estabelecido no § 1º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 “a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”.

Ao conceituar “família” para aferição do BPC, deve se aplicar o que dispõe a lei, pontua Ibrahim (2015, p. 20):

Não se deve aqui aplicar o conceito mais amplo de família previsto nas Leis nº 10.219/2001 e 10.689/2003, que é exposto como “a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e mantendo sua economia pela contribuição de seus membros”. A LOAS possui conceito específico para os fins do benefício assistencial de prestação continuada, e a tentativa de adoção de conceitos outros, ainda que previstos em leis assistenciais diversas, é evidente tentativa de restringir uma garantia social assegurada pela Constituição.

Dessa forma, para a obtenção do benefício de amparo social, deve se levar em consideração a definição de família abordada e prevista no unicamente no § 1º, do artigo 20 da LOAS, para garantir e assegurar o que resguarda a Carta Magna.

A respeito da definição de família hipossuficiente e família como cálculo da renda por pessoa, delinea Andrade (2012, p. 202):

4) família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso: aquela cuja renda mensal bruta familiar, dividida pelo número de seus integrantes, seja inferior a um quarto do salário mínimo. A legislação ressalva que a

remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo da renda familiar;
 5) família para cálculo da renda “per capita”: conjunto de pessoas composto pelo requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto;

Para a concessão desse amparo assistencial é necessário que se preencha critérios objetivos, discriminados no artigo 20, caput, e § 3º da Lei nº 8.742/1993. Além do mais, é necessária a comprovação da miserabilidade vivida pelo autor.

Acerca do critério para a análise da renda familiar, Castro e Lazzari (2018, p. 51) assevera que este critério estabelecido pela regra normativa é objetivo, ou seja, uma vez constatada a percepção de valor inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por cada pessoa do grupo familiar, a miserabilidade é presumida.

Andrade, descreve acerca da renda bruta familiar (2012, p. 202):

[...] a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família, composta de salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso.

Em relação ao artigo 34 do Estatuto do Idoso, conforme menciona o doutrinador, diz respeito que o benefício assistencial ao idoso, já concedido a algum membro do grupo familiar, não se incluirá para fins de cálculo da renda familiar *per capita*, Lei nº 8.742/1993.

Por oportuno, Vianna (2014, p. 36) esclarece que se considerada pessoa incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente. Logo, a exemplo, no caso de uma família de 04 (quatro) pessoas, cuja a renda familiar é um salário mínimo, onde apenas o pai trabalha e um dos filhos preenche os requisitos da deficiência estipulada pela lei, não tem a família o direito ao benefício, já que a renda mensal per capita será igual a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por pessoa.

A partir desse ponto de vista, tem-se aí a aferição da miserabilidade, condição que dá ao indivíduo acesso ao benefício assistencial. Para um critério estritamente legal, miserabilidade, situação que impede o indivíduo ou a família de prover seu próprio sustento é medida pela comprovação de renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente.

Compreende-se que a pessoa idosa que faz jus ao benefício, deve ter no mínimo 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e possuir renda familiar de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário

mínimo e que esteja em situação de vulnerabilidade, inclusive, não deve ter nenhum outro benefício no âmbito da Seguridade Social, exceto os de assistência médica e pensão de natureza indenizatória, § 4º da LOAS.

Em contrapartida, a pessoa com deficiência, discriminada no § 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, deverá comprovar os impedimentos passados por este, por um período de longo prazo, sendo de natureza física, mental, intelectual e sensorial, que o impeça de participar de maneira plena e efetiva da sociedade com igualdade. E, ainda deve constatar as duas últimas condições descritas ao idoso, no parágrafo acima (CASTRO e LAZZARI, 2018, p. 932).

Para a análise do grau de impedimento, ou seja, se a deficiência do autor é física, mental, intelectual, sensorial, ou conjunção de tipos, que o impossibilita para o trabalho e para a integração no âmbito da vida social (SANTOS, p. 141). Assim como, a condição de miserabilidade do grupo familiar, é necessário que o autor passe por uma perícia médica e estudo socio econômico. A respeito, define Santos (2016, p. 141):

A deficiência e o grau de impedimento são determinados por meio de avaliação médica e avaliação social, a cargo do INSS (art. 20, § 6º, da LOAS), feitas por seus peritos médicos e seus assistentes sociais. Se o benefício for requerido judicialmente, também serão necessárias as perícias médica e social, feitas por peritos e assistentes sociais nomeados pelo juiz. A perícia médica, administrativa ou judicial, deverá determinar o início do impedimento e o prognóstico de sua duração, se inferior ou superior a 2 anos. Também o assistente social deverá ir além de meras informações sobre a composição da renda familiar do interessado e da descrição de suas condições de vida. Deverá avaliar, também, o grau de dificuldade de sua integração à vida social, considerando a comunidade em que estiver inserido.

Andrade conceitua pessoa com deficiência (2012, p. 202):

- 2) aquela que tem impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Considera-se impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos;
- 3) incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;

Com base no dispositivo legal, define Dias (2012, p. 384):

A Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS) regula o benefício de prestação continuada devido ao idoso e à pessoa com deficiência nos arts. 20, 21 e 21-A. Na redação original da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, a pessoa portadora de deficiência era aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho (art. 20, § 2.o). Assim, segundo o dispositivo legal

referido, a pessoa portadora de deficiência deveria apresentar dupla incapacidade: para a vida independente e para o trabalho.

Além disso, Leitão explica (2016, p. 859):

Pessoa com deficiência é aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Para aferição do requisito incapacidade laborativa, Andrade (2012, p. 384) aduz:

No âmbito administrativo, prevaleceu, inicialmente, uma interpretação restritiva da incapacidade para a vida independente, segundo a qual essa incapacidade demandaria uma impossibilidade de realização dos atos da vida diária de forma independente. A Jurisprudência, no entanto, evoluiu no sentido de que a incapacidade para a vida independente confundia-se com a incapacidade para prover o próprio sustento. Sob esse enfoque foi editada a Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais: “Para os efeitos do art. 20, § 2.o, da Lei 8.742/1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover o próprio sustento.”

Logo, entende-se que o critério objetivo para o reconhecimento da incapacidade, nos casos do pleito para o benefício assistencial for por deficiência no âmbito administrativo, prevalece a incapacidade para uma vida independente, necessitando a todo instante de apoio de uma terceira pessoa.

No entanto, é importante frisar que uma vez concedido o benefício ao portador de deficiência, este estará sujeito à avaliação da deficiência e do grau de impedimento, que deverá ser realizada por médicos peritos e por assistentes sociais competentes (Andrade, 2012).

Sobre esse ponto de vista posiciona Leitão (2016, p. 859): “A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação multidisciplinar da deficiência e do grau de impedimento, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do INSS.”

De acordo com o § 10º do artigo 20, da Lei 8.742/1993, é considerado impedimento a longo prazo para a aferição da incapacidade, aquele produzirá efeitos sob a pessoa pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Desta forma, para a conclusão das condições vividas pelo autor é necessário que ele passe pela perícia médica, e também que seja realizado um estudo socioeconômico em seu grupo familiar, para comprovar o que se alega.

Posteriormente, é significativo mencionar a respeito do § 2º do artigo 21-A, da Lei 8.742/1993, que prevê para a pessoa beneficiária do BPC, portadora de deficiência, sua contratação para exercer como aprendiz atividade remunerada, limitando seu recebimento cumulado com o BPC, no prazo máximo de 2 (dois) anos. Aponta Andrade (2012, p. 131):

O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. Porém, a legislação previu uma ressalva: a contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a dois anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

A frente, Leitão disciplina sobre o que dispõe o caput do artigo 21-A da LOAS (2016, p. 860):

Ademais, de acordo com o art. 21-A da Lei n. 8.742/93, o benefício de prestação continuada será suspenso, e não cessado, quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão bienal previsto no caput do art. 21.

Ainda, delinea Dias (2012, p. 390):

Pelo disposto no art. 21-A da Lei 8.742/1993, o exercício de atividade remunerada apenas suspende o benefício assistencial da pessoa com deficiência, podendo ser requerida a sua continuidade depois de extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, se dentro do prazo de revisão de dois anos. E mais: a contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta sequer a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a dois anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício, ou seja, o próprio exercício de atividade remunerada como aprendiz, pelo prazo de dois anos, não acarreta a suspensão do benefício.

Nesse caso, o benefício será suspenso até que o beneficiário esteja exercendo a atividade remunerada, após, para nova constatação, é necessário que realize nova perícia para atestar sua incapacidade.

Por seguinte, o § 3º do art. 20 da LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social), estabelece que a pessoa incapaz de se manter, sendo ela portadora de deficiência ou idosa, deve ter renda familiar por pessoa inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente.

Logo atualmente, com base no disposto em lei, a pessoa que se enquadra no quesito miserabilidade, e que integre em seu grupo familiar 4 (quatro) pessoas, a renda percebida deve ser de R\$ 238,50 (duzentos e trinta e oito reais e cinquenta centavos) por pessoa, não podendo ultrapassar esse limite para a concessão do benefício (VIANNA, 2014, p. 35).

Nessa acepção, delimita Leitão (2016, p. 863):

Administrativamente, entende-se que o critério de miserabilidade previsto na Lei n. 8.742/93, além de único, é objetivo, por decorrer de simples operação aritmética (soma-se a renda de todos integrantes do grupo familiar e divide-se pelo número de integrantes). Vale dizer, pela interpretação do INSS, para que alguém tenha direito ao benefício assistencial, a renda per capita do grupo familiar deve ser inferior a 1/4 do salário mínimo; sendo igual, não há direito ao benefício.

Daí nasce o critério objetivo aplicado pelos órgãos administrativos para a aferição da miserabilidade de uma pessoa ou de um grupo familiar, seguindo à risca o resultado dos cálculos aritméticos da renda *per capita*. Em que muitas vezes uma pessoa que tem direito ao benefício, mas que por uma diferença mínima de valor, não o é concedido.

A apresentação deste capítulo proporciona o entendimento sobre a aplicação da Lei no que concerne ao requisito objetivo, para a aferição da miserabilidade do BPC/LOAS, que tem como base a legislação vigente pertinente, Lei nº 8.742/1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. E, é nesse sentido que o julgador ao analisar o caso concreto nas ações que versam sobre este amparo assistencial, relativizará o critério abordado no § 3º, do art. 20, da LOAS. Todavia, deverá observar os demais requisitos ensejadores que dão respaldo ao benefício.

3.1 CARACTERIZAÇÃO DA MISERABILIDADE E O ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE

Com o estudo do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, no julgamento a respeito do requisito de miserabilidade previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, nota-se que o requisito financeiro previsto pela lei fora contestado, haja vista que pessoas que viviam no estado de miserabilidade não alcançavam o direito ao benefício previsto constitucionalmente.

Diante de inúmeras discussões a respeito do critério da miserabilidade para o reconhecimento do direito ao BPC-LOAS, para alguns julgadores o requisito de ¼ (um quarto) da renda de um grupo familiar, não deve seguir estritamente, devendo ser analisado

cada caso. Em razão disto foi crescendo o entendimento jurisprudencial no que tange a aplicação do requisito objetivo da miserabilidade.

No tocante a aferição da condição de miserabilidade, a qual autoriza legalmente a concessão do amparo social, se seguido o parâmetro da estrita legalidade, existiria a obrigação de uma análise meramente objetiva, sopesar-se-ia a renda do grupo familiar realizando o simples cálculo matemático, e, somente no caso de se verificar uma renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por pessoa, o aludido grupo familiar do deficiente ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, é que o indivíduo faria jus à concessão.

Aponta Leitão (2016, p. 863):

A constitucionalidade do art. 20, § 3o, da Lei n. 8.742/93 já havia sido objeto de impugnação nos autos da ADIn 1.232-1. Na oportunidade, o STF considerou válido o critério objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo e julgou a ação improcedente. Apesar dessa decisão, a jurisprudência majoritária, já há algum tempo, vem se albergando em decisões do STJ no sentido de que o critério objetivo não é o único a ser considerado para a aferição da hipossuficiência, sendo possível a utilização de outros parâmetros.

Contudo, o critério legal, objetivo como se apresenta, tem enfrentado inúmeras divergências no âmbito da interpretação jurídica, por óbvio, na aplicação pela jurisprudência pátria, levando em consideração o a decisão da Suprema Corte.

Destaca-se que acerca desse critério que limita sobremaneira a concessão do benefício, o Supremo Tribunal Federal julgou em 2001, julgou improcedente a ADIN nº 1.232-1/DF, reconhecendo a constitucionalidade de tal regra objetiva. Contudo, não pôs fim as controvérsias quanto à aplicação do critério da renda familiar estabelecido pela LOAS.

Assim, nesta decisão no ano de 2001, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do § 3º do artigo 20, da Lei nº 8.742/1993, mantendo o critério objetivo da análise da renda familiar, reconhecendo a necessidade de comprovação de renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para a concessão do benefício.

Entretanto, após a criação da Lei nº 8.742/93, sobreveio a Lei 9.533/1997, que autorizou o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos municípios que instituírem programas de garantia objetiva da miserabilidade, qual seja a renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo (art. 5º, inciso I).

A Lei nº 10.689/2003, instituiu o Programa Nacional de Acesso a Alimentação – PNAA e dispôs, em seu artigo 2º, § 2º, que “os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para entidade familiar cuja renda per capita de seu grupo familiar seja inferior a $\frac{1}{2}$ do salário mínimo.”

Com a chegada das inovações legislativas no âmbito da política pública assistencialista, surgiu uma nova possibilidade de exame quanto ao critério da miserabilidade a análise quanto a renda familiar inferior a $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo. Desta feita, tendo em vista que o benefício assistencial de igual modo a essas novas regras legais assistencialistas, visa suprir a falta dos meios básicos de subsistência de quem comprovadamente, encontra-se em situação de miserabilidade. Muitas decisões começaram a evidenciar uma maior elasticidade quanto a verificação da condição de miserabilidade, utilizando como base o critério que a renda familiar fosse inferior a $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo.

Tais modificações deram início, a divergências de posicionamento jurisprudenciais acerca da possibilidade da modificação da análise quanto ao critério tido como objetivo, da previsão contida no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, tendo em vista que, as inovações legais no âmbito assistencial, passavam a dar margem de interpretação do critério da miserabilidade pela aferição de renda inferior a $\frac{1}{2}$ (meio) e não $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Esta inovação na interpretação proporcionou uma sistemática de decisões judiciais sobre o tema que acabou por estabelecer nova divergência acerca da concessão do benefício assistencial, cabendo a Suprema Corte o reconhecimento de controvérsia jurídica sobre a questão.

Assim, no ano de 2008, foi reconhecida a repercussão geral do assunto pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, mesmo sendo reconhecida a repercussão geral acerca da hipótese de interpretação extensiva em relação à renda *per capita* inferior a $\frac{1}{2}$ (meio) salário ao que concerne o reconhecimento da situação de miserabilidade caracterizada do direito ao benefício assistencial, as controvérsias acerca do assunto não cessaram.

Todavia, em 17 de setembro de 2013, salienta-se 13 (treze) anos após a primeira decisão que declarava a constitucionalidade do critério objetivo previsto no LOAS, a Suprema Corte, modificando seu entendimento reconheceu a inconstitucionalidade do § 3º, do artigo 20 da Lei 8.742/1993, no que tange ao requisito objetivo de renda familiar inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente, como requisito para concessão do benefício assistencial.

Considera-se que esta modificação se deu em virtude das transformações ocorridas naturalmente em questão a posicionamentos jurídicos e contexto social, sendo reconhecida a possibilidade de apreciação da condição de miserabilidade no caso concreto, não se prendendo mais o julgador estritamente ao critério objetivo da Lei Federal, dando abertura para que a aferição da hipossuficiência do grupo familiar se dê de forma mais humanizada, condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Foram demonstrados durante o capítulo que se finda os critérios para concessão do BPC-LOAS, previstos na legislação vigente, lei nº 8.742/1993, e também o julgamento da Suprema Corte no que concerne a aferição do requisito miserabilidade para a concessão do benefício em questão. No qual o parágrafo § 3º, do art. 20, da LOAS, foi declarado inconstitucional, mas sem declaração de nulidade. Ocorrendo a aplicação deste requisito até os dias atuais, nos órgãos administrativos, cabendo ao juiz ao julgar o caso analisar o caso concreto com suas peculiaridades.

Passa-se adiante a abordagem final dentro da pesquisa, que se trata do último capítulo da mesma, com a definição e apreensão de dados da pesquisa de campo realizada e o questionário dirigido ao magistrado da Comarca de Crixás-GO, para se apresentar à realidade, no que concerne a aplicação deste requisito. Com o intuito de responder a problemática abordada, e, enriquecer ainda mais o estudo.

4 OS CRITÉRIOS SUBJETIVOS ANALISADOS NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – NA COMARCA DE CRIXÁS/GO EM 2017

A princípio o presente capítulo relembrará os critérios objetivos que se trata a lei que estabelece o benefício de amparo social. Por seguinte, será abordado os critérios subjetivos que levam o magistrado em sua livre convicção, com a análise de cada caso, mediante as provas, assim como o estudo socioeconômico, e nos casos em que o autor pleiteia o benefício por possuir alguma deficiência, a perícia médica, proferir sentença de procedência.

Como exposto e abordado no tópico anterior, o benefício de amparo assistencial, BPC-LOAS, é destinado à pessoa portadora de deficiência, seja ela de longo ou a curto prazo, e idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, sendo homem ou mulher, desde que comprovem não possuir outros meios para sua subsistência, art. 20, da LOAS.

Com base no § 3º, do referido artigo, é necessário que a renda familiar por pessoa não ultrapasse $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente, para se caracterizar a miserabilidade. O grupo familiar é composto por todos os entes que convivem no mesmo lar, e que estejam elencados no rol do § 1º do art. 20, da LOAS. Chega-se a esta estimativa através da soma de toda a renda percebida pelos integrantes da casa, e com o total, não deve ultrapassar o importante de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

As condições precárias em que vive o autor, pode ser reconhecida através do estudo socioeconômico, em que uma assistente social vai até a casa e averigua as situações vividas por este. Nos casos em que a pessoa é portadora de deficiência, é realizada a perícia médica para sua constatação, conforme preleciona o § 6º do art. 20, da LOAS.

No entanto, com a análise de todos critérios objetivos que a lei prevê, é possível aferir a condição de miserabilidade vivida pelo autor, e se este é portador de deficiência ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais.

Contudo, a obrigatoriedade de se estimar o quanto um grupo familiar precisa ter para ser considerado miserável, é um tema bastante controverso, pois tem casos em que a renda por pessoa ultrapassa um valor mínimo, e a pessoa que está passando por necessidades, não recebe o benefício em razão disso, o que não necessariamente representa uma condição de vida efetivamente a parte da miserabilidade. Por consequência, acaba restando prejudicada a

função auxiliadora Estatal, que garante o mínimo existencial a pessoa que não possui meios suficientes para sua subsistência.

Entretanto, o STF (Supremo Tribunal Federal), ao julgar a Reclamação n. 4.374, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS, mas sem declaração de nulidade, relativizando esse critério objetivo da miserabilidade para concessão do benefício de amparo assistencial, podendo ser analisado por meio de critérios subjetivos relacionados ao caso concreto.

Nessa perspectiva apontam Castro e Lazzari (2018, p. 937):

[...]A existência de miserabilidade deverá ser analisada no caso concreto com base em critérios subjetivos, podendo até ser invocados os que foram declarados inconstitucionais pela ausência de norma substituidora, ou com aplicação de outros parâmetros, tal qual o de metade do salário mínimo previsto para os demais benefícios sociais do Governo Federal.[...]

Por esse ângulo, no tocante a inconstitucionalidade do referido parágrafo, posiciona Santos (2016, p. 145):

A nosso ver, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 3º do art. 20, não há mais critério objetivo de aferição da miserabilidade, de modo que cabe ao juiz, usando seu livre-convencimento motivado, avaliar o estado de necessidade que justifique a concessão do benefício.

Logo, o magistrado ao aplicar a legislação que regula esse benefício, pode relativizar esse critério, e de acordo com as provas e as situações enfrentadas pelo autor, pode usar como renda por pessoa $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, conforme aplica outros benefícios assistenciais propostos pelo Estado, como por exemplo o PNAA (Plano Nacional de Acesso a Alimentação). Contudo, cumpre salientar que, essa relativização leva em consideração o caso analisado e o que restar comprovado.

É importante frisar que esse auxílio garantido pelo Estado, é de suma importância para a parcela da sociedade, que por motivos excepcionais não tem condições de viver dignamente. Desta forma, a pessoa carente ou portadora de deficiência que necessite de ajuda para prover seu sustento, deve requerer o benefício junto ao órgão administrativo, e se restar indeferido, e o autor possuir meios de comprovar sua real condição de miserabilidade, deve recorrer ao poder judiciário.

O STF que havia declarado a constitucionalidade dessa norma (art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93), explicitando que se trataria apenas de uma das maneiras de se aferir a miserabilidade, a qual poderia ser verificada por todos os outros meios de prova, de modo que

ainda que a renda fosse superior poderia estar presente a miserabilidade para amparar a concessão do benefício, voltou a trazer à baila a discussão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, tendo sido proferidos votos neste sentido.

Vale mencionar ainda que a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, já pacificou o entendimento de que fatores de ordem pessoal do Autor que pleiteia o benefício assistencial, como o baixíssimo nível de instrução, que evidentemente impeça uma absorção da pessoa pelo mercado de trabalho podem ensejar, segundo as peculiaridades do caso concreto, a concessão do benefício assistencial. Também foi assentado o posicionamento no sentido de que “o critério objetivo estabelecido pela Lei 8.742/1993 (art. 20, § 3º) não exclui outros elementos de prova para aferição da condição socioeconômica do Requerente e de sua família”.

Nessa perspectiva aponta-se com base na pesquisa realizada, a relativização dos critérios objetivos ao analisar os pressupostos processuais condizentes a peculiaridade do caso concreto:

“No mesmo sentido, o STF, quando do julgamento da Reclamação (RCL) 4374, decidiu que o mínimo indicado no art. 20 da LOAS, não pode ser balizado de forma imutável, devendo o aplicador averiguar a situação econômica, bem como o atual patamar da economia brasileira, apontando para meio salário mínimo o valor padrão de renda familiar per capita, no que se enquadra o quadro dos autos.” (Processo nº 201503696094)

Com o estudo e a análise processos que abordam em seu pleito o benefício de prestação continuada (BPC-LOAS), verifica-se que o pedido realizado administrativamente é indeferido na maioria das vezes no mesmo sentido “não há incapacidade para a vida e para o trabalho”. No entanto, quando o pleito passa para a esfera judicial, este por sua vez, é analisado de forma mais ampla e individualizada, não deixando de levar em consideração os critérios legais estabelecidos.

Vê-se que nos casos do pedido de amparo assistencial para pessoa portadora de deficiência, esta é submetida a realização de um exame médico pericial judicial, em que pode ser constatada a sua incapacidade total e permanente, ou a sua incapacidade parcial e permanente, assim como, concluir que não há incapacidade para o laboro.

Em continuidade, também é necessário que seja realizado um estudo socioeconômico na residência do Autor, para verificar os componentes de seu grupo familiar, e a renda que estes possuem.

Esclarece-se que a pesquisa de campo na Comarca de Crixás/GO foi realizada através do estudo de cada processo individualmente, utilizando como critérios de análise o

estudo dos pedidos iniciais, as provas juntadas nos autos, assim como toda a instrução processual, e por último a sentença com os argumentos proferidos pelo magistrado. Foram analisados no total o importante de 10 (dez) processos previdenciários para concessão do BPC-LOAS.

Diante disto, como será detalhado oportunamente, antecipa-se que com a análise dos dados colhidos na pesquisa é possível averiguar que as pessoas que pleiteiam o benefício de amparo assistencial, realmente, necessitam de uma vida digna, em maioria vivem em casas simples, não possuem uma renda para seu sustento e de sua família, no entanto, muitas vezes estas não possuem a incapacidade permanente e total para o trabalho, o que leva os magistrados a julgarem improcedentes os pedidos, pois levam em consideração o laudo médico pericial judicial, onde para a concessão deve ser constatada a incapacidade.

Foi possível perceber pelos dados colhidos na pesquisa feita na comarca de Crixás/GO quanto aos pleitos do BPC que quando se trata de pessoa portadora de deficiência, comumente não detém condições básicas para sua subsistência, tendo em vista que grande parte da renda que essas auferem são destinadas a compra de remédios, realização de exames ou tratamentos de saúde.

Nos dados colhidos na pesquisa que extraiu informações dos processos que foram sentenciados no ano de 2017, foi possível notar que o magistrado ao sentenciar os processos previdenciários que tinham como pleito o benefício de prestação continuada (LOAS), analisou criteriosamente cada um dos dados e provas contidas no processo. Visualiza-se o quadro resumido desses processos no ano de 2017.

QUADRO 01 – PROCESSOS DO BPC – LOAS SENTENCIADOS NO ANO DE 2017

| PROCESSO Nº | SENTENÇA | DISPOSITIVO |
|--------------|------------|--|
| 201401959274 | PROCEDENTE | “O benefício assistencial ao portador de deficiência, é o modo de assistir aqueles cuja incapacidade o impede de participar normalmente da sociedade, tal como |

| | | |
|--------------|--------------|---|
| | | estabelece o art. 20, § 2º da LOAS.” |
| 201503520930 | IMPROCEDENTE | “Dessa forma não se vislumbra o preenchimento dos requisitos exigidos para a concessão do benefício, pois de acordo com o § 2º, do art. 2º da Lei nº 10.689/03 c/c 8.742/93, deve ser deferido sempre que a renda mensal per capita for inferior a ½ salário mínimo, entretanto a incapacidade da requerente não a impossibilita de realizar outro trabalho de modo a complementar a renda familiar.” |
| 201602988760 | PROCEDENTE | “Registro que, de acordo com o laudo socioeconômico, o requisito foi atendido, pois o(a) autor(a) reside com outras duas pessoas, sobrevivendo apenas da renda do companheiro, idoso, cujo benefício recebido não deve ser computado.” |
| 201601601624 | IMPROCEDENTE | “Laudo pericial não constatou |

| | | |
|--------------|--------------|---|
| | | incapacidade laborativa, sendo assim não é devido o benefício” |
| 201503696094 | PROCEDENTE | “Foi concluído pela perícia médica que a autora não exerce nenhuma atividade laborativa, necessitando, frequentemente da ajuda/auxílio de terceiros, possui alterações mentais e neurológicas, estudo socioeconômico não possui renda para uma vida digna.” |
| 201503826842 | IMPROCEDENTE | “O laudo pericial constatou que a incapacidade da autora é somente parcial, ocorre que para o recebimento de benefício assistencial a incapacidade deve ser total, de forma a impossibilitar com o fim de possuir renda.” |
| 201503489218 | PROCEDENTE | “De acordo com o laudo pericial concluiu a incapacidade laboral total e definitiva; segundo requisito preenchido, pois o autor reside com duas pessoas praticamente sem renda.” |
| 201602040529 | PROCEDENTE | “O autor atendeu aos |

| | | |
|--------------|--------------|--|
| | | requisitos, o irmão e a cunhada não integram o rol do art. 20, parágrafo único, não considerando a renda para efeito de cálculo.” |
| 201601958255 | IMPROCEDENTE | “Ocorre que para recebimento de benefício assistencial a incapacidade deve ser total, de forma a impossibilitar o autor de exercer qualquer atividade, e isso não foi comprovado.” |
| 201603887223 | IMPROCEDENTE | “No caso concreto a postulante se amolda ao conceito de idosa, pois conforme documentos de fls., nasceu no ano de 1945. Quanto ao requisito econômico, este não está preenchido, restando a improcedência do pedido, já que não pode ser considerada miserável para fins jurídicos.” |

Fonte: Pesquisa de campo, 2019.

Nota-se que no ano de 2017, conforme os dados colhidos é possível observar que de 10 (dez) processos sentenciados, 05 (cinco) deles foram julgados procedentes, e 05 (cinco) julgados improcedentes. Tendo em vista a análise dos autos, com a perícia médica e o estudo socioeconômico realizados.

Logo, mesmo aplicando o critério de ½ (meio) salário mínimo para aferição da miserabilidade, não foi constatada a incapacidade laboral em alguns casos, sendo assim,

avista-se que não basta somente que a pessoa seja carente, ou viva em estado de miserabilidade, é necessário também que esta possua um dos demais requisitos para aferição do benefício, ser idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, ou possuir alguma incapacidade para o trabalho.

Em outro caso analisado na pesquisa de campo realizada, é interessante e importante mencionar, que o autor possui 18 (dezoito) anos de idade, era mudo, e possuía deficiência motora com dificuldade de aprendizado, o seu grupo familiar era composto por ele, sua mãe que era aposentada, seu pai que estava acometido com hanseníase, no momento desempregado pois era trabalhador rural. O pedido de seu benefício foi indeferido administrativamente, sob o motivo de não ter sido constatada a incapacidade, e sua renda familiar era igual ou superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Todavia, ainda sobre o caso apresentado acima, realizado o pleito na esfera judicial, em sede de contestação, o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, alegou que não restou comprovada sua incapacidade, assim como não ficou comprovada a renda familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Realizado o estudo socioeconômico, apontou-se que o Requerente reside em um assentamento, e a renda do grupo familiar é somente de sua mãe aposentada, concluindo-se que a família é simples, e carente. O laudo pericial concluiu que o autor é portador de “dislalia”, retardo mental, e está incapacitado total e permanente.

O magistrado na análise deste caso, proferiu aos autos sentença de procedência, pelo fato de que diante das provas, perícia médica, em que a doença mental que o Requerente possui é irreversível e incurável, bem como estudo socioeconômico realizado na entidade familiar (autos nº 201401959274).

Assim, neste caso, mesmo que o INSS alegue que a renda é superior ao estabelecido em lei, foi concluído pelo estudo socioeconômico que a família possui uma única renda proveniente da aposentadoria da mãe, e que esse valor não é suficiente para o sustento da família, pois o pai passa por problemas de saúde, não podendo trabalhar, assim como o Autor, não sendo suficiente para uma vida digna.

Deste modo, vemos que o benefício assistencial ao portador de deficiência, é o modo de assistir aqueles cuja incapacidade o impede de participar normalmente da sociedade, tal como estabelece o art. 20, § 2º, da LOAS.

Portanto, avista-se de acordo com a pesquisa realizada, que o magistrado para concluir se uma família possui direito ao BPC-LOAS, usa de todas as provas carreadas no

processo. Sendo necessário, nas ações que envolvem pessoa portadora de deficiência, a realização da perícia médica, e a constatação da incapacidade laboral.

Para dar melhor fundamento a realidade da Comarca de Crixás-GO, quanto as ações de benefício de prestação continuada (LOAS), regulado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/1993, a pesquisa entrevistou (entrevista em apêndice ao trabalho) o Juiz de Direito e Diretor da Comarca de Crixás-GO.

De maneira sucinta, ao responder o primeiro questionamento, sobre qual é seu entendimento sobre o critério da renda familiar prevista no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, para aferição da miserabilidade, o magistrado respondeu que o critério estipulado pelo referido dispositivo legal constitui uma tentativa de fixar um requisito objetivo para aferição de incapacidade de portadores de deficiência ou idosos que não possuem meios de proverem sua subsistência ou de tê-la provida por sua família, no entanto, o grande problema é traduzir valores, princípios e objetivos constitucionais em uma regra objetiva.

No segundo questionamento, foi perguntado ao magistrado se com a aplicação do critério objetivo previsto em lei, há a possibilidade de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, e foi respondido que não somente é possível que esta regra afronte o princípio da dignidade da pessoa humana, ou outro princípio ou regra constitucional, como também, pode esta regra ser afastada em determinados casos concretos relevantes, cujas circunstâncias excepcionais estejam devidamente comprovadas.

Seguindo, foi questionado ao magistrado o que caracteriza uma pessoa incapaz de prover seu sustento ou de tê-lo provido por sua família, tendo na resposta que se trata de um conceito aberto e de difícil definição abstrato e exata, na medida em que envolve análise do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, exige avaliação do caso concreto.

Passou-se então ao quarto questionamento, se concorda ou discorda em relação a aplicação do critério subjetivo (meio salário mínimo) para aferição da miserabilidade, tendo como resposta positiva, que não discorda deste critério de renda familiar de meio salário mínimo em si.

O questionamento final feito ao magistrado foi em seu ponto de vista o critério aplicado atualmente, previsto em lei, para aferição da miserabilidade, é constitucional ou inconstitucional, tendo como resposta que em razão de injustas decisões promovidas em diversos casos concretos, da forma como o texto legal está redigido, seu posicionamento tende mais para a sua inconstitucionalidade.

Adiante, é importante recapitular a respeito do princípio da dignidade humana, este por sua vez, um dos essenciais para a existência humana, tendo em vista que cada pessoa

necessita viver de maneira digna, sem infringir o direito de cada um. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana aponta Magalhães (2012, p. 111/112):

A dignidade da pessoa humana é a pedra angular de toda teoria dos direitos humanos e das questões bioéticas referentes ao direito à vida. [...] Segundo esse princípio, somente o homem, entre todos os seres materiais, é pessoa e, precisamente, por isso, é a mais valiosa[...].

Com a análise de cada processo previdenciário de Benefício de Prestação Continuada – LOAS, foi possível verificar que o magistrado leva em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, mas de maneira restrita, tendo em vista que comparar uma norma geral com um princípio constitucional, é necessário levar em consideração que a norma constitucional possui mais relevância que a norma geral, sendo que esta ainda foi julgada inconstitucional, entretanto não fora declarada nula, ocorrendo sua aplicação ao caso concreto até os dias atuais.

É neste ponto mencionado acima, que cabe ao magistrado ao julgar a causa ter o máximo de cautela para não infringir direitos garantidores para a existência humana. Promovendo a justiça para aqueles que pleiteiam tal benefício.

Em relação aos critérios subjetivos, esses abordam no que concerne o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista a necessidade da pessoa que pleiteia de viver pelo menos com o mínimo existencial, sem infringir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O capítulo que se conclui, foi de grande importância e contribuição para a presente pesquisa científica, haja vista que neste capítulo foram abordados minuciosamente os critérios adotados pelo magistrado da Comarca de Crixás-GO, para a aferição da miserabilidade no BPC-LOAS.

Tem-se como resultados obtidos, com a pesquisa de campo e o questionário, este dirigido ao magistrado, que ao julgar as causas que tratam do benefício assistencial, este trata que grande presteza e minuciosidade, tendo em vista que as pessoas que pleiteiam este benefício, estão pedindo socorro, amparo, ao poder judiciário, a garantia da tutela jurisdicional, que lhes foi negado administrativamente. E nesse sentido, o magistrado busca propiciar os critérios subjetivos analisados que levam este a proferir sentença de procedência.

Por fim, obteve-se com o estudo abordado em todas os capítulos, e principalmente, com a contribuição e prontidão que o magistrado teve em responder o questionário, a resposta para a problemática tratada. Logo, vê-se que os critérios analisados pelo magistrado para aferição do critério subjetivo da miserabilidade nas ações de concessão

do BPC-LOAS, na Comarca de Crixás-GO, no ano de 2017, levam sempre em consideração o estado socioeconômico vivido pelo Autor, demonstrado através das provas carreadas no processo, e toda instrução processual, levando em consideração sempre o mínimo existencial para a sobrevivência deste, porque na prática administrativa, o INSS, apensar da decisão do STF, continua a aplicar o referido dispositivo legal.

O capítulo presente contribuiu no resultado da monografia com a pesquisa de campo sobre as ações previdenciárias para concessão do benefício de prestação continuada (LOAS), sentenciados no ano de 2017, com a análise de cada caso concreto podendo subjetivar o critério objetivo previsto em lei.

No total de 10 (dez) processos sentenciados no ano de 2017, relacionados aos BPC-LOAS, 05 (cinco) foram julgados procedentes, considera-se razoável a concessão do benefício de amparo assistencial judicialmente, pelo fato que em inúmeros casos, onde se pleiteia o benefício em relação da pessoa ser portadora de deficiência, esta não resta comprovada, acarretando a improcedência do pedido.

Ainda visando dar uma contribuição, a entrevista foi salutar para a resposta da pesquisa, pois inteirou-se para demonstrar o entendimento do magistrado em relação ao critério subjetivo para aferição da miserabilidade nas ações do BPC-LOAS e sua aplicação no julgamento da causa.

Sendo assim, foi possível concluir que os critérios subjetivos adotados pelo magistrado que o leva a proferir sentença de procedência, são mediante a apresentação das provas, comprovando a renda familiar de cada ente deste grupo, apreciando o rol previsto no art. 20, § 1º, Lei nº 8.742/1993. E nos casos em que possuir incapacidade, esta deverá ser constatada através da perícia médica a ser realizada, para a comprovação da incapacidade laboral.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O benefício de prestação continuada, que garante ao hipossuficiente o direito a assistência social, esta por sua vez previsto na Constituição Federal. Tem como objetivo assistir e garantir o mínimo existencial aqueles que não possuem meios de prover o seu próprio sustento, ou de tê-lo provido por sua família, este benefício está elencado no art. 20, da Lei 8.742/1993.

Para ter direito a esse benefício a Lei prevê pressupostos que devem ser seguidos, são estes: se idoso, possuir 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, e ter renda mínima por pessoa do grupo familiar, $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo; entretanto se este possuir incapacidade laboral, é necessário que esta seja comprovada a partir da perícia médica a ser realizada, e também possuir renda mínima *per capita* de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo, conforme prescreve o art. 20, caput, e §3º, da LOAS.

É importante lembrar que este benefício, por ter caráter assistencial, ele não necessita de contribuição para pleiteá-lo, bastando somente que o Autor se enquadre nos requisitos previstos em lei.

Contudo, após o julgamento na Suprema Corte, ao julgar a Reclamação nº 4.374, que reconheceu a inconstitucionalidade do § 3º, do art. 20, da LOAS, mas sem declaração de nulidade, gerou inúmeras controvérsias a respeito da aplicação deste critério objetivo.

E com isso, coube ao magistrado analisar cada caso concreto e determinar a aferição do critério subjetivo da miserabilidade para os que pleiteiam o benefício de prestação continuada. Neste caso, o magistrado poderá relativizar o critério da renda do grupo familiar, podendo aplicar o critério de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, sendo este já aplicado em alguns benefícios assistenciais, garantidores do Estado.

Para análise da prática deste requisito subjetivo, aplicando como renda $\frac{1}{2}$ (meio) salário-mínimo para aferição da miserabilidade, tinha-se que delimitar uma Comarca para se ter foco de estudo, chegando-se a Comarca de Crixás, no Estado de Goiás.

Ao se examinar a Comarca de Crixás-GO, teve-se como linha de estudo, quais os critérios subjetivos analisados pelo magistrado para aferição da miserabilidade do BPC-LOAS, chegando-se a resultados esperançosos.

Na Comarca de Crixás-GO foram analisados 10 (dez) processos previdenciários para concessão do BPC-LOAS junto a Escrivania de Fazendas Públicas, assim como realizado

questionário direto ao magistrado, para apontar o seu entendimento quanto a aplicação deste requisito subjetivo.

Os dados colhidos expõem que a Comarca de Crixás-GO, em casos que o magistrado verifica que a parte possui direito ao benefício em questão, deixa de aplicar o critério objetivo, previsto em lei, e relativiza este. Contudo, para que isto ocorra, é necessário que este comprove pelo menos requisitos mínimos, como, ter 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, ou possuir incapacidade laborativa. Esta última, é comprovada através de perícia médica realizada. E, por seguinte, para a aferição da miserabilidade vivida pelo Autor, é necessário realizar o estudo socioeconômico na residência deste, para verificar se este necessita realmente do apoio estatal, para garantir o mínimo existencial.

Com a pesquisa de campo e a resposta do questionário dirigido ao magistrado, obteve-se resultados positivos em relação a problemática abordada, pois conclui-se que os critérios subjetivos analisados pelo magistrado para a aferição da miserabilidade nas ações que possuem como pleito o BPC-LOAS, são: as provas carreadas pelo Requerente, comprovando a renda percebida por seu grupo familiar, que neste caso poderá ser relativizada com base no que ficar comprovado em toda a instrução processual; o estudo socioeconômico deve apontar as condições vividas pelo Requerente; e nos casos que dependerem de perícia médica, a perícia deve ser clara em constatar a incapacidade total e permanente.

Ainda o magistrado deixa claro em suas decisões e no questionário, que não discorda da aplicação do critério subjetivo, pois é necessário promover a justiça, e o apoio aos hipossuficientes. Para através disso, viverem de maneira digna. Concluindo-se com a pesquisa realizada que a pessoa para ter direito ao benefício de amparo assistencial com base nos métodos utilizados pelo magistrado da Comarca de Crixás (2017), deve ser comprovada a incapacidade da pessoa portadora de deficiência, e se idoso, possuir 65 (sessenta e cinco) anos ou mais. E, quanto ao critério da miserabilidade, esta deve ser analisada em cada caso levando em consideração a situação social e econômica enfrentada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: novembro de 2018, e janeiro de 2019.

_____. Lei nº 10.689 de 13 de junho de 2003. Instituiu o Programa Nacional de Acesso a Alimentação e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 de junho de 2003. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.689.htm>. Acesso em: fevereiro de 2019.

_____. Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a Lei Orgânica de Assistência Social e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 8 dez. 1993. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em 28 e 29 de novembro de 2018.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de. **Direito previdenciário/coleção saberes do direito 1**. São Paulo: Saraiva, 2012.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Manual de Direito Previdenciário**. 8 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro. **Curso de Direito Previdenciário/Eduardo Rocha Dias, José Leandro Monteiro Macêdo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

EDUARDO, Italo Romano. **Curso de Direito Previdenciário**. 12 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LEITÃO, André Studart. **Manual de direito previdenciário/ André Studart Leitão, Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida**. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário esquematizado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

APÊNDICE A – QUESTIONÁRIO PARA PESQUISA CIENTÍFICA

1º parte: Caracterização

Nome da Instituição: Poder Judiciário do Estado de Goiás – Comarca de Crixás.

Endereço: Av. das Oliveiras, esq. Com a Rua 2019, Q. 23, St. Novo Horizonte, Crixás – GO, CEP: 76510-000.

Cargo: Juiz de Direito e Diretor do Foro.

Função: Juiz

Nome: Alex Alves Lessa

2º parte: Avaliação Qualitativa

- 1) Qual o seu entendimento em relação ao critério da renda familiar *per capita* de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993, para aferição do requisito miserabilidade?

R: A conformação de normas constitucionais cabe precipuamente ao legislador, que goza de uma primazia na concretização da Constituição. Nesse sentido, o legislador fez a Lei 8.742/93 para cumprir o disposto na Seção IV da Constituição Federal. O critério estipulado pelo referido dispositivo legal constitui uma tentativa de fixar um requisito objetivo para a aferição de incapacidade de portadores de deficiência ou idosos proverem a própria subsistência ou de tê-la mantida por sua família. Não há dúvidas de que o dispositivo legal tenta conciliar valores constitucionais destinados a cumprir o princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, I, III e IV, CF) com o princípio de equilíbrio orçamentário (art. 165 a 169 da CF). Sabe-se que o orçamento público é limitado e, obviamente, não é capaz de cobrir todos os riscos sociais, muito menos prestar ampla e ilimitada assistência social. Por isso, é fundamental efetivar uma seletividade daqueles que necessitam ou não de assistência social, devendo a família assumir, primariamente, seus deveres fundamentais (art. 230, CF) e, somente de modo subsidiário, o Estado deve arcar com estes custos e riscos sociais. O grande problema é traduzir valores, princípios e objetivos constitucionais em uma regra objetiva. Logicamente, não é fácil conformar estas questões em uma simples regra. Por isso, naturalmente, em alguns casos concretos podem ser geradas injustiças. Com efeito, se

de um lado, não é possível dizer de plano que a regra seja inconstitucional, isto é, não há como verificar de modo abstrato que esta regra seja incompatível com a Constituição, de outro, em alguns casos concretos, a partir dos princípios constitucionais, é possível, por meio de ponderação entre os princípios envolvidos, afastá-la, ainda que, excepcionalmente. De toda sorte, avalio como positiva a iniciativa do legislador de criar o referido benefício, com regras objetivas mínimas, mais aceitáveis do que uma omissão inconstitucional quanto ao dever de prestar assistência social. Além disso, trata-se de regra dotada não apenas de eficácia, mas também de efetividade, já que milhares de pessoas são beneficiárias.

- 2) Com a aplicação do critério objetivo previsto em lei (um quarto do salário-mínimo) para famílias que possuem renda pouco acima do exigido, há a possibilidade de afronta o princípio da dignidade da pessoa humana?

R: Como dito acima, trata-se de uma regra que fixa um critério objetivo. Logicamente, é praticamente impossível traduzir um princípio em uma regra, justamente porque são normas jurídicas com naturezas distintas. Nas lições de Ronald Dworkin, os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas. A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. De outro lado, “os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. Em determinado conflito, quando determinados princípios “intercruzam”, é preciso levar em conta a força de cada um para resolver o caso concreto. Esta resolução não é uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio seja mais importante que outro frequentemente será objeto de controvérsia. Apesar disso, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, e, por isso, é importante indagar que peso ele tem e quão importante ele é. Segundo Dworkin, as regras não possuem esta dimensão. As “regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes. Uma regra jurídica pode até ser mais importante do que outra, tendo em conta o papel que cada uma desempenha na regulação do comportamento, mas não se pode dizer que uma regra é mais importante do que a outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de modo a permitir que, em conflito, uma suplante a outra em virtude de sua importância. Em

verdade, no conflito entre regras, uma delas não pode ser válida, e aqui ingressam os critérios tradicionais de conflito de regras a exemplo do critério cronológico, especial e de hierarquia. (DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-45). Na mesma linha, para Robert Alexy, tanto as regras quanto os princípios são normas jurídicas, pois ambos traduzem o dever ser. São, portanto, duas espécies de normas. O primeiro critério de distinção, utilizado com mais frequência, é de que os princípios possuem um grau de generalidade relativamente alto, enquanto as regras um grau de generalidade relativamente baixo. Discute-se ainda a determinabilidade de aplicação, a forma de surgimento e o caráter do conteúdo axiológico. Mas para Alexy, o ponto decisivo para distinção entre regras e princípios é que os “*princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Por isso, os princípios são denominados de “*mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. De outro lado, as “*regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos”. Por isso, para Alexy, as regras são “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Assim, a distinção entre regras e princípios é qualitativa e não uma distinção de grau. O conflito entre regras é resolvido pelos critérios tradicionais como “*lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*”. Este conflito é, pois, solucionado por um critério de validade ou uma cláusula de exceção: ou a regra é válida ou não é; não há aqui conceito jurídico gradual. De outro lado, a colisão entre princípios se soluciona de modo distinto, pois a solução não está no critério de invalidade, mas sim no fato de que em determinado caso concreto um dos princípios terá que ceder, embora permaneça válido. Para ele, os princípios possuem pesos diferentes e os princípios com maior peso têm precedência. Com efeito, para Alexy, conflitos de regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto conflitos entre princípios ocorrem na dimensão de peso, já que princípios válidos podem colidir. (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 84-98). Por fim, não é demais mencionar as lições de Humberto Ávila, para quem as regras “*são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e*

abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção dos fatos". De outro lado, os princípios "*são norma imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção*". (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102).

Diante destas premissas, resta evidente a dificuldade de se produzir uma resposta peremptória ou exata ao questionamento acima, justamente porque não se é possível produzi-la de modo abstrato, genérico e linear. Neste sentido, o questionamento se mostra inteligente ao incrementar o termo "possibilidade". Se de um lado, a norma do art. 20, § 3º da Lei 8.742/93 constitui uma regra, de outro lado, a dignidade humana constitui princípio constitucional de natureza fundamental, de tamanho peso e importância que, na doutrina constitucionalista e dos direitos humanos, constitui elemento normativo central, ao redor do qual estão todos os demais direitos fundamentais. Neste aspecto, a dignidade é fundamento da teoria dos direitos fundamentais. Mas, apesar disso, não se pode dizer, por si, e de modo abstrato, que a referida regra é inconstitucional por ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. E por uma razão simples. Como dito acima, os princípios são normas absolutas, de tudo ou nada, mas mandamentos de otimização, cuja satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas existentes em cada caso concreto. Ademais, como todo princípio, impõe-se uma finalidade a ser cumprida, não se tratando de norma meramente descritiva como as regras. Por isso que, ao contrário das regras, é possível afastar determinado princípio em certo caso concreto, sem necessariamente declará-lo inválido. Em outras palavras, a violação ou não de determinado princípio constitucional somente pode ser analisada em caso concreto, ao contrário das regras, que são analisadas de modo abstrato pelo critério da validade ou da exceção. Por exemplo, em determinado processo judicial, que objetivava restituir o benefício assistencial a pessoa portadora de deficiência mental grave, que havia sido cortado pelo INSS, em razão de no mesmo grupo familiar haver um idoso aposentado rural por idade. Pela letra seca da lei, aparentemente, o INSS cumpriu o princípio da legalidade, aplicando o disposto no artigo legal em questão, para cortar o benefício assistencial.

Porém, nos autos ficou demonstrado que o grupo familiar era formado por 3 pessoas, sendo a mãe idosa e mais dois filhos. Laudos médicos apontaram que os três membros da família eram portadores de deficiência mental grave, todos com absoluta incapacidade de exprimir vontade e de praticar atos mais simples da vida civil. As demais provas evidenciaram que nenhum dos três possuía capacidade mental se manter dignamente e que o dinheiro resultante da aposentadoria rural e do LOAS (um salário-mínimo cada) era insuficiente, inclusive, para a compra de medicamentos, que os três tinham que tomar diariamente. Este caso concreto demonstrou, pois, que a regra em questão não cumpriu a sua finalidade, qual seja, prestar assistência social a pessoas idosas e portadoras de deficiência, em concretização do disposto nos arts. 203, V, da CF, bem como em cumprimento de tutela da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, I, III e IV, CF). Neste caso concreto, ainda vigorava o entendimento do STF, no sentido de constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei 8.742/93 (ADI 1232), de maneira que não caberia, em sede de controle difuso, descumprir a orientação da Suprema Corte. Assim, para fundamentar a decisão, foi utilizada a teoria da derrotabilidade das regras (*defeasibility*), do autor inglês Hebert Hart, utilizada em casos difíceis, justamente para situações nas quais não é possível prever todas as cláusulas de exceção, de maneira que, em determinado caso concreto relevante e excepcional, não obstante a validade da norma, é possível superar/afastar a regra, que não cumpre a finalidade para a qual foi criada. (ver: HART, H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, Vol. 49 (1948 - 1949), pp. 171-194. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4544455>. Acesso em 20.03.2019). Neste caso, a regra continua válida e deve ser aplicada para os demais casos normais. Porém, no caso concreto, ela é afastada, geralmente, para o devido cumprimento de um princípio constitucional de hierarquia superior, que apenas em determinado caso concreto restou comprovadamente não observado. Atente-se que não se trata, pois, de afastamento abstrato e genérico da regra do art. 20, § 3º da Lei 8.742/93, pois, neste caso, seria preciso reconhecer que própria inconstitucionalidade da regra. Apesar da constitucionalidade do dispositivo legal, o requisito mensal *per capita* de ¼ do salário mínimo, consideradas todas as circunstâncias do caso, pode apresentar antinomia concreta, em face de algum princípio constitucional ou regra implícita decorrente. Assim, a antinomia concreta pode gerar a “derrotabilidade” da regra legal, sem necessariamente reconhecer sua invalidade. Diferente do que ocorre com a antinomia

em abstrato, na qual a resolução do problema afasta a norma para as demais hipóteses em que ela se aplicaria, por invalidade (critério hierárquico), por vigência (critério cronológico) ou ineficácia (critério da especialidade). Na análise do caso concreto, porém, o afastamento da regra não implica juízo de invalidade, e a regra continua a ser aplicada nos demais casos. Portanto, não somente é possível que a regra do art. 20, § 3º da Lei 8.742/93 afronte o princípio da dignidade da pessoa humana, ou outro princípio ou regra constitucional, como também, pode esta regra ser afastada em determinados casos concretos relevantes, cujas circunstâncias excepcionais estejam devidamente comprovadas.

- 3) O que caracteriza uma pessoa incapaz de prover seu sustento ou de tê-lo provido por sua família?

R: Trata-se de um conceito aberto e de difícil definição abstrato e exata, na medida em que envolve análise do princípio da dignidade da pessoa humana, que, por sua vez, exige avaliação de caso concreto. Por isso, a dificuldade do legislador em, por meio do dispositivo legal em questão, conciliar valores constitucionais destinados a cumprir o princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, I, III e IV, CF) com o princípio de equilíbrio orçamentário (art. 165 a 169 da CF), uma vez que o orçamento público é limitado e, obviamente, não é capaz de cobrir todos os riscos sociais, muito menos prestar ampla e ilimitada assistência social. De toda forma, para efeito de uma conceituação deontológica, para além dos requisitos objetivos traçados pelo art. 20, §3º, art. 20, § 3º da Lei 8.742/93, parece fundamental, dentro de uma lógica de “constitucionalização do direito” ou de “filtragem constitucional”, utilizar como parâmetro orientador o disposto no art. 7º, inciso, pelo menos para as questões mais básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde e higiene, que deverão ser verificadas e valoradas em cada caso concreto. É importante frisar mais uma vez que o orçamento é limitado e por isso, o princípio de equilíbrio orçamentário deve ser considerado, pois é ilusão achar que os direitos fundamentais não geram custos (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: why Liberty Depends on Taxes*. W.W. Norton & Company: New York, 1999). Com efeito, é fundamental ter sim um certo grau de seletividade, como se fez no dispositivo legal em questão, sem prejuízo da análise dos

casos concretos, nos quais a lei se mostra injusta e incapaz de tutelar o fim para o qual foi criada. Sobretudo, é preciso utilizar um conceito de mínimo existencial (STF ADPF 45), que constitui o aspecto objetivo do princípio da dignidade humana, cujo núcleo não é fechado, mas pode ser definido minimamente como saúde, alimentação, habitação, assistência social, educação básica e acesso à justiça. Neste caso, o mínimo existencial constitui núcleo inoponível em relação ao princípio da reserva financeira do possível, como aliás, já reconheceu o STF. É certo que a implementação de políticas públicas direcionadas à promoção dos direitos sociais, econômicos e sociais gera custos, de modo que estes direitos só podem ser garantidos na medida do possível, ou seja, de modo proporcional ao seu desenvolvimento e ao progresso econômico e social. Este condicionamento e dependência conjuntural estão ligados aos recursos disponíveis, o que gera um grave problema de “execução efetiva”. No entanto, embora a dependência aos recursos disponíveis seja um reconhecimento de que a inexistência de recursos financeiros enseja a menor efetividade dos direitos sociais, a reserva do possível não é princípio absoluto e não exclui a garantia constitucional de um “mínimo social”, garantia esta que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. Esta garantia é definida como uma “forma de liberdade” por Cristina M.M. Queiroz, de mesma natureza de um direito de defesa, ainda que traduzida por um direito a prestação positiva por parte do Estado. Por isso, o mínimo existencial prevalece sobre a reserva do possível (QUEIROZ, Cristina M.M. Direitos Fundamentais. Teoria Geral. 2ª edição. Coimbra, p. 185-193).

- 4) Em relação à aplicação do critério subjetivo que leva em consideração a renda familiar *per capita* de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, com base no julgamento da inconstitucionalidade do § 3º, art. 20 da Lei 8.742/1993, concorda ou discorda? Justifique.

R: Não discordo deste critério de renda familiar *per capita* de $\frac{1}{2}$ do salário mínimo em si, mas não tenho dúvidas de que cabe precipuamente ao legislador a definição dos critérios para a aplicação de políticas públicas, essencialmente quando as normas constitucionais, a serem concretizadas, são dotadas de natureza programática ou de eficácia limitada. De um lado, não há dúvidas de que o benefício assistencial deve ser no valor de um salário mínimo, na forma do art. 203, V, da CF. Inclusive, mostra-se inconstitucional a proposta do atual Governo Bolsonaro de reduzir o benefício

assistencial para ½ (meio) salário mínimo, diante do direito fundamental assegurado pelo texto constitucional, que tutela a dignidade humana (art. 1º, III, da CF), sobretudo, porque neste caso, em se tratando de mínimo existencial, aplica-se o princípio de vedação do retrocesso social. De outro, porém, o mesmo dispositivo constitucional deixa a cargo do legislador infraconstitucional a definição dos requisitos necessários para obtenção do benefício. A definição deste critério está no âmbito de relativa discricionariedade do legislador, que, sem qualquer dúvida, deve se pautar por parâmetros constitucionais. No que tange à decisão do STF, inicialmente, a Suprema Corte declarou a constitucionalidade da norma, por meio de decisão proferida pelo plenário na ADI 1232. Porém, em 2013, no julgamento de uma Reclamação contra decisão judicial que havia supostamente descumprido decisão da ADI 1232, a Suprema Corte entendeu que a sua decisão originária não mais se coadunaria com a realidade atual, que sofrera processo de mutação constitucional. Para o Min. Gilmar Mendes, relator do processo, enquanto o requisito de renda mínima para o benefício assistencial continuou inalterada, “elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes”. Além disso, de modo paralelo, “foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas”. Nessa linha, o STF verificou a “ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro), para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993”. (Rcl 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013). Em primeiro lugar, sabe-se que a decisão de constitucionalidade, embora vincule todos os demais juízes e tribunais, não vincula o próprio STF, que, posteriormente, principalmente, em hipóteses de mutação constitucional, pode reconhecer a inconstitucionalidade da mesma norma que antes

reconhecera como constitucional. Apenas a decisão de inconstitucionalidade não pode ser mudada, pois, neste caso, a norma, em regra, torna-se inválida. Em segundo lugar, é interessante mencionar que a mudança de entendimento ocorreu em sede de reclamação constitucional, ou seja, em ação cujo objetivo era justamente o oposto da decisão proferida, qual seja, cassar decisão judicial que havia desrespeitado decisão do STF que havia declarado o dispositivo legal constitucional. O debate é justamente sobre a amplitude do julgamento de uma reclamação constitucional e até que ponto a mutação constitucional pode ser reconhecida por meio deste instrumento. Pelo que se viu, o STF admitiu esta possibilidade. Em terceiro lugar, é preciso averiguar se realmente os requisitos da mutação constitucional se fizeram presentes no caso, ou se tratou-se de mera e arbitrária mudança de entendimento. Pelo menos no aspecto da legitimidade, a decisão do STF restou devidamente fundamentada pelas alterações legislativas. No que tange aos requisitos da mutação constitucional, é preciso lembrar, com Konrad Hesse, que norma não se confunde com texto normativo, mas é resultado da aplicação conjunta do programa normativo, extraído do texto pelos métodos tradicionais, e do âmbito normativo, constituído pelas circunstâncias de fato e da realidade (HESSE, Konrad. *Temas de Direito Constitucional. A interpretação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 111-112). Destarte, a “concretização” do conteúdo de uma norma constitucional, assim como a sua realização, só se tornam possíveis com a incorporação das circunstâncias da “realidade” que se busca regular”. As singularidades dessas circunstâncias, não raro já conformadas juridicamente, integram o “âmbito normativo”, que, a partir do conjunto de dados do mundo social, afetados por um preceito jurídico contido, sobretudo, no texto da norma, que é o “programa normativo”, é alcançado à condição de parte integrante do conteúdo normativo. “Disso decorre uma constante *mutação constitucional*, mais ou menos notável, que não é fácil de captar e que, por isso raramente se manifesta com nitidez”. (Conceito e Peculiaridades da Constituição, p. 98-99). Com efeito, para Hesse, o texto da Constituição é o limite absoluto de uma mutação constitucional, pois “o texto da Constituição se erige em limite absoluto de uma mutação constitucional não só do ponto de vista da relação entre ‘Direito’ e ‘realidade constitucional’, a qual encontra expressão na estrutura da norma constitucional, como também do ponto de vista das funções da Constituição”. (HESSE, Konrad. *Temas de Direito Constitucional. Limites da Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169). A crítica que se pode fazer é no sentido de que na época em que o STF julgou a ADI 1232 (Tribunal Pleno,

julgado em 27/08/1998) será que esta norma já não era inconstitucional? Será que as leis mencionadas possuem relevância e pertinência com âmbito normativo das normas constitucionais em questão, ao ponto de justificar uma mutação constitucional? Por fim, em quarto e último lugar, é preciso ficar atento que não se tratou de uma decisão simples de inconstitucionalidade, mas de uma inconstitucionalidade parcial sem pronúncia de nulidade. Esta técnica decisória surgiu inicialmente na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, posteriormente, positivada com alteração da Lei do Tribunal Constitucional. A partir de 1969, a Corte alemã passou a abster-se, com frequência, de pronunciar a nulidade de uma lei, até que em 1970 houve incorporação legislativa desta modalidade decisória na Lei do Tribunal Constitucional. Com base nesta lei, o Tribunal Constitucional alemão pode declarar a lei: a) compatível com a Lei Fundamental; b) incompatível; ou c) nula. Com isso, na Alemanha, a declaração de nulidade não é consequência necessária de uma lei incompatível com a Constituição, embora esta seja a regra. Esta decisão reconhece a inconstitucionalidade da lei, porém não declara nula. Seu surgimento está ligado a casos em que a superação da invalidade se apresenta mais adequada ao próprio legislador, diante das várias opções constitucionalmente válidas. Há quem defenda que este tipo de decisão é na verdade uma incorporação da fórmula austríaca de diferimento no tempo dos efeitos da declaração de nulidade para que o legislador possa tomar providências, em razão de ausência de previsão constitucional e legal na Alemanha para a modulação temporal de efeitos. Já na Áustria a solução foi prevista na própria Constituição e tem relação de congruência com a fórmula do legislador negativo, cujas decisões são constitutivas e *ex nunc*. No Brasil, é plausível o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade decorra do desenvolvimento sistemático constitucional da omissão inconstitucional (art. 5º, LXXI, e art. 103, §2º, ambos da CF). Porém, considerando as observações de que a decisão de mera incompatibilidade surgiu em razão da falta de previsão de modulação de efeitos na Alemanha, bem como de que a modulação de efeitos em Portugal é resultado da incorporação desta técnica alemã, não há como negar sua semelhança a semelhança destas decisões. A distinção, como dito, fica por conta da suspensão dos processos e da possibilidade de a lei retroagir para sanar iniquidades, estando aqui a relevância da decisão de mera incompatibilidade para corrigir o vício decorrente de benefícios incompatíveis com o princípio da isonomia. Portanto, constitui importante instrumento decisório que pode ser utilizado pelo Supremo

Tribunal Federal. Porém, é preciso se utilizar da técnica em sua completude, de forma a não gerar mais insegurança jurídica. A crítica que se faz é se o STF não deixou claro sobre a possibilidade de aplicação provisória ou não da lei, até que haja uma nova regulamentação pelo legislador. Cabe lembrar que as primeiras decisões do Tribunal alemão permitiram a aplicação provisória da lei que teve a sua inconstitucionalidade reconhecida, sem pronúncia de nulidade. Este entendimento parecia lógico, na medida em que, apesar da inconstitucionalidade, a lei não é declarada nula. Porém, em julgamento envolvendo a nacionalidade dos filhos provenientes dos chamados "*casamentos mistos*", a Corte Constitucional alemã equiparou a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade à declaração de nulidade. Com isso, a lei simplesmente inconstitucional, sem declaração de nulidade, não mais pode ser aplicada. Uma exceção a esse princípio somente seria admissível se da não-aplicação pudesse resultar *vácuo jurídico* intolerável para a ordem constitucional¹ ou uma situação ainda mais inconstitucional – a exemplo da declaração de inconstitucionalidade de lei do salário mínimo, cuja lei anterior ripristinada fixasse valor mais inferior. Portanto, é preciso aguardar em que medida o STF vai conferir efeitos à decisão de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, isto é dizer: a) permitir a aplicação provisória da lei, até que haja nova legislação pelo Congresso Nacional; ou b) proibir a sua aplicação, embora com efeitos *ex nunc*, como decorrência da inconstitucionalidade (apesar da não declaração de nulidade), gerando um vazio normativo. Esta definição é fundamental, principalmente porque, na prática administrativa, o INSS, apesar da decisão do STF, continua a aplicar o referido dispositivo legal. (ver: LLORENTE, Rubio. La jurisdicción constitucional como forma de creación de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8. Núm. 22. Enero-Abril 1988, p. 36; MEDEIROS, Rui. A decisão de Inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999; MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 252-278; MENDES, Gilmar Ferreira. *A Declaração de Inconstitucionalidade sem pronúncia de Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de*

¹ Cf. MENDES. A Declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia da Nulidade...Op. cit., p. 10. Julgados mencionados: [48 BVerfGE 37, 217 (262); 50 BVerfGE 37, 217 (261); Cf., também, BVerfGE 61, 319 (356)].

Controle abstrato da omissão.

Disponível:<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/49/26>. Acesso em: 10.08.2017; p. 12-13; Lei do Tribunal Constitucional Alemão (Lei do Tribunal Constitucional Federal). Tradução: Luiz Afonso Heck. In: *Revista de informação legislativa*, v. 32, n. 127, p. 241-258, jul./set. 1995; REVORIO, Francisco Javier Díaz. El Control de Constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas em el derecho comparado europeu. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 21. Núm. 61. Enero-abril, 2001.p. 91-93.

- 5) Em seu ponto de vista o critério aplicado atualmente previsto em lei, $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, para aferição da miserabilidade, é constitucional ou inconstitucional?

R: A princípio, em razão de injustas promovidas em diversos casos concretos, da forma como o texto legal está redigido, nosso posicionamento tende mais para a sua inconstitucionalidade, do que para a sua constitucionalidade. Porém, pela teoria da derrotabilidade das regras, talvez não fosse necessário reconhecer esta inconstitucionalidade, conforme referido acima. Isto porque, a declaração de inconstitucionalidade deixa um vazio jurídico normativo que pode afetar outras normas constitucionais, a exemplo da segurança jurídica, da isonomia e até mesmo do equilíbrio orçamentário. Como dito acima, não é tarefa fácil para o legislador conciliar princípios e regras constitucionais que tratam da assistência social com o princípio constitucional do equilíbrio orçamentário, mesmo porque existem outros direitos fundamentais que também devem ser tutelados pelo Estado, a exemplo da segurança, da educação e da saúde, e, como é sabido, o cobertor é curto. Por isso, sempre é relevante respeitar a primazia do legislador na concretização da Constituição e as ponderações feitas pelos representantes do povo ao elaborar leis, com o fim de implementar políticas públicas, pois, como afirma Hesse, o princípio democrático e a presunção de constitucionalidade das leis exigem que o legislador seja a primeira linha de conformação jurídica e “*Ao tribunal constitucional está vedado discutir essa primazia do legislador, pois isso acarretaria um deslocamento das funções constitucionais atribuídas*” (HESSE, Konrad. *Temas de Direito Constitucional. A interpretação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 120). Como todo princípio constitucional, a violação ou não da dignidade da pessoa humana exige uma

análise do caso concreto, e a aplicação do princípio constitucional deve se dar de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Por isso, talvez fosse mais adequado ao legislador criar uma regra similar ao § 3º, art. 20 da Lei 8.742/93, não como critério absoluto e cego, mas como um requisito objetivo mínimo, pautado na ideia de mínimo existencial, que representa justamente o aspecto positivo da dignidade humana, sem prejuízo de outras regras de exceção, ou mesmo, sem prejuízo da análise do caso concreto pelo juiz. Com efeito, embora possa concordar com a inconstitucionalidade do referido requisito legal de ¼ do salário mínimo, ou seja, concordar com o resultado da decisão do STF, já que não se pode ignorar que em diversos casos concretos o requisito se mostrou injusto e insuficiente para aferir o caráter de miserabilidade, não se pode olvidar que a concretização do conteúdo de uma norma constitucional decorre da incorporação das circunstâncias da realidade, que integram o âmbito normativo. Por isso, dessa relação entre o programa normativo (extraído do texto da norma pelos métodos tradicionais de interpretação) e o âmbito normativo (realidade e circunstâncias sobre as quais a norma será aplicada) é sempre possível decorrer uma mutação constitucional. Portanto, diante da inconstitucionalidade da regra, é necessário que o legislador, como detentor da primazia na concretização da constituição, elabore novo texto legal substitutivo ao que foi declarado inconstitucional com urgência, pois, a aferição da miserabilidade sem requisitos legais mínimos pode, de outro lado, ensejar a violação de outros princípios constitucionais, a exemplo da segurança jurídica, da isonomia, e do equilíbrio orçamentário, lesão decorrente de possíveis decisões arbitrárias e discrepantes, por não haver um parâmetro legal objetivo de aferição. E mesmo com essa nova regulação, obviamente, a depender da excepcionalidade e das circunstâncias do caso concreto, poderá ser derrotada/afastada se não cumprir a sua finalidade, sem necessariamente ser reconhecida sua invalidade.

Dr. Alex Alves Lessa

Juiz de Direito