

FUNDAÇÃO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

LARISSA TOCILO LOPES

**IMPLEMENTAÇÃO DE NOVOS CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO
DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL – LEI Nº 8.742/1993**

MARÍLIA
2014

LARISSA TOCILO LOPES

IMPLEMENTAÇÃO DE NOVOS CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DO
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL – LEI Nº 8.742/1993

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: MARÍLIA VERÔNICA MIGUEL

MARÍLIA
2014

LOPES, Larissa Tocilo

Implementação de novos critérios para a concessão do benefício assistencial – Lei nº 8.742/1993/Larissa Tocilo Lopes; Orientadora: Marília Verônica Miguel. Marília, SP: [s.n], 2014.

84 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, Marília, 2014.

1. Loas 2. Assistência Social 3. Dignidade da pessoa humana.

CDD: 341.67



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM

Curso de Direito

Larissa Tocilo Lopes

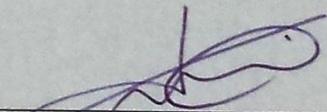
RA: 46085-0

Implementação de Novos Critérios Para a Concessão do Benefício Assistencial - Lei nº 8.724/1993

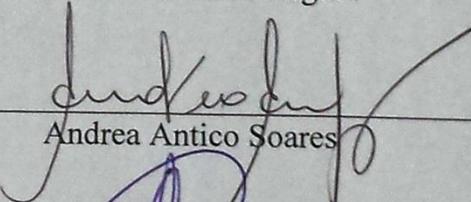
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9,0

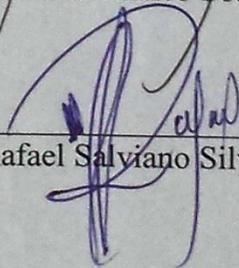
ORIENTADOR(A):


Marília Verônica Miguel

1º EXAMINADOR(A):


Andrea Antico Soares

2º EXAMINADOR(A):


Rafael Salviano Silveira

Marília, 03 de dezembro de 2014.

LARISSA TOCILO LOPES

IMPLEMENTAÇÃO DE NOVOS CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DO
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL – LEI Nº 8.742/1993

Banca Examinadora da monografia apresentada ao Curso de Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R.,
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Resultado:

ORIENTADORA: _____
Prof.^a Marília Verônica Miguel

1º EXAMINADOR: _____

2º EXAMINADOR: _____

MARÍLIA, _____ de _____ 2014.

*Aos meus pais, Elaine e Marcos e minha irmã
Ana Carolina por todo apoio nesta trajetória de luta na
realização de um sonho.*

AGRADECIMENTOS

Aos senhores orientadores, Marília Miguel pelo auxílio e total dedicação em todo o processo de conclusão deste trabalho. Ao professor Marcelo Rodrigues da Silva, que por motivos maiores não pode ver a conclusão deste trabalho, iniciado ainda nas aulas de Direito Previdenciária ao longo da graduação, me proporcionando a total identificação do tema.

Muito obrigada professores.

Aos demais senhores professores da minha vida acadêmica, por compartilhar todo o conhecimento e sabedoria ao longo de cinco anos, transmitindo o verdadeiro amor a profissão.

Vocês são verdadeiros Mestres.

A instituição de ensino, UNIVEM, pela oportunidade de aprender verdadeiros valores sociais e por permitir a minha evolução na sociedade como cidadão de bem.

DEDICATÓRIA

Em primeiro lugar, a Deus pelo dom da vida e pela oportunidade de estar realizando o sonho de poder concluir mais uma etapa de aprendizado em minha vida. Sendo, providência divina que eu vivesse os planos d'Ele para minha vida. Glórias à Deus!!!

Aos meus pais Marcos e Elaine e irmã Ana Carolina, por sempre acreditarem no meu potencial e mesmo diante das minhas limitações continuaram a me apoiar a cada momento desta longa jornada de graduação, sempre acreditando que eu venceria. Vocês são a verdadeira manifestação da presença de Deus em minha vida.

Aos meus amigos queridos, que sempre me incentivaram a trilhar essa jornada (desde o vestibular) ao ingresso desta belíssima profissão que está por vir com os frutos que colherei na conclusão deste ciclo. Vocês são minha força.

Aos meus amigos Izabela Vidal, Jessica Gimenez, Joice Guiotti, Laiz Tavares e Mirela Sutil companheiros de luta e que permanecerão em minha vida pra sempre.

Aos meus colegas de trabalho e de graduação, por toda paciência diária nos momentos da renúncia de minha companhia para a efetivação deste sonho, a conclusão da graduação.

A colaboradora Tassy Gonzales, pelo auxílio na conclusão deste trabalho.

E a todos que passaram pela minha vida ao longo desta jornada acadêmica, e que de alguma forma contribuíram para realização deste sonho. Obrigada.

Buscai primeiro o reino de Deus e a sua justiça

E tudo o mais vós será acrescentado, Aleluia.

Nem só de pão o Homem viverá, mas de toda palavra

Que procede da boca de Deus Aleluia.

Se vos perseguem por causa de mim, não esqueçais o porque

Não é o servo maior que o senhor Aleluia, Aleluia

(Bíblia Sagrada – Mateus 6:33)

LOPES, Larissa Tocilo. **Implementação de novos critérios para a concessão do benefício assistencial - Lei 8.742/1993. 2014.** 84 fls. Trabalho de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar implementação de novos critérios para a concessão do benefício assistencial da Lei nº 8.742/1993. O denominado benefício de prestação continuada, garantido pela Constituição Federal, no artigo 203, inciso V, e regulado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS institui o artigo 20, § 3º da lei que para os efeitos da concessão do auxílio assistencial é considerado incapaz, pessoa portadora de deficiência ou idoso de 65 anos que não possuam condições de prover seu próprio sustento ou tê-la provida por outrem, cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. O benefício é custeado pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que exige para que uma pessoa venha a receber o benefício assistencial de prestação continuada, é preciso que nunca tenha contribuído para o INSS, e ainda enquadrar-se nos requisitos citados acima. No momento de obtenção do benefício, conforme descrito na lei não é tão simples como demonstrado. Pois é feita análise dos requisitos para a concessão do benefício pelo INSS, por este motivo inúmeras reclamações chegaram a Corte Suprema alegando quanto a aplicabilidade do critério do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 por se interpretado sua aplicabilidade de maneira absoluta, e muitas vezes não concedendo o benefício pela interpretação da normal jurídica. Levando em consideração a aplicabilidade absoluta da norma fere os princípios da dignidade da pessoa humana por não efetivar o acesso dos benefícios às garantias de condições mínimas de vida previstas nos direitos e garantias fundamentais. Com o presente trabalho, busca-se o estudo do ordenamento jurídico de novas alternativas e análises de possíveis critérios a serem adotados no momento da interpretação, garantindo a efetivação do princípio constitucional na sociedade. O presente estudo utilizará o método hipotético-dedutivo, de abordagem qualitativa baseado em estudo caso-a-caso e ainda, bibliografia documental, doutrinas jurídicas e orientações judiciais e jurisprudências.

Palavras-chave: Loas. Assistência Social. Dignidade da pessoa humana.

LOPES, Larissa Tocilo. **Implementation of new criteria for granting assistance benefit - Law 8742/1993. 2014.** 84 pgs. Trabalho de Curso (Bacharel em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

ABSTRACT

The present work aims to study the implementation of new criteria for granting assistance benefit of Law No. 8742/1993. The so-called benefit of continued provision guaranteed by the Federal Constitution, in Article 203, paragraph V, and regulated by the Organic Law of Social Assistance - Invalidity establishing Article 20, § 3 of the law for the purpose of granting the aid assistance is considered incapable, the handicapped or elderly age 65 who do not have conditions to support themselves or have it provided by others, whose monthly income per capita is less than 1/4 (one fourth) of the minimum wage. The benefit is funded by the National Social Security Institute - INSS, which requires that a person will receive the benefit of continuing healthcare provision, he must have never contributed to the INSS, and still fit on the requirements mentioned above. At the time of obtaining the benefit as described in the law is not as simple as shown. For requirements analysis is made for the grant of the benefit by the INSS, for this reason numerous complaints reached the Supreme Court claiming as the applicability of the test in Article 20, § 3, of Law No. 8,742 / 93 is interpreted by its applicability absolutely and often not giving the benefit of legal interpretation by the normal. Taking into account the absolute applicability of the rule violates the principles of human dignity by not effecting access to the benefits guaranteed minimum living conditions laid down in the fundamental rights and guarantees. With this work, we seek to study the law of new alternatives and analysis of possible criteria to be adopted at the time of interpretation, ensuring the realization of the constitutional principle in the society. This study will use the hypothetical-deductive method, a qualitative approach based on case-by-case basis and yet, documentary literature, legal doctrines and jurisprudence and judicial guidelines.

Key-Words: Loas. Social Assistance. Dignity of the human person.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
AGR - Agravo Regimental
APL – Apelação Cível
BPC – Benefício de Prestação Continuada
CF – Constituição Federal
CAP - Caixa de Aposentadorias e Pensões
CEME - Central de Medicamentos
CPC - Código de Processo Civil
DJ - Diário da Justiça
DJU - Diário Justiça da União
DATAPREV – Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social
DIB - Data do Início do Benefício
FLS. Folhas
FUNABEM - Fundação Nacional do Bem Estar do Menor
FUNRURAL - Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural
IAP - Instituto de Aposentadoria e Pensão
IAPB - Instituto da Aposentadoria e Pensão dos Bancários
IAPC - Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciantes
IAPI - Instituto da Aposentadoria e Pensão dos Industriários
IAPM - Instituto de Aposentadoria e Pensão Marítimas
IAPAS - Instituto da Administração Financeira da Previdência Social
IAPASE - Instituto e Previdência e Assistência dos Servidores do Estado
IAPTEC - Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Empregados em Transportes de Cargas
INC. - Inciso
INPC - Índice Nacional dos Preços ao Consumidor
INPS - Instituto Nacional da Previdência Social
INSS - Instituto Nacional do Seguro Social
INAMPS - Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social
ISSB - Instituto de Serviços Sociais do Brasil
LBA - Lei Brasileira de Assistência Social

LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social
MM - Meritíssimo
MP - Medida Provisória
MDS - Ministério do Desenvolvimento Social
MIN. - Ministro
ONU - Organizações das Nações Unidas
ORG - Origem
PE - Pernambuco
r. - Respeitável
RCL - Reclamação
REL - Relator
RMI - Renda Mensal Inicial
RMV - Renda Mensal Vitalícia
RPV - Requisição de pequeno valor
RESP - Recurso Especial
RGPS - Regime Geral da Previdência Social
STF - Supremo Tribunal Federal
SINPAS - Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
TNU - Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências
TRF - Tribunal Regional Federal
v. - Venerável
VR - Vara Regional

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Brasil: Evolução dos benefícios emitidos pelo Benefício de Prestação Continuada – LOAS – Período de 1996 à 2008.....	55
---	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Avaliação pessoal do benefício de prestação continuada pelos usuários.....	56
Tabela 2 – Brasil: Prioridade no uso do dinheiro do Benefício de Prestação Continuada.....	56

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	18
CAPÍTULO 1 – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	21
1.1. DEFINIÇÕES E BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	21
1.2. GERAÇÕES DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	24
1.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR CONSTITUCIONAL	26
1.4. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	29
CAPÍTULO 2 - SEGURIDADE SOCIAL: SAÚDE, PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	32
2.1. EVOLUÇÕES HISTÓRICAS.....	32
2.1.1. <i>Histórico Mundial</i>	32
2.1.2. <i>Histórico brasileiro</i>	33
2.1.3. <i>Definição de Seguridade Social</i>	36
2.1.4. <i>Divisão da Seguridade Social</i>	38
2.2. ASSISTÊNCIA SOCIAL	38
2.2.1. <i>Evolução histórica – Assistência Social no Brasil</i>	38
2.2.2. <i>Conceito de Assistência Social</i>	39
2.2.3. <i>Custeio da Seguridade Social</i>	41
2.3. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – LOAS.....	43
2.3.1. <i>Beneficiários e critérios para a concessão da LOAS</i>	43
2.3.1.1. <i>Da proteção ao idoso</i>	43
2.3.1.2. <i>Da proteção dos portadores de deficiência</i>	45
2.3.2. <i>Procedimento para obtenção do benefício</i>	46
CAPÍTULO 3 - LOAS NO ÂMBITO JUDICIAL – ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS.....	47
3.1. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	47
3.2. TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS	50
3.3. O CRITÉRIO DE MISERABILIDADE E A CONDIÇÃO DE VIDA DOS BENEFICIÁRIOS DO BPC..	56
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
APÊNDICE A – RECLAMAÇÃO 4374.....	65
APÊNDICE B – APELAÇÃO CÍVEL.....	68
APÊNDICE C – APELAÇÃO CÍVEL.....	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca a reflexão no estudo do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social que trata do benefício de prestação continuada, consagrada a partir do Artigo 203, inciso V da Constituição federal que garante a prestação de assistência social aos necessitados, por meio de benefícios mensais às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos sem condições financeiras de prover o próprio sustento, ou tê-la provido em proveito de outro.

Ainda sobre a organização da Assistência Social, tal normal no referido artigo impõe como critério para a obtenção do benefício de prestação continuada, que os beneficiários comprovem não possuir condições de suprir suas próprias necessidades e nem de tê-la suprida por demais membros da família, sendo comprovados através da soma da renda “per capita” que deve ser inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente hoje no país e ainda, não ser vinculado a nenhum outro tipo de benefício da previdência social.

Após inúmeras modificações ao longo da criação da Lei Orgânica da Assistência Social instituída pela Lei nº 8.742/93, em nenhum momento foi observada alterações em razão do critério objetivo da “renda per capita” do grupo familiar do idoso ou do portador de deficiência física que requeresse o auxílio assistencial, apresentando apenas modificações e melhorias nas interpretações dos requisitos subjetivos para a concessão de benefício e não quanto à facilidade de acesso do beneficiário em obter o auxílio.

Com o objetivo de facilitar o caminho dos requerentes na obtenção da garantia constitucional foram elaboradas normas, tais como, a Lei nº 10.869/03 que delibera sobre o Programa Nacional de Acesso à Alimentação, e ainda, a Lei nº 9.533/97 que autorizavam aos Municípios o fornecimento de programas de garantia de rendas mínimas atreladas a ações sociais, criando-se um critério mais elástico quanto ao critério objetivo da renda mensal do grupo familiar do beneficiário, aproximando-se em até $\frac{1}{2}$ do salário vigente no país à data do requerimento de benefício.

No momento de pleitear o benefício de prestação continuada, é necessário que o requerente esteja enquadrado no rol taxativo do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, e ainda, deverá requerer no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que possui competência para analisar os critérios e documentos comprobatórios juntados pelo requerente no momento da obtenção do benefício, que será analisado sob os critérios impostos pela Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS.

Não bastado o tratamento constitucional à norma e ainda a lei específica tratar sobre o assunto, a interpretação dos critérios nas instâncias inferiores no momento de concessão dos benefícios aos hipossuficientes chegou até os Tribunais Superiores devido ao grande fluxo de reclamações sobre o critério absoluto imposto pelo legislador.

Devido ao grande fluxo de reclamações em curso também no Supremo Tribunal Federal, foi suscitada a possibilidade da declaração de inconstitucionalidade em razão do parágrafo 3º do Artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social que estabelece que o critério objetivo da renda “*per capita*” do grupo familiar do beneficiário no momento da concessão de benefício a idoso e portadores de deficiência, foi considerado que o mesmo apresenta-se “defasado” no atual contexto social para configurar a situação de miserabilidade do requerente.

A discussão à cerca das conseqüências de que a implantação deste critério utilizado pelo legislado causou a sociedade um sentimento de conflito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que impõe como critério regra tida como “miserável” para que consiga obter o mínimo de condições de vida digna diante da sociedade, e dos avanços sociais existente no âmbito jurídico.

O posicionamento adotado pelo supremo é de um critério mais elástico e interpretações mais fraternais em prol dos hipossuficientes. Busca-se investir em uma nova roupagem ao critério objetivo econômico e social para a implantação do benefício assistencial previsto no artigo 203, V da Constituição.

Caberá, a definição de um prazo legal para que possa se utilizar de base ainda da aplicação do critério anterior no momento de concessão do benefício de prestação continuada. Ficando até o dia 31 de dezembro de 2014, para após este prazo apresente um novo critério para atuação dos órgãos legislativos na efetivação da norma constitucional na sociedade.

Desta forma, o presente estudo tem como objetivo, em um primeiro momento, conceituar e caracterizar o princípio da dignidade da pessoa humana para melhor compreender o seu valor na sociedade, e em um segundo momento, discutir a compreensão da assistência social e seu alcance e por conseqüência, a aplicabilidade da Lei nº 8.742/93 nos benefícios de prestação continuada. Para atingir tal objetivo, se faz necessária a análise do reconhecimento das jurisprudências dos Tribunais Superiores em razão dos recursos submetidos para abordagem do tema pelos beneficiários e também, pelo INSS.

O presente estudo utilizará o método hipotético-dedutivo como linha de raciocínio a exposição do problema e formulação da hipótese baseada em estudo da norma jurídica

vigente, no âmbito constitucional e previdenciário. De abordagem qualitativa, a pesquisa irá se apoiar na descrição análoga do caso concreto e análise do objeto de estudo. No tocante aos procedimentos técnicos, se baseará em estudo caso-a-caso e ainda, bibliografia documental, doutrinas jurídicas e orientações judiciais e jurisprudências. Para tal, é necessário dividir este estudo em três capítulos.

O primeiro capítulo tem como objetivo o estudo e compreensão do conceito do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, consagrada nos direitos fundamentais, a fim de definir o valor do homem na sociedade. Já no segundo capítulo, é abordada a assistência social através delimitação histórica da seguridade social, uma vez que a mesma é gênero desta. A partir disso, foi abordado o benefício de prestação continuada, onde foram apresentados os requisitos subjetivos e objetivos para a obtenção da concessão do benefício. E por fim, no terceiro capítulo, será estudado o critério objetivo do Artigo 20 § 3º da Lei nº 8.742/93, que define o critério como absoluto à renda “*per capita*” no cômputo da renda familiar do requerente ao benefício.

CAPÍTULO 1 – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

1.1. Definições e breves considerações históricas

A Carta Magna no preâmbulo institui que o Estado Democrático assegura o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade justa, fraternal, pluralista e sem preconceitos, baseada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Estão expressamente apresentadas em seu texto original, guardando íntima ligação ao princípio da dignidade da pessoa humana como valor supremo na sociedade ao longo de sua evolução na história da Constituição Federal no Brasil, que surge no contexto de busca, proteção, e efetivação dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal brasileira, temos que:

Artigo 1º: A República Federal do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

(...)

III – dignidade da pessoa humana;

O princípio da dignidade da pessoa humana apresenta-se relacionada aos direitos e garantias fundamentais previsto no artigo 5º, que institui em seu texto que “todos são iguais perante a lei”, tratando sem distinção de qualquer natureza e garantindo igualdade a todos diante da sociedade em qualquer situação que se possa encontrar na legislação brasileira.

No documento das Organizações das Nações Unidas - ONU em 1948, no artigo 1º dispõe que: “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direito” trazendo a mesma ideia do texto constitucional, que é de garantir ao indivíduo ou à coletividade à proteção de sua liberdade e igualdade de direito ao sujeito inserido na sociedade, ou seja, o “homem” já nasce livre e dentro de sua liberdade é protegido pelo Estado, em igualdade de direitos e deveres. Ambos os documentos apresentam a soberania do homem diante do poder de escolha de realização de seus direitos dentro da sociedade, sendo livre e tendo a proteção do Estado em igualdade entre os homens (MORAES, 2004, p. 205).

No âmbito do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, em relação à equiparação de bens ou valores, exige a junção dos demais princípios constitucionais de proteção ao ser humano, apresentados na norma jurídica de direitos fundamentais no artigo 5º, “caput”, CF que garantem a verdadeira proteção do Estado ao cidadão na solução pacífica de seus conflitos sociais.

Na tentativa de conceituar tal princípio, ao analisar as características próprias do homem, compreende-se como dignidade da pessoa humana o conjunto de elementos essenciais respeitáveis ao ser humano dentro da sociedade.

Salienta Sarlet (2010, p. 27-29) em seus ensinamentos diz que o conceito de dignidade caracteriza-se como uma qualidade intrínseca e inseparável de todo e qualquer ser humano, de forma que a sua destruição geraria a inexistência do outro, compreendendo-se que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana se funda em metas permanentes da humanidade, Estado e Direito. Assim, o homem depende do outro em seu convívio em sociedade para que possa existir o respeito.

Na filosofia antiga e na política, o conceito do princípio da dignidade da pessoa humana estava relacionado à posição social em que o indivíduo ocupava diante da sociedade, levando em considerado seu nível de apreciação por parte da sociedade onde fazia parte (BOBBIO 2004 p. 35).

As primeiras características do princípio da dignidade surgiram na antiguidade com os direitos do ser humanos expressos primariamente no Código de Hamurabi, da Babilônia e da Assíria e no Código de Manú, na Índia na formação das primeiras civilizações compreendidas a época como uma pequena parcela do atual contexto de sociedade (BOBBIO 2004 p. 37-39).

Nesta época era possível a classificação do indivíduo quanto a sua dignidade perante a sociedade de acordo com o escalão de sua posição social, podendo ser uma qualidade diferenciadora ou até uma característica econômica de destaque se comparada aos demais da comunidade locais (SANTOS, 1999, p. 15).

No conceito subjetivo, em relação ao rol dos direitos fundamentais em estudo a dignidade humana na antiga filosofia Grega, segundo ensinamentos de Fernando Ferreira dos Santos (1999, p. 19-23), o homem era considerado como um animal político ou social, que se apresentava ausente em relação ao outro indivíduo na contextualização subjetiva ao Estado e a natureza. Confundindo a sua natureza social com a sua posição de cidadania na sociedade.

Ainda na tentativa de encontrar um conceito ao princípio da dignidade humana da pessoa humana, Rizzatto Nunes (2009, p. 49) diz que “dignidade é um conceito que foi desenvolvido no decorrer da evolução histórica da sociedade e chega ao início do século XXI como um valor supremo, construído pela razão jurídica”. Assim, o compreende-se que o principal papel exercido pelo direito é semelhante a um instrumento de controle dos atos humanos, ou seja, instrumento este que funciona como proteção aos atos do homem social que se exercidos sem o pensamento na coletividade poderão vir a ser prejudicial a sua conduta diante da sociedade em geral.

A dignidade humana em sua definição é seria então apresentada como um novo elemento sendo passível de vários estudos ao longo dos anos, não sendo um conceito pacífico, podendo ser mutável de acordo com as observações das necessidades e avanços sociais.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2005, p. 45-46) o elemento novo ligado na definição da característica humana, traz a idéia de que este elemento distintivo entre a razão e seu contexto que está ligado à proteção daquele que por motivo de doença física ou deficiência mental, por exemplo, serão especialmente mercedores da proteção do Estado. Assim, compreende-se que o conceito da dignidade humana corresponde à aquilo que precisa de reconhecimento social, estando ligado à vida humana, sendo indivisível de valor subjetivo”.

Para o direito natural, de acordo com Chaves Camargo que afirma:

“[...] pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua capacidade de inteligência e possibilidade de exercício involuntário do Estado na realização de sua liberdade, se destaca na natureza e diferencia-se do ser irracional. Essas características mostram um valor social diferenciado e fazem do homem não somente um ser existente, e sim indivíduo de domínio próprio sobre sua vida, sendo a raiz da dignidade humana. Assim, todo ser humano pelo simples fato de existir e poder exercer sua vontade, traz status superior à raça humana se comparado aos demais seres vivos.” (CAMARGO, 1994, p. 27-28)

Devido à característica absoluta atribuída ao ser humano, a dignidade da pessoa humana, pode ser limitada ao tanto que não ferir o respeito do outro. No tocante a valorização da dignidade da pessoa humana, somente o homem pode ferir e interferir no espaço do outro, não sendo possível ferir a sua própria dignidade, por se tratar de uma qualidade jurídica adquirida pelo homem com o status de ser humano sendo atribuída devido a sua racionalidade, em contrapartida sendo transferida para o Estado a função de proteger a saúde, a vida do homem em sociedade.

Afirma, Rizzatto Nunes (2009, p. 48) que o princípio da dignidade humana no quadro dos princípios constitucionais, é considerado como um super princípio constitucional, ou seja, devido ao seu alto valor em relação aos demais princípios constitucionais, apresentar-se acima dos demais princípios previstos no ordenamento jurídico.

Tal princípio constitucional encontrado nos direitos fundamentais nos títulos da Constituição Federal no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana, é importante e interessante não só por sua característica como princípio constitucional levada em consideração ao seu altíssimo valor social em relação a condições de vida do homem, e sim também por se tratar de um assunto dinâmico e de importante estudo ao longo do tempo conforme vão se alterando as relações sociais da vida em sociedade.

1.2. Gerações dos direitos e garantias fundamentais

Diante do caminho pela busca da conceituação da dignidade da pessoa humana, aparece a necessidade do estudo à cerca da evolução das relações sociais que aconteceram na ao longo dos anos, a fim de compreender que o homem mediante tais interações entre si precisava cada vez mais do amparo do Estado, visto que cada vez mais o homem possuía necessidade de relacionar-se aos demais, gerando assim novos conflitos sociais e novas situações para o direito.

A partir deste momento, surge o papel jurídico do Estado diante da tentativa de proteção das novas relações que se formavam e que demonstravam cada vez mais a necessidade de novos direitos, para atender a todos os conflitos na vida em sociedade

Pela primeira vez, diante da necessidade de atender aos conflitos sociais que surgiu com a interação do homem na sociedade, aparecem as denominadas gerações de direitos do homem, que se apresenta com a tentativa de satisfazer tais relações sociais.

Regida pela tríplice da Revolução francesa fundada por meio de liberdade, igualdade e fraternidade. Surgiu neste momento a classificação das gerações, divididas em quatro momentos jurídicos.

A primeira geração de direitos humanos ou os chamados direitos de liberdade foram marcados como os primeiros a serem reconhecidos constitucionalmente pela carta maior, conforme se verifica na atualidade. Tratava das liberdades individuais, do direito à vida e dos direitos políticos de participação. Nesta geração fazem parte também, a segurança,

propriedade privada, liberdade de pensamento, voto, direito de expressão, crença, locomoção, entre outros direitos pertencentes à personalidade humana (MORAES, 2004, p. 61).

Esta geração foi marcada pelo resultado de revoluções liberalista levando em consideração a atitude dos homens em relação à força do Estado na imposição ao cumprimento de sua vontade. Neste momento o estado passava em transição do período de absolutismo para o liberalismo (MORAES, 2004, p. 62-63).

Logo após o período da Segunda Guerra Mundial, com presença do estado de bem estar surge os direitos de segunda geração ou de igualdade ou os direitos sociais, que eram destinados a melhorias nas condições de trabalho ao indivíduo, surgindo o amparo à assistência, à saúde do homem na sua condição de hipossuficiência em casos de invalidez, aposentadoria e apoios culturais nas condições da educação, direitos prestado através do Estado por meio de ações políticas distributivas (BONAVIDES, 2002, p. 518-521).

Esse momento fortemente marcado pela pressão popular contra o Estado, buscando melhores condições de vida ao homem, como ponto principal a intervenção do poder econômico como forma de equilíbrio na distribuição de rendas e oferecimentos de condições dignas de trabalho e sobrevivência, ou seja, a tentativa de tornar os direitos desta geração cada vez mais acessíveis a todos (BONAVIDES, 2002, p. 522).

Os direitos de terceira geração ou comumente conhecido como os direitos de fraternidade ou solidariedade, são os direitos do povo, mais conhecido atualmente como os direitos difusos, direitos que tratam da coletividade, ligando diretamente ao interesse público e o privado voltado para a humanidade. Nesta geração enquadra-se também a proteção ao meio ambiente, bem como a conservação do patrimônio público histórico e cultural da humanidade e etc (BONAVIDES, 2002, p. 522-523).

Ainda nas palavras de Paulo Bonavides (2002, p. 524) define o autor que direitos que não são destinados à proteção dos interesses individuais, sendo de interesse de um grupo determinável. Tendo por como alvo o homem, atribuindo valor supremo a sua existência concreta na sociedade.

Resultado da pós-segunda guerra mundial decorrente de varias catástrofes surge a organização internacional ONU, a favor da dignidade humana. Neste momento volta a atenção para a busca pela proteção da integridade humana com objetivo de tratar de ordenamento jurídico de alcance geral (BONAVIDES, 2002, p. 527).

Ainda diante do cenário de guerra, surge uma visão mais fraternal mundialmente falando de proteção especial ao homem marcada pelas preocupações com o meio ambiente afetado pelas consequências da guerra e o crescimento industrial (Bonavides, 2002, p. 528).

A quarta geração de direitos é a geração do biodireito, e do direito de acesso à informação. Esta geração era marcada pela proteção a existência de vida humana decorrentes dos avanços da medicina, referente aos direitos de patrimônio genético e a proteção das pesquisas biológicas (BONAVIDES, 2002, p. 528-529).

Ainda na quarta geração, de acordo com Paulo Bonavides (2002, p. 530-531) existe parte da doutrina que referenciam o direito à Democracia planetária, levando em considerações os direitos individuais como um todo coletivo.

Pela necessidade de cada vez mais o relacionar-se em sociedade, surge ainda de acordo com alguns doutrinadores a existência de uma denominada quinta geração de direitos que trariam dos direitos relacionados à paz nos momentos de conflitos ao redor do mundo, e também a busca pela segurança entre nações diante dos constantes atentados terroristas, tal geração cogitando a idéia de uma nova geração fazendo em referência o direito a uma convivência harmoniosa entre os homens a fim de se evitar por meio dos conflitos decorrentes das relações sociais, as guerras (BONAVIDES, 2002, p. 523).

As gerações de direitos do homem são consideradas como direitos naturais e puros a humanidade, sendo garantido a qualquer ser humano sem qualquer distinção com merecido reconhecimento em todo o âmbito mundial. São direitos essenciais a vida humana, pois a partir da sua natureza essencial a vida são efetivados no plano do ordenamento jurídico, nacional ou internacional, recebendo a denominação de direitos fundamentais devidos a vida em sociedade.

1.3. Dignidade da pessoa humana como valor constitucional

No tocante a valorização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, no sentido de preservação do homem na sociedade, torna-se uma questão que há muitos anos atrás procurava conceituar com base em argumentos sólidos de condutas dentro da sociedade. Porém, não foram encontrados conceitos que pudessem formar e afirmar como exatidão qual seria a semelhança do valor constitucional à dignidade humana.

Existem doutrinadores que dizem que dignidade seria como os conjuntos internos da estrutura da matéria humana, compreendendo como: o corpo, a alma, a inteligência e os atos voluntários do ser racional (MORAES, 2004, p.55).

Para Kant (1994, p. 27-28), o conceito de pessoa compreende-se semelhante a um objeto, atribuindo com valor absoluto e imutável de classificação. Ainda acredita no ser humano como pessoa a ponto de buscar encontrar no outro sujeito semelhanças de características na sociedade.

Enfatiza Cleber Francisco Alves (2001, p. 1-9) que Kant dá tratamento especial a dignidade da pessoa humana, classificando a sua imensidão da personalidade humana como sendo individual e de dimensão voluntária e social. Desta forma: “[...] diríamos que o caráter humano na valorização da dignidade da pessoa humana é próprio e deve ser evidenciado como ponto mais alto no ordenamento jurídico no âmbito dos interesses dos Estados, no âmbito supranacional.”

Nas lições de Immanuel Kant seu foco central de estudos era o homem, a sua liberdade e o indivíduo social. Ele considerava a condição de existência do pensamento e da ação do homem em sociedade que esta condição estabeleceria que a liberdade do homem como finalidade principal dentre as demais condições existentes para efetivar a sua liberdade, contidas atualmente nos direitos fundamentais e no próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como condições impostas pelo Estado. (KANT, 1994, p. 132)

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Immanuel Kant (1994, p. 134 -141) a dignidade da pessoa humana seria como alicerce de preceito do ser humana. A denominada teoria da autonomia humana de vontade é capaz de dizer e confirmar as regras legais e as qualidades encontradas apenas em criaturas racionais. Assim, todo ser racional existe com uma finalidade e não por meio de uma imposição de vontades do Estado.

Diante disso as suas ações fundadas, como as que se dirigem a outros seres racionais deve ser considerado como uma finalidade. Somente a partir deste pensamento é que podemos considerar o ser humano como pessoa, e conseqüentemente inserido em nossa sociedade sendo capaz de exercer direitos (SARLET, 2001, p. 32-33).

O homem deve ser compreendido como um fim em si mesmo conforme dito anteriormente, aonde lhe será atribuído valor absoluto a sua personalidade, a dignidade humana como seu valor constitucional.

Ainda, que existem três concepções da dignidade da pessoa humana. A primeira é do individualismo, como sendo o homem que trata de seus próprios interesses e depois do

homem que protege e realiza os interesses da coletividade, a fim de realizar o bem coletivo para guardar os seus interesses como sendo individuais na sociedade, sem existência de harmonia entre os bens individuais ou coletivos. Sendo a segunda que não se fala de divisões de interesse do indivíduo ou do todo. Visa somente à solução dos conflitos de valores sociais de cada indivíduo e também ao todo. Considerando assim o homem um ser social, dentro do âmbito da sociedade (REALE, 1996, p. 277).

Após a Segunda Guerra Mundial o sentimento que prevalecia era cada vez mais de importância quanto à condição de dignidade da pessoa humana e seu valor diante das consequências geradas por tal acontecimento histórico (REALE, 1996, p. 278).

A dignidade humana, como direitos e garantias fundamentais previstas na constitucionalmente, assemelha-se aos demais princípios e normas constitucionais, bem como, normas infraconstitucionais.

Um pouco mais a frente na Constituição brasileira de 1988, na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana na sociedade, o homem passa a considerar o Estado ente destinado a atender as necessidades das pessoas, e não as mesmas considerarem a sua vontade. Diante disso, toda ação do Estado deve ter sua finalidade para cada pessoa, com objetivos não individualizados e sim coletivos. Cabendo ao estado atribuir os valores sociais individuais e coletivos, a cada cidadão.

Diante disso, não é possível desvalorizar tal princípio constitucional diante de demais interpretações às fontes de aplicações das normas jurídica, por ser considerada conforme dito anteriormente uma norma um “super princípio”, ordenamento este que se apresente superior aos demais previsto na constituição.

No passado a Constituição de 1824 apresentou força ativa no tocante à consagração aos direitos fundamentais, como: a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Observa-se que tais princípios estabeleciam que nenhum outro ordenamento jurídico deveria se imposto sem finalidade de proteção pelo Estado, e que se o fizesse sofreriam a punição de forma equiparada, incluindo a exclusão dos privilégios constitucionais (ALVES, 2001, p. 125-126).

Ainda neste momento, não existia a proteção à dignidade da pessoa humana, sendo finalmente demonstrada pela primeira nas primeiras cartas constitucionais brasileiras, de acordo com o artigo 115º de 1934 que expressava: ”a todos existência digna”. Neste momento passou-se a abordar, mesmo que indiretamente no texto constitucional e até em suas interpretações, a dignidade da pessoa humana como valor constitucional.

1.4. Constituição Federal de 1988 e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana

Na Constituição de 1988, era possível perceber uma maior preocupação de importâncias à dignidade humana, levando em consideração todo histórico de estudo e conceituações ao longo dos anos, até chegar ao presente momento de tratamento especial, como é dado ao princípio constitucional.

No momento em que foi notada a necessidade de dar importância ao homem e às suas condições de vida diante da sociedade, o Brasil passava por um contexto político-social pós-ditadura e de abertura política, aliados ao profundo sentimento da necessidade de solidariedade e proteção entre os homens. Partindo então da necessidade de proteção mais ampla em razão da forma de vida levada pelo homem diante do cenário vivido à época.

Assim, surge um novo momento na história dos direitos e garantias individuais, marcado pela luta de anos de estudo e considerando a busca pela efetivação na sociedade dos preceitos constitucionais previsto a épocas, objetivando a liberdade do homem na sociedade atrelada a sua proteção consagrada no texto constitucional.

Conforme vista nas linhas iniciais da evolução histórica deste trabalho, mais precisamente no primeiro item deste capítulo, é possível verificar que a Constituição de 1988 é mais justa que o Brasil já teve em sua história de direitos fundamentais, levando em considerações que as gerações de direito do homem acabaram tornando-se princípios fundamentais na sociedade conforme verificado atualmente.

Analisando a estrutura da Constituição de 1988 se baseando nos ensinamentos de Ana Paula de Barcellos, considera a dignidade da pessoa humana como um controle constitucional subdivididos em níveis estando equiparadas neste escala as normas jurídicas, os princípios as regras de conduta social (MEDEIROS, 2008, p. 28-32).

Aplicando a subdivisão da autora na estrutura e observando a Constituição Federal em seu texto normativo, no preâmbulo a referencia o Estado Democrático de Direito como ente dotado de capacidade de garantir o exercício do direito (MEDEIROS, 2008, p. 29-30).

Logo em seguida no artigo 1º, nos incisos I e II e no artigo 170 “caput”, encontra-se o dever do Estado de garantir à todos existência digna, especialmente ao prever que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

E ainda dispõe o artigo 226, §7º, o enfoque à família, como meio de garantir dignidade ao homem.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:
§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Conforme a estrutura do texto constitucional, o artigo 3º inciso III e o artigo 23 inciso X, se apresentado como objetivos fundamentais expressos pela Constituição Federal, sendo responsável pela garantia de uma vida digna ao homem.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
III - “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
X - “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

A Carta Magna expressa no artigo 6º condições mínimas que cada indivíduo precisa para ter uma vida digna, observados todas as garantias constitucionais.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Conforme verificado todos os direitos assegurados pela Constituição Federal ao longo deste capítulo, verifica-se que possui íntima ligação com a dignidade da pessoa humana.

Diferente da norma jurídica, na prática o Estado como ente investido de competência para garantir as condições de vidas adequadas às pessoas, não tem conseguido garantir a condição mínima apresentada constitucionalmente, tornando inefetiva à aplicabilidade da norma jurídica no momento do exercício do direito.

Essa afirmação é levada em consideração na situação da saúde no atual contexto político dos pais, que mesmo previsto na Constituição Federal, no artigo 6º encontrados nos

direito sociais, apresenta-se de forma desrespeitosas aos cidadãos, não prestando o devido atendimento às necessidades individuais e coletivas quando necessárias.

Diante do amparo oferecido pela carta maior, nota-se que quanto maior for à proteção e a busca pela efetivação da norma na sociedade maior se torna o desafio de conseguir aplica a pratica, não somente por parte do Estado democrático como também por meio dos homens que convivem e podem vir a violar a dignidade do outro, no âmbito da sociedade.

Tornando assim, um desafio aos aplicadores do direito o papel de promover a inclusão da normal constitucional nos contextos das relações sociais diárias, buscando a efetivação na sociedade do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio constitucional e não como princípio geral conforme se observa em respeito aos cidadãos.

CAPÍTULO 2 - SEGURIDADE SOCIAL: SAÚDE, PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

2.1. Evoluções históricas

2.1.1. Histórico Mundial

As primeiras características surgiram na família romana por meio do “*pater familias*” com a contribuição dos membros para a ajuda dos necessitados. O exército romano guardava duas partes de cada sete do salário de soldado, posteriormente com a sua aposentadoria este recebia as economias juntamente com um pedaço de terra (MARTINS, 2011, p.3).

No Império Inca, também havia características por meio do cultivo de terras, trabalho comum, com o objetivo de atender as necessidades alimentares dos anciãos, doentes, inválidos, que não possuíam capacidade de promover o próprio sustento (Martins, 2011, p.4).

Em 1601, a Inglaterra apresenta o seu primeiro relato histórico a partir das medidas protetivas editadas através do “*Poor Relief Act*” (Lei dos Pobres), que implantou os auxílios e socorros públicos aos necessitados, objetivando na contribuição obrigatória para fins sociais, onde o indigente tinha direito de ser auxiliado pela paróquia (KERTZMAN, 2009, p. 37).

Sob a ótica previdenciária, o primeiro ordenamento legal foi editado pela Alemanha, por Otto Von Bismarck, meados de 1883 com a instituição do seguro doença. Nos anos seguintes no mesmo país, foi editada a cobertura compulsória para os acidentes de trabalho (1883), e o seguro invalidez e velhice mais tarde em 1889. A Inglaterra publicou o “*Wormen's Compensation Act*”, onde estabelecia o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho. O reconhecimento das primeiras leis previdenciárias surgiu na Alemanha, anterior a este a Constituição do México em 1917 foi a primeira a tratar a matéria, mais tarde estabelecida pela Constituição Alemã de Weimar, em 1919 (KERTZMAN, 2009, p. 37).

E outras, tais como Estados Unidos em 1929 onde adotaram o “*New Deal*” inspirado pelo *Welfare State* (Estado de bem-estar social), que estabelecia a intervenção estatal na economia, com a responsabilidade de organizar os setores sociais, frisando o investimento na saúde pública, assistência social e previdência social. O país criou posteriormente em 1935, o “*Social Security Act*”, implantando a previdência social como forma de proteção social (MARTINS, 2011, p. 10-11).

A chave da presente evolução é o Plano Beveridge. Marcado por uma estrutura moderna, com a participação universal de todas as categorias de trabalhadores e cobranças

compulsórias de contribuições, a fim de financiar a tríplice da seguridade social: **Saúde, Previdência e Assistência Social.**

2.1.2. Histórico brasileiro

No Brasil, inicia-se a o seguro social através da Santa Casa de misericórdia, como a de Santos em 1534, com o plano de pensão aos empregados que prestava serviços de assistência social. Neste período não existia a intervenção do estado sendo sua organização de caráter privado, aos poucos através de políticas intervencionistas é que o estado apropria-se do sistema (MARTINEZ, 2010, p. 310-311).

Na história da evolução da Constituição encontra os primeiro marco histórico em 1824, manifestada no art. 179, inciso XXXI que tratava da constituição dos socorros. Posterior a isto, no caráter mutualista, foi criado o Montepio Geral dos Servidores do Estado – Mongeral, sendo a primeira entidade de previdência social privada a funcionar no país (KERTZMAN, 2009, p. 37).

A Constituição de 1891 foi a primeira a utilizar a palavra “aposentadoria”, determinando que a “aposentadoria só poderia ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação” (art. 75). Este regra era válida somente a servidores públicos, no caso de invalidez permanente, tratando não como uma espécie de benefício, mas de compensação. A Lei nº 3.724/1919 instituiu o seguro obrigatório de acidentes de trabalho com indenização pelo dano sofrido aos empregados. A contribuição não era revertida pelo estado, mas a empresas privadas (KERTZMAN, 2009, p. 38).

A posição doutrinária majoritária considera o marco da previdência social brasileira a publicação da Lei Eloy Chaves, através do Decreto - Legislativo nº 4.682/23, com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões – CAP’s – destinadas aos empregadores ferroviários, através das contribuições dos empregadores, dos trabalhadores e do Estado, resguardando aposentaria e pensão aos dependentes. Aos 10 anos de emprego ferroviário, o segurado tinha o direito a aposentadoria, por invalidez (KERTZMAN, 2009, p. 39).

Através deste decreto na década de 20, com a ampliação do sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensão – CAP’s – também foram considerados como beneficiários professores de escolas mantidas pelas empresas vinculadas a trabalhadores subordinados, empregadores portuários e marítimos. E mais tarde, em 30/06/1928 passou a abranger também os empregadores de empresas de telégrafos e radiotelegráficos. A estrutura

organizacional das CAP's era separada por empresas, aonde cada uma possuía a sua (MARTINEZ, 2010, p. 310-311).

Na década de 30, no início da Era Vargas (1930-1945), por intermédio da criação do Ministério do Trabalho, Indústria e comércio edita-se a Lei nº 367 de 31.12.1936 que cria o Instituto de Aposentaria e Pensões - IAP's, onde eram organizados por categoria profissional, dando forma ao atual sistema previdenciário, visto que este instituto já apresentava um número maior de segurados superior às caixas de aposentadorias (MARTINS, 2011, p. 9-12).

A partir da fusão do sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensão – CAP's, ocorreu a expansão em diversas categorias profissionais surgindo os institutos próprios para cada classe, tais como: IAPM – Instituto de Aposentadoria e Pensão Marítimas, em 1933, destinada à associação de empregados de empresas de navegações marítimas e fluviais, abrangendo também a situação dos armadores de pesca e dos pescadores individuais, ou com profissões conexas à indústria da pesca (KERTZMAN, 2009, p. 39-42);

Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciantes - IAPC, em 1934, sendo editadas através do Decreto - Legislativo nº 2.122 de 9.04.1940 aonde englobava a classe de comerciante (KERTZMAN, 2009, p. 40);

Instituto da Aposentadoria e Pensão dos Bancários - IAPB , em 1934, criados aos empregados de banco ou de casas bancárias, sendo reservada apenas para trabalhadores subordinados (KERTZMAN, 2009, p. 40);

Instituto da Aposentadoria e Pensão dos Industriários - IAPI, em 1936, financiado através das contribuições obrigatórias dos empregados e da faculdade de inscrição dos empregadores da Indústria, dando lhes direito a invalidez, auxílio-doença, e pensão. Podendo existir contribuições complementares (KERTZMAN, 2009, p. 41);

Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Empregados em Transporte de Carga - IAPTEC, em 1938, destinada aos segurados das CAP's os trabalhadores avulsos de cargas, arrumações e serviços conexos, os motoristas de praça, carroceiros, carreteiros, cocheiros e carregadores de carrinho de mão, sendo classificados de acordo com o Decreto - Lei nº 651/26.8.1938. Incluídos também, os trabalhadores avulsos de cargas e descargas; os estivadores; os conferentes, conservadores e os separadores de cargas; e os condutores profissionais de veículos terrestres (MARTINEZ, 2010, p. 313-314).

No mesmo ano, através do Decreto nº 288 de 23.02.1938, criaram-se o Instituto e Previdência e Assistência dos Servidores do Estado - IAPASE, unificado ao Instituto da Previdência dos Funcionários Públicos da União, existente desde 1926, tinha o objetivo

realizar assistência aos servidores do Estado, por intermédio de operações em favor dos contribuintes. Na Constituição de 1934, foi a primeira a estabelecer a tríplice forma de custeio, através das contribuições do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores (KERTZMAN, 2009, p. 42).

A primeira constituição a tratar da assistência social foi em 1942, através do Decreto-Lei nº 4.890/42 chamada de Legião Brasileira de Assistência Social – LBA. A partir daí, com o advento do Decreto-Lei nº 7.526/78, criou-se um tipo de instituição da previdência social, o Instituto de Serviços Sociais do Brasil - ISSB, com o objetivo de garantir a cobertura a todos os empregados ativos há 14 anos tendo um único plano de contribuição e benefício. O governo Dutra, não oferece os elementos necessários para manter, caindo em desuso a aplicação deste decreto na prática (KERTZMAN, 2009, p 40-43).

Reconhecida como a primeira tentativa de sistematizar as normas de proteção social, finalmente na Constituição de 1946 utiliza-se a expressão “previdência social” encaixada no mesmo contexto da matéria constitucional que versava sobre os direitos do trabalho, estando destinadas à proteção as doenças, invalidez (MARTINS, 2011, p.11).

O Ministério do Trabalho e da Previdência Social foi criado em 1960, sendo no mesmo ano aprovada a Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS – com o objetivo da unificação dos vários critérios estabelecidos nas diversas IAP’s existentes, utilizando sua estrutura. Neste momento da previdência, os trabalhadores rurais e domésticos ainda continuavam excluídos da previdenciária social. Após este período, somente em 1967 foram unificadas as IAP’s através da criação do INPS – Instituto Nacional da Previdência Social (através do Decreto - Lei nº 72/66) e também para a cria-se o auxílio-doença (MARTINS, 2011, p. 14-16).

Aos trabalhadores rurais, somente na Constituição de 1971 através do FUNRURAL pela Lei Complementar 11/71 é que passam a gozar dos direitos previdenciários. Sendo incluídos os empregados domésticos ao sistema somente através da Lei nº 5.859/72.

Instituído em 1977, o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, responsável pela integração da assistência social, previdência social das entidades ligadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social, contando com a estruturação dos órgãos:

Instituto Nacional da Previdência Social- INPS, responsável pela administração dos benefícios (MARTINS, 2011, p.15);

Instituto da Administração Financeira da Previdência Social – IAPAS, responsável pelas arrecadações, fiscalização e cobranças dos contribuintes e seus demais recursos (KERTZMAN, 2009, p. 43-45);

Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social - INAMPS, responsável pela saúde (MARTINS, 2011, p.15);

Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, fundação responsável pela promoção de políticas sociais ao menor (Martins, 2011, p.15-16);

Central de Medicamentos – CEME, responsável pela distribuição de medicamentos (MARTINS, 2011, p.16-17);

Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV, empresa pública responsável pelo gerenciamento do sistema de informação da previdência (MARTINS, 2011, p.16);

Através da Lei nº 11.457/07, com a criação da Receita Federal do Brasil, a empresa pública DATAPREV – passa a prestar serviços de tecnologia à informação ao Ministério da Fazenda. Com exceção desta, todas as entidades criadas pelo SINPAS foram extintas. (MARTINS, 2011, p.15)

Após longos períodos na finalmente na Constituição de 1988 inclui as três atividades da seguridade social em norma constitucional com proteção à saúde, previdência social e assistência social. Através desta imposição na norma constitucional, por volta de 1990 a Lei nº 8.029/90 criou o INSS – Instituto Nacional de Seguros Social, atrelado ao Instituto Nacional da Previdência Social - INSP, sendo responsáveis pela administração financeira da Previdência Social (KERTZMAN, 2009, P. 43-45).

Últimos relatos históricos previdenciários após a criação da constituição, por meio da criação da Secretaria Federal do Brasil contando com a junção das secretarias da Receita Federal com a Previdência, originando a atuação do Auditor-Fiscal da Receita Federal no Brasil.

2.1.3. Definição de Seguridade Social

Prevista na Constituição Federal, o estudo da definição de Seguridade Social a expressão “Seguridade” vem do latim *securitate(m)*, decorrente de *securitas* utilizada anteriormente por constituições passadas. Denota a ideia de “segurança social” através de uma proteção maior, referindo-se a segurança pessoal na busca pela amparo do direito que se

precisa, devido a um fato determinativo por evento infortúnio contrário às próprias razões humanas (MARTINS, 2011, p. 20-22).

Reforça ainda esta denominação, Sergio Pinto Martins (2011, p. 47): [...] “a ideia essencial de Seguridade Social é dar aos indivíduos e a suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte etc.), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, proporcionando meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas. E ainda ressalta: [...] “Logo, Seguridade Social deve garantir os meios de subsistência básica do indivíduo, não só mais principalmente para o futuro, inclusive para o presente, independente de contribuições para tanto.”

O conceito de Seguridade Social é amplo, sendo a integração do conjunto de princípios, regras e de instituições com o objetivo unicamente de estabelecer a proteção social aos indivíduos contra possíveis eventos que impeçam de prover as suas próprias necessidades pessoais básicas e de seus dependentes, por meio de ações de iniciativa do Poder Público para a sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

Definida pelo disposto legal artigo 194 da Constituição Federal:

“A Seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da Sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e à assistência social.”

Não somente regularizada constitucionalmente e através de princípios próprios, a Seguridade Social também é coordenada através de regras que versam sobre sua matéria de proteção ao indivíduo, sejam através de leis, decretos, regulamentos legislativos, portaria, instruções normativas, súmulas, etc. A maior parte destas regras estão contidas na Lei nº 8.212/91 e 8.213/91. Sua estrutura organizacional está centralizada no controle do Estado, que garante o custeio do sistema e concede os benefícios aos segurados e dependentes através das determinações do INSS, autarquia subordinada ao Ministério da Previdência Social. No Ministério da Previdência Social, há também instituições que atuam nas atividades previdenciárias, como o Conselho Nacional de Previdência Social, Ministério da Saúde responsável pelas políticas de saúde no país (KERTZMAN, 2009, 51-53).

Conforme visto a cima na definição, a doutrina utiliza na conceituação da Seguridade Social com a expressão “evento” utilizado no artigo 201, inciso I da Constituição Federal – que trata da organização da previdência social – a relação às coberturas dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada. Utiliza-se o termo “evento” de forma

específica, como determinação de ocorrência por um fato acontecido contrário à vontade humano.

O inciso citado supra, visa a promoção do amparo aos segurados nas hipóteses em que não houver condições de promover suas necessidades e de seus dependentes, através de seus próprios meios, por exemplo: contribuição através de atividades laborais. Cabendo ser semelhantes aos sistemas de contribuições de outros países, onde o direito é garantido ao benefício ou serviços, sem necessariamente ter contribuído ao sistema, porém não é que se observa na Constituição Federal que mesmo sendo de características sociais, destina a todos e não individual, sendo voltado para o indivíduo através da condição de trabalhador.

2.1.4. Divisão da Seguridade Social

O estudo da previdência social será resumidamente no tocante aos sistemas públicos de coberturas decorrentes de doenças, invalidez, velhice, desemprego morte e proteção a maternidade, mediante contribuições revertidas, assim como também a concessão de aposentadorias, pensões, etc. (MARTINS, 2011, p. 23).

Diferente da previdência social, o estudo da assistência social tem como objetivo o atendimento aos hipossuficientes, restringidos a pequenas benefícios à pessoas que nunca contribuíram para o sistema (MARTINS, 2011, p. 23-24).

O sistema de saúde previdenciário será tratado com o oferecimento de política social econômica, com a finalidade de extinguir riscos de doenças, através de ações e serviços para a proteção do indivíduo, através de políticas públicas estatais (MARTINS, 2011, p.24).

A presente divisão adotada representa as áreas da seguridade social, e é na verdade o gênero do qual são espécies a **Previdência Social, Assistência Social e a Saúde.**

2.2. Assistência Social

2.2.1. Evolução histórica – Assistência Social no Brasil

Sem legislação própria a assistência social era tratada pela Seguridade Social e como um ramo de divisão desta. Os primeiros indícios de Assistência Social foi através do Amparo Previdenciário regulada pela Lei nº 6.179 de 1974, comumente conhecida como Renda Mensal Vitalícia - RMV, que tratava superficialmente ao amparo previdenciário por invalidez

ao trabalhador rural, aos maiores de 65 anos de idade e para inválidos, e demais garantias previdenciárias (MARTINS, 2011, p. 483-484);

Mais tarde, editada a Lei nº 6439/77 denominada Legião Brasileira de Assistência – LBA, com finalidade de tratar somente das prestações a Assistência Social às pessoas carentes mediante programas de desenvolvimento social de atendimento aos carentes. Criou-se o Sistema Nacional da Previdência e Assistência Social - NAPAS (MARTINS, 2011, p. 483).

O marco histórico da Assistência Social no Brasil ao tratar dos Benefícios de Prestação Continuada - BPC, foi através Constituição Federal nos artigos 203 e 204, que regulava sobre as garantias aos portadores de deficiência e ao idoso, o direito a perceber o benefício de 1 (um) salário-mínimo vigente, como forma de garantidora de vida digna. E assegurando também a proteção ao hipossuficientes, à entidade familiar, maternidade, a criança e o adolescente (KERTZMAN, 2009, p 429-432).

Ao instituir a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, Lei nº 8742/93, previu-se a criação de lei específica que cuidasse exclusivamente dos beneficiários que gozassem desta garantia constitucional, vislumbrando suas atuais condições sociais, e objetivando uma melhorar a condição de vida resguardada pela lei maior, para que fosse aplicado o verdadeiro exercício de direito, por outro lado atendendo aos requisitos da lei e garantindo uma condição digna de vida ao cidadão.

2.2.2. Conceito de Assistência Social

A assistência social é espécie da seguridade social destinada a pessoas necessitadas ou economicamente desfavorecidas, através de benefício independente da cobrança de contribuições à Previdência Social.

Segundo Sergio Pinto Martins (2011, p. 484), a assistência social é definida como:

“Assistência social é, portanto, um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinados a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independente de contribuição por parte do próprio interessado.”

A Lei Orgânica de Assistência Social conceitua em seu artigo 1º da Lei nº 8742/93, a definição da Assistência Social:

“Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”

São elencados na mesma lei no artigo 2º, os principais objetivos que a assistência social que busca garantir aos necessitados.

Art. 2º A assistência social tem por objetivo:

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

- a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;
- c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e
- e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício 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;

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Parágrafo único. “Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.

A Carta Magna versa sobre a ordem da Assistência Social garantindo o benefício assistencial de prestação continuada, artigos 203 da Constituição Federal, devida às pessoas sem condições de prover seu próprio sustento de maneira provisória ou permanente, que independente da condição de contribuição à Seguridade Social, garanta à proteção a família, maternidade, infância, adolescência e a velhice.

Conceituada também pela Lei Orgânica de Assistência Social no artigo 1º da Lei nº 8742/93:

“A assistência social e sua política assistencial estão ligadas diretamente ao princípio da solidariedade, este impõe a obrigação social que todos contribuam para a manutenção da seguridade social, independente desta contribuição gerar algum benefício.”

Consoante aos princípios basilares da Assistência Social regulado pelo artigo 4º da Lei nº 8.742/93, é garantidora das seguintes condições:

“I – supremacia de atendimento às pessoas necessitadas sociais sobre a exigência de rentabilidade econômica;
II – universalidade 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 benefício e serviços de qualidade, bem como a convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
IV – igualdade de direitos ao 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;”

Na Assistência Social o Benefício da Prestação Continuada - BPC é somente uma das assistências sociais prestadas. Tal instituto consiste na efetivação no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que garante a condição mínima favorável de vida para a sobrevivência em sociedade, de forma justa e igualitária.

Denominada Benefício de Prestação Continuada - BPC, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, instituída pela lei nº 8.742/93, é garantidora em caráter de exclusividade ao benefício assistencial para idosos e aos deficientes, sem anteriormente terem vertido contribuições previdenciárias, encontrados na condição de miserabilidade.

O texto constitucional dispõe sobre a garantia de um salário mínimo de benefícios mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que comprovarem não possui recursos financeiros de prover o próprio sustento, ou de tê-la provida por sua família.

2.2.3. Custeio da Seguridade Social

O benefício de prestação continuada é gerenciado pelo Ministério do Desenvolvimento Social – MDS e Combate à Fome, apoiada pela Secretaria Nacional da Assistência Social, que é responsável pela manutenção do benefício. Cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a execução do procedimento, sendo financiada por recursos do Fundo Nacional da Assistência Social - FNAS.

De acordo com os artigos 195, 204 da Constituição Federal que prevêem que a Seguridade Social é financiada:

Art. 195: A seguridade é financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

(...)

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes.

A Seguridade Social é financiada por meio de custeio. Não se trata exclusivamente de financiamento, conforme se verifica nas instituições bancárias aonde você empresa determinado valor de uma instituição e logo em seguida após um prazo você devolver o valor ou o bem com juros e correções monetárias. Neste caso, o custeio acontece por meio das contribuições sociais vertidas pelos segurados dos regimes da Previdência Social (MARTINS, 2011, p. 63).

Salienta Sergio Pinto Martins (2011, p. 490-491) que o custeio da assistência social será feita por meio de recursos dos orçamentos da seguridade social, como um encargo de toda a sociedade, de forma direta ou indireta, conforme se verifica no dispositivo constitucional.

Ainda na estrutura do artigo 195, e seus incisos da CF/88 verifica-se quais são as denominadas formas diretas e indiretas de contribuição:

Art. 195:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;”

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o Art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Neste sentido, compreendem-se como forma direta do custeio as contribuições que são cobradas de trabalhadores e de empregadores que são vertidas por meios de contribuições mensais à Previdência Social (MARTINS, 2011 p. 490).

Bem como, as indiretas são feitas por meio de contribuições de recursos orçamentários pertencentes à União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, e das demais

contribuições que compõem o Fundo Nacional da Assistência Social - FNAS. Cabe a União a competência de criar contribuições previdenciárias. (MARTINS, 2011 p. 490).

Assim, os recursos destinados ao custeio da LOAS nos benefícios de prestação continuada, são repassados à Previdência Social que diretamente será executada pelo INSS, como órgão competente para manutenção e concessão dos benefícios pleiteados na esfera judicial.

2.3. Benefício de Prestação Continuada – LOAS

Criada pela Constituição Federal no artigo 203, inciso V, o denominado benefício de prestação continuada – BPC, da LOAS, é intransferível e destinada à pessoas idosas ou portadores deficiências que não possuam recursos financeiros de prover seu próprio sustento e nem tê-la provida por sua família. (MARTINS, 2011, p. 494)

Dispõe o artigo 203, V, da Constituição Federal a proteção do auxílio a “quem dela necessitar”, e garantindo a prestação mensal equivalente a um salário mínimo:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de 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.

O benefício assistencial tem como objetivo a busca pela concretização dos direitos fundamentais contido na Carta Magna, sendo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Tentando por meio de políticas assistenciais a erradicação a pobreza e a redução de desigualdades sociais promovendo justiça entre os homens.

2.3.1. Beneficiários e critérios para a concessão da LOAS

2.3.1.1. Da proteção ao idoso

Para a concessão do benefício ao idoso, o necessário que a pessoa que tenha 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou mais na data do pedido do benefício, de acordo com o artigo 34 do Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741/2003 (MARTINS, 2011, p. 495):

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Alterada em meados de 1996 e 1998, o critério subjetivo da idade para o beneficiário conseguir a concessão do benefício era a partir dos 70 (setenta) anos. Posteriormente em 1998, compreendeu-se 67 (setenta e sete) anos. E mais tarde, finalmente de acordo com o Estatuto do idoso foi alterado em 2003, sendo a idade que vigora de até o presente momento (MARTINS, 2011, p. 495 - 496).

Em relação ao critério objetivo a comprovação da renda, deve ser demonstrada que o idoso não possui meios de prover seu próprio sustento e de outrem do grupo familiar, conforme previstos no artigo 20, § 3º da LOAS:

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.

§ 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.

No critério da renda, o próprio Estatuto do Idoso define que o carente pode pleitear o benefício independente de já emitido a qualquer outra pessoa idosa na família, não sendo computada como renda “*per capita*” para a obtenção do benefício, de acordo com o artigo 34, da Lei nº 10.741/2003:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

Diferente da seguridade social dos demais benefícios previdenciários, a condição de carência não é necessária comprovação. Visto que o benefício assistencial, não é estabelecido na lei, sendo de caráter assistencial com a finalidade oferecer uma condição de vida razoável.

2.3.1.2. Da proteção dos portadores de deficiência

Em relação ao portador de deficiência, de acordo com Ivan Kertzma (2009, p. 40): compreende-se nesta condição a pessoa que se encontre incapacitado para vida independente e para o trabalho, em razão de anomalias ou lesões irreversíveis, de natureza hereditária, congênita ou adquirida. Ainda, a condição do deficiente físico e o mental se encontram enquadrados nos requisitos subjetivados para elegibilidade do recebimento do benefício assistencial, às pessoas idosas.

Conforme artigo 20, parágrafo 2º da Lei 8.742/93:

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.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência 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.

A Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais posiciona-se favorável ao conceito apresentado. Vejamos:

“Súmula 29 Para os efeitos do art. 20, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento”

No critério objetivo do portador de deficiência, encontra-se também a questão da comprovação de renda bruta familiar inferior a ¼ do salário-mínimo. No cômputo da renda “*per capita*”, o calculo se dá pela somente da renda mensal de todos os integrantes dividida pelo número total de membros que fazem parte do grupo familiar, devendo ser inferior a ¼ do salário-mínimo vigente no país (KERTZMAN, 2009, p 42).

Para a concessão do benefício aos portadores de deficiência, deverão ser submetidos à previa avaliação médica, e análises de condições sociais do grau de incapacidade em razão da deficiência, sofrendo manutenções das condições geradoras do benefício à cada dois anos (KERTZMAN, 2009, p 43).

O benefício assistencial, a LOAS, é destinado apenas aos brasileiros natos e estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, que não estejam amparados pelo sistema previdenciário do país de origem. A condição de portador do benefício se estende também aos indígenas.

2.3.2 - Procedimento para obtenção do benefício

No para obtenção do beneficiário de prestação continuada ao se enquadrarem nos requisitos, é necessário que seja efetuada apresentação de requerimento na agência da previdência social, devendo ser oferecida pelo requerente (autor ou representante legal do beneficiário) juntamente com os documentos comprobatórios das condições pré-determinadas para a concessão dos benefícios assistenciais.

CAPÍTULO 3 - LOAS NO ÂMBITO JUDICIAL – ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS

3.1. Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

No entendimento dos tribunais, o parágrafo 3º, do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 – LOAS vêm sendo motivo de diversas discussões nos Tribunais Superiores em razão ao questionamento de sua inconstitucionalidade do referido artigo que prevê os critérios para a concessão do benefício assistencial ao idoso ou portadores de deficientes, cuja renda “*per capita*” seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo vigente no país, desde que demonstrada a incapacidade no sentido de não conseguir prover o próprio sustento e nem de tê-la provida por sua família. Alegando que o critério encontra-se desatualizado a cerca da concessão do benefício assistencial no momento de análise da condição de miserabilidade do beneficiário.

Em relação ao artigo 34 da Lei 10.471/2003 – Estatuto do Idoso, tendo sido questionada também no sentido de que o critério objetivo da renda “*per capita*” no momento do cômputo do benefício já concedido a outro idoso, em situação anteriormente, que conviva no mesmo âmbito familiar não se inclui na renda familiar bruta para fins de cálculo da LOAS:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

A presente reclamação tem como objetivo buscar uma nova análise judicial da atual situação do benefício de prestação continuada no Brasil, criando um novo critério objetivo para a concessão do benefício assistencial, auxiliando os operadores do direito no momento da aplicação da norma jurídica mais favorável ao cidadão brasileiro.

“BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES SOCIO-ECONÔMICAS DO AUTOR. REQUISITO DO ART. 20, DA LEI Nº. 8.742/93. RENDA “PER CAPTA”. MEIOS DE PROVA. SÚMULA 11 DA TNU. LEI Nº 9.533/97. COMPROVAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

(Rcl – 4374/PE, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, DJ 09.04.2013).

Ajuizada a Reclamação Rcl - 4374 pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com o objetivo de suspender o pagamento mensal do benefício dado ao trabalhador rural do estado de Pernambuco.

Concedido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, no sentido da compreensão de que o requisito do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 – LOAS, não é esgotado sendo permitido a possibilidade de comprovação do estado de miserabilidade por meio de outras provas.

A decisão gerou um grande questionamento em razão da reclamação anterior (Rcl-AgR 2.303/RS, Rel. Min Ellen Gracie – DJ de 1º.04.2005) que no entendimento da Suprema Corte por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1232, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27.08.1998, DJ 01-06-2001 EMENT VOL-02033-01 PP-00095), declarava constitucional os critérios objetivos do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 – LOAS, em face da exigibilidade da renda mensal “*per capita*” inferior a ¼ do valor do salário mínimo, não permitindo a conjugação com outros fatores para a comprovação do estado de miserabilidade e colocando exclusiva competência de solução ao caso concreto para o legislador e não o juiz singular (MENDES, 2012 p. 520).

Com base em outros critérios denominados “critérios elásticos” que davam nova roupagem para uma análise sistemática dos critérios, por meio de legislações complementares à interpretação, como: Lei nº 9.533/97 – que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio Financeiro aos programas de garantia de renda mínima associadas com ações socioeducativas; a Lei nº 10.836/2004 – instituída como Bolsa Família; e também a Lei nº 10.689/2003 – que auxilia no Programa Nacional de Acesso à Alimentação; mesmo após inúmeros critérios que auxiliariam na aplicação da análise literal da letra constitucional, o tribunal mantinha o entendimento nas reclamações ajuizadas.

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências dos Juizados Especiais federais editou a Súmula 11 atualmente cancelada, que versava no sentido de que:

SÚMULA 11: “a renda per capita familiar, superior a ¼ (um quarto do salário mínimo), não impede a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 20, parágrafo 3º da Lei n 8.742/93, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”

Com o objetivo de reduzir as reclamações do tribunal, os Ministros passam a negar seguimento às ações ajuizadas pelo INSS, sob alegação nas decisões de que a via processual não seria adequada para analisar os conjuntos fáticos probatórios baseados nas reclamações que atestavam o estado de miserabilidade do indivíduo e conhecer o benefício sem concessão dos requisitos do parágrafo 3, artigo 20 da Lei nº 8.742/93 (MENDES, 2012 p. 521).

No posicionamento do Ministro Marco Aurélio, em seu entendimento, o estado de insuficiência dos critérios definidos pelo § 3º, do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, cumpre-se por meio da procura do cumprimento fiel da Constituição Federal com base no artigo 203, inciso V. (Rcl – 4374/PE, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, DJ 09.04.2013 p.9).

Na condição favorável à declaração de inconstitucionalidade da reclamação, a Ministra Cármen Lúcia diz que: "Ação Direita de inconstitucionalidade ADI nº 1.232 afirmou a este Tribunal Supremo que "inexiste a restrição alegada em face do próprio dispositivo constitucional (artigo 203, inciso V da Constituição Federal) que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salários mínimos à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso." (Rcl – 4374/PE Relator (a): Min. Gilmar Mendes, DJ 09.04.2013 p 10).

Após várias análises finalmente o relator nota que é o Legislativo vem buscando meios alternativos de interpretação hermenêutica na aplicação do dispositivo constitucional, e declarar a inconstitucionalidade por omissão do parágrafo 3, do artigo 20 da Lei nº 8.742 de 1993 em face da aplicação do texto constitucional.

Levando em consideração que em 6 de Julho de 2011, foi promulgada a Lei nº 12.435 que altera diversos dispositivos da Lei nº 8.742 /93. No tocante ao parágrafo 3, artigo 20 da Lei nº 8.742/ 93 não apresentando alterações, e mantendo a redação original do dispositivo (Rcl – 4374/PE, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, DJ 09.04.2013 p 13).

A análise constitucional do voto decidido por Gilmar Mendes divide-se em dois ramos argumentando: Primariamente a omissão inconstitucional parcial em relação ao cumprimento da norma constitucional, artigo 203, V da Constituição Federal. E o processo de inconstitucionalização do parágrafo 3, do artigo 20 da Lei 8.742 /93 (MENDES, 2012 p. 520-522).

Se analisarmos no direito comparado, em outras Cortes Constitucionais já foram encontrados problemas assistenciais semelhantes aos apreciados pelo STF, em face da omissão legisladora para determinar os critérios a serem utilizados.

Na Alemanha, o caso “Reforma do Hartz IV” que antes de sua alteração, regulava a existência de duas espécies de benefícios assistências para a manutenção da sobrevivência das

peças aptas para a vida do trabalho. Era instituído o auxílio-desemprego (*Arbeitslosenhilfe*) e a conhecida comumente como assistência social (*Sozialhilfe*), que favorece auxílio às pessoas que estão inseridas no mercado de trabalho, bem como a seus dependentes, ficando amparados as pessoas desempregadas, por meio do auxílio desemprego II (*Regelleistung*) que oferecia condições mínima necessária de sobrevivência (MENDES, 2012 p. 523).

No benefício assistência social (*Sozialhilfe*), conhecido como benefício-padrão, o legislador alemão baseava-se em faixas etárias economicamente baixas estabelecidas de acordo com a necessidade de cada beneficiário, causando a insuficiência de possibilidade de manutenção das condições mínimas existenciais de vida (Rcl – 4374/PE, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, DJ 09.04.2013 p 13).

Diante disso, apresentou-se a mesma situação que atualmente a Corte Superior vem enfrentando diante da possibilidade de estabelecer uma nova regra para a aplicabilidade da norma constitucional. Assim, a Corte Alemã compreendeu que não cabe ao tribunal o poder de decidir se a técnica adotada pelo legislador seria a mais adequada cabendo a inconstitucional diante da normal, mas não sua nulidade (MENDES, 2012, p. 523-524).

Diante da mesma situação apreciada pela “Reforma do Hartz IV”, na Corte Alemã, no contexto brasileiro ficou declarada a inconstitucionalidade da lei de acordo com atual contexto da situação assistencial dos casos apreciados diariamente pela Suprema Corte, devendo ser estabelecido que a partir de então ficará estabelecida a autonomia da decisão dos Poderes Legislativo e Executivos no sentido de apresentar um novo critério menos rigoroso para a implementação do benefícios previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal. Ficando estabelecido que a Corte Suprema defina em prazo razoável os novos requisitos apresentados em prazo razoável, até o dia 31 de dezembro de 2014, continuando enquanto isso os antigos requisitos do § 3º, artigo 20 da Lei nº 8.742/93.

3.2. Tribunais Regionais Federais

No Tribunal Regional Federal, não é diferente. Diariamente são recebidos inúmeros recursos impetrados pelo INSS em face dos requerentes do benefício de prestação continuada por não se enquadrarem no requisito legal da Lei nº 8.472/93, em seu artigo 20, §3º que institui o limite que a renda familiar possa atingir para ser garantidor do benefício de prestação continuada.

Mesmo demonstrada por meio de perícia sócia econômica das condições financeiras do postulante, o INSS indefere os benefícios no âmbito judicial alegando que o critério adotado pela lei é absoluto em face do cômputo para o preenchimento dos requisitos objetivo.

E não para por aí, o entendimento da Corte Suprema conforme verificado no tópico acima não prevalecer, pois fere diretamente os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, conforme artigo 203 da Constituição Federal.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...);

Entretanto, é possível observar que o requisito objetivo da renda “*per capita*” familiar, não pode ser taxativo como regra absoluta, visto que o artigo acima se refere ao conceito de beneficiários a denominação se sujeito “a quem dela necessitar” de maneira ampla e sem discriminação, não determinando nenhum critério impositivo para obter ajuda assistencial.

Ainda sob a interpretação do preceito constitucional, o dispositivo determina que no momento de análise do benefício assistencial – LOAS, os aplicadores da norma terão de observar o critério da renda, a situação vivida pelo requerente a fim de compreender o grau de miserabilidade vivido. Assim, ao analisar de maneira ampla a situação fática do postulante é necessário não somente a consideração em razão da renda e sim dos demais conjuntos fático-probatórios de cada caso concreto. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AGRAVO LEGAL. RENDA *PER CAPITA* FAMILIAR SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

Em recurso de apelação interposto pelo requerente em face da ação de conhecimento com tutela antecipada, que condena o INSS a conceder o benefício de prestação continuada ao idoso, ficou compreendido no primeiro momento que em face da situação fática apresentada pelo autor requisito da comprovação da renda familiar per capita ser superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que demonstrem a condição de miserabilidade, tais como despesas com medicamentos ou tratamentos médicos, sendo possíveis ser incluído

determinado gasto financeiro em face da despesa computada no momento da comprovação financeira (MARÍLIA, 2011a).

E ainda afirma que as despesas com medicamentos e remédios tornam-se notórias, visto que são de valores altíssimos e que mesmo muitas vezes sendo fornecido pelo Estado, não supera a demanda em face da procura desses medicamentos tornando insuficientes para suprir a carência de maneira geral da população. Sendo possível tal situação ser analisada de acordo com a necessidade da família (MARÍLIA, 2011a).

Ainda neste momento a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que mesmo depois de declarada a constitucionalidade do artigo 20, § 3º da Lei 8.472/93 em razão do limite restritivo do requisito econômico do beneficiário em face da ADI. 1.232/DF (Rel. Min. NELSON JOBIM, DJU 1.06.2001). Levando em consideração o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana diante das condições básicas de condições de vida digna, o dispositivo legal não deve ser interpretado absolutamente, devendo amparar o cidadão economicamente desfavorecido (MARÍLIA, 2011a).

Não cabendo à limitação do valor da renda “per capita” familiar como única forma de comprovar que não possui condições financeiras de prover seu próprio sustento ou tê-la provido por sua família, e ainda, inexistindo um rol legal taxativo de provas à serem demonstradas o critério imposto para a obtenção do benefício, sendo $\frac{1}{4}$ do salário mínimo padrão estimativo de teto limite mínimo aproximado para ser considerada a miserabilidade do requerente, bem como os componentes do seio familiar.

Assim, continua não apresentando opção para os juízes de instâncias inferiores para que seja facultativo o exame de caso concreto, com o propósito da aplicação dos demais direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

No contexto legislativo no decorrer das alterações sofridas dos benefícios assistenciais, a Lei nº. 9.533/97 alterou o critério de “pobreza” demonstrando como prova de inconsistência pelo requisito de $\frac{1}{4}$ para o cômputo de renda familiar, visto que em legislações anteriores o critério era de $\frac{1}{2}$ di salário mínimo. O dispositivo foi alterado com a finalidade de programas de rendas mínimas (PERNAMBUCO, 2007c).

Conforme o exposto é totalmente compreensível que exista grande número de beneficiários que estão aptos com os requisitos exigidos pela lei no momento de pleitear o beneficiado de prestação continuada.

Mesmo diante dos inúmeros recursos interpostos pelo INSS, seja no sentido de suspender a prestação mensal já concedida no âmbito judicial ou até mesmo em face aos

argumentos quanto ao critério da renda “per capita” superior ao estipulado pela lei, impede que cidadãos recebam o benefício assistencial, gerando a efetivação do principal objetivo pelo qual foi criado pela República Federativa do Brasil: erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Ainda neste sentimento de efetivação dos objetivos fundamentais, partindo para outras interpretações no sentido de englobar todos os beneficiários que pleiteiam o auxílio e deixando de lado por um momento de análise os critérios objetivos impostos pela lei de LOAS no Tribunal Regional Federal de Ceará surgiram um caso recentemente no ordenamento jurídico brasileiro do imigrante Mama Selo Djalo, nascido Guiné Bissau na África ocidental, estava em estado irregular nos pais com seus documentos de permanência, sobrevivendo há 10 (dez) anos sem registro brasileiro algum.

O imigrante contraiu uma doença renal crônica terminal, que sem tratamento de saúde não sobreviveria por muito tempo. Sem condições de promover o próprio sustento, o imigrante que antes do evento fortuito da doença trabalhava mesmo que em condições de irregularidade vendendo bebidas nas noites “boêmias” de Fortaleza, e fazia bicos e com isso conseguia promover basicamente o sustento básico sem auxílio de outrem.

Com o advento da doença, Mama Djalo foi obrigado a pedir auxílio assistencial ao Estado pleiteando o benefício de prestação continuada – LOAS, com a finalidade de promover seu sustento a partir do momento da doença que o imigrante tornou-se debilitado para a vida laboral. O INSS recorreu da decisão de que concedia o benefício ao imigrante sob a alegação de não possuir o “status” de nacional, e não fazendo jus ao beneficiado assistencial.

Sob o argumento do Juiz Federal George Marmelstein da Quarta Turma Recursal de Fortaleza/CE, compreende-se que o imigrante por encontrar-se no Brasil goza de direitos previstos na Constituição Federal, garantindo que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O próprio texto constitucional garante por meio dos direitos sociais o direito a saúde e a assistência dos desamparados. Assim, se a própria Carta Maior garante tal proteção aos residentes no Brasil, deveria qualquer órgão, instituição jurídica, pessoas e etc. O dever de fazer cumprir a letra suprema, e não permitir a discriminação conforme expresso nos direitos

e garantias fundamentais do artigo 5º, “caput”, CF:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”

Diante disso, é compreende-se que os direitos e garantias fundamentais se estendem a todos os residentes no país e não somente aos brasileiros nato e naturalizados, reforçando de que não é possível a discriminação de nenhum estrangeiro que esteja no território brasileiro, seja no contexto de turista que se encontra por tempo determinado no país ou com objetivo de fixar moradia.

Ante os argumentos do juiz Dr. Vidal, que afirma que a permanência do imigrante no país, mesmo que em condições de ilegalidade, devido aos motivos da doença contraída pelo requerente somente geraria ônus ao estado, em razão do dispêndio financeiro que o Estado destinaria para o tratamento do doente, bem como a concessão do auxílio assistencial para suprir suas necessidades (FORTALEZA, 2009b).

Não é possível em face do argumento apresentado pelo magistrado, fechar os olhos diante da situação tão delicada que o postulante vem sofrendo, visto que preceitua a Carta Magna nos direitos fundamentais em seu artigo 3º, IV, que é dever do estado promover o bem comum e ainda amparar a todos sem destinação.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Conforme apresentado nos capítulos anteriores, a respeito da restrição que a LOAS faz quanto aos sujeitos que podem pleitear o benefício de prestação continuada não existe limitação alguma quanto a nacionalidade dos futuros beneficiários, os únicos requisitos apresentados pela Lei nº 8.472/93, artigo 20, § 3º é garante um salário mínimo como renda mensal, aos portadores de deficiência e aos idosos de 65 (anos) ou mais, que não possuem meios de promover o próprio sustento ou tê-la suprido por outrem.

Argumenta no contexto do voto, que é cabível a proteção do Estado no sentido de garantir condições mínimas para a sobrevivência de um indivíduo que se encontre em situações de vulnerabilidade física e econômica, sendo justamente o principal objetivo do beneficiado de LOAS, conforme garantido a normal constitucional no artigo 203. (Fortaleza, 2009, p. 7)

Diante disso, é notório que a LOAS poderia se estender ao estrangeiro sob as mesmas condições em que os beneficiários brasileiros pleiteiam o benefício (Martins, 2011, p. 496).

Demonstra o artigo 12 da Constituição Federal, que para o imigrante é considerado Brasileiro sob as leis locais:

Art. 12 ° São brasileiros:

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

Além do mais, Mama Djalo é considerado Brasileiro para os efeitos legais, já que reside no país há 10 anos, ininterruptos e já se encontra inserido na sociedade, seja no sentido de verter contribuições sob ao Governo e contribuindo com os impostos como se fosse um cidadão natural (FORTALEZA, 2009b).

Diante deste fato, é necessário o dever do Estado no sentido de proteger o cidadão que se encontra em seu território, mesmo em condições de ilegalidade com a legislação local. Conforme o artigo 4, V da Constituição Federal é dever da República Federativa do Brasil, visto que rege-se nas suas relações internacionais a proteção pelo princípio de igualdade entre os Estados.

Assim, devem ser levados em consideração os preceitos do artigo 1º da Lei nº 8.472/93:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Cabe neste sentido não somente ao Estado como aplicador das normas jurídico, bem como aos cidadãos de toda a sociedade ajudar uns aos outros em espírito de fraternidade, não pelo sentimento de obrigação impositiva e sim, com a finalidade de promover o bem comum e ajudar a todos sem distinção.

Neste momento, é lançado o desafio aos aplicadores da norma constitucional no sentido de efetivar os preceitos constitucionais como garantias a e todos, e não se apegando a restrições impostas pelas interpretações de leis ou argumentos jurídicas, conforme verificado

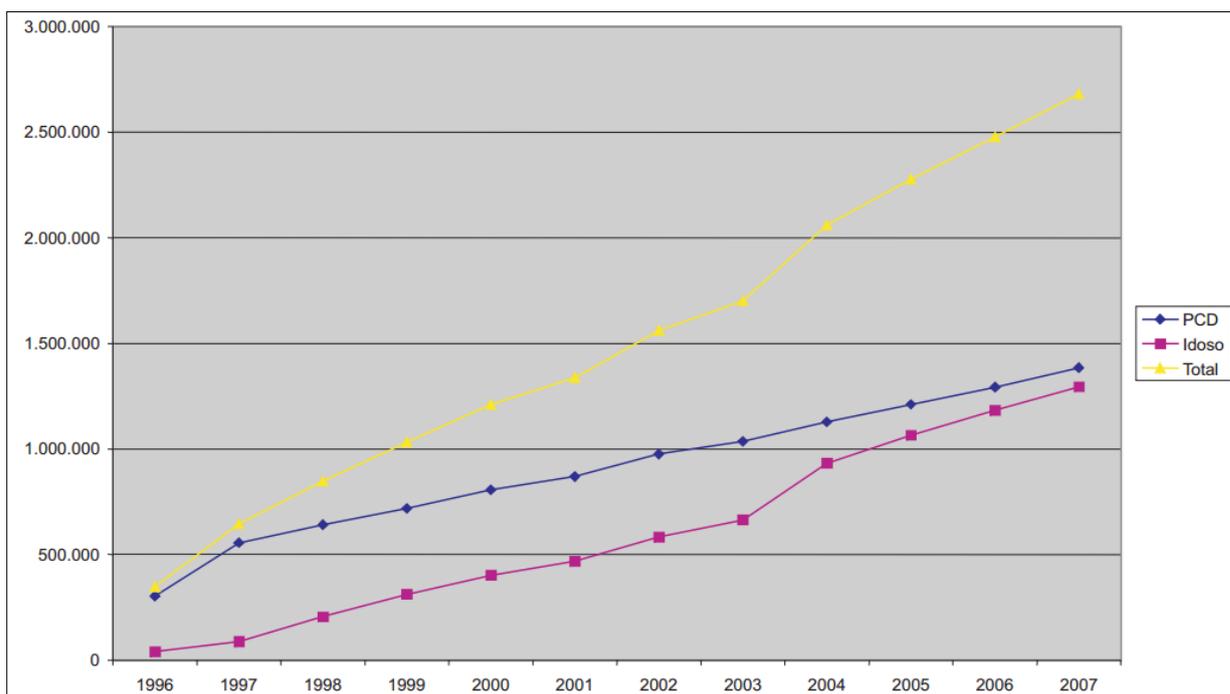
nas páginas iniciais deste capítulo em razão da inconstitucionalidade do artigo 20, §3º da Lei nº 8.472/93, no sentido da preocupação quanto o cumprimento absoluto da letra da lei. E sim no sentido de efetivar as garantias constitucionais na sociedade extrapolando as restrições colocadas e buscando interpretações alternativas para a efetivação dos direitos dos cidadãos.

3.3. O critério de miserabilidade e a condição de vida dos beneficiários do BPC

Denominado critério de miserabilidade, a condição objetiva do critério adotado pela LOAS refere-se a comprovação de renda bruta família, que é apreciada devido a condição social e financeira de não possuir meios de promover o próprio sustento e nem de tê-la provida por sua família. O presente critério previdenciário guarda correspondência com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana presente no rol dos direitos e garantias fundamentais salvos guardados na carta magna. Tratando-se de um direito a uma vida digna aonde o cidadão possa desenvolver na sociedade o direito a uma qualidade de vida, sendo amparada por condições sociais favoráveis a sua saúde, e ao seu desenvolvimento social.

Em estudo à Assistência social e seus benefícios, fazendo uma inserção em ao princípio da dignidade da pessoa humana obtém a evolução das condições sociais dos beneficiários do benefício assistencial de prestação continuada, sendo possível verificar os avanços significativos ao longo dos anos, na busca pela efetivação da norma constitucional

Gráfico 1 – Brasil: Evolução dos beneficiários emitidos pelo Benefício de Prestação Continuada – LOAS – Período de 1996 a 2008



Fonte: Envelhecimento e dependência: desafios para a organização da proteção social./ Analía Soria Batista, Luciana de Barros Jaccoud, Luseni Aquino, Patrícia Dario El-Moor – Brasília : MPS, SPPS, 2008. 160 p. – (Coleção Previdência Social; v. 28)

De acordo com o Gráfico 1 apresentado, é possível a verificação dos aspectos significativos de aumentos das concessões dos benefícios de prestação continuada, sendo alterados devido a flexibilidade das condições subjetivas dos benefícios.

Conforme apresentado o aumento ao longo dos anos no gráfico acima, nota-se que a modificação do critério subjetivo para a concessão do benefício facilitou para significativamente na concessão no benefício. No requisito, por exemplo, da idade do idoso até chegar a presente faixa etária instituída pelo Estatuto do Idoso de acordo com a Lei nº 10.741/2003, facilitou o acesso e a inclusão de milhares de pessoas que se encontravam na condição de hipossuficiência e que foram amparadas e incorporadas à garantia constitucional. Nota-se também, que o mesmo aplica-se ao portador de deficiência, que a busca pela interpretação analógica do conceito de portadores de deficiência, incapacitados para a vida e o trabalho.

Tabela 1 – Avaliação pessoal do benefício de prestação continuada pelos usuários

Mudanças verificadas após a obtenção do BPC	% pessoas com deficiência	% de pessoas idosas
Contribuiu para o sustento familiar	44	46
Frequentou atendimento	19	22
Melhorou a qualidade de vida	27	22
Adquiriu bens	4	5
Participou de atividades sociais	4	4
Atividades ocupacionais	2	2

Fonte: Envelhecimento e dependência: desafios para a organização da proteção social./ AnalíaSoria Batista, Luciana de Barros Jaccoud, Luseni Aquino, Patrícia Dario El-Moor – Brasília : MPS, SPPS, 2008. 160 p. – (Coleção Previdência Social; v. 28).

Analisando as mudanças sociais geradas pela obtenção do benefício na Tabela 1, foram apresentadas modificações positivas com o auxílio do benefício mensal, causando, não somente para os usuários uma expectativa de melhor condição de vida, como também, complemento de recursos financeiros familiar, sendo resultado em padrão de qualidade de vida ao cidadão.

Tabela 2 – Avaliação pessoal do benefício de prestação continuada pelos usuários

Prioridades no uso do dinheiro	% pessoas com deficiência	% de pessoas idosas
Alimentação	35	30
Medicamentos	25	26
Vestuário	17	19
Tratamento e reabilitação	15	16
Despesas com moradia	11	8
Atividades de geração de renda	1	1

Fonte: Envelhecimento e dependência : desafios para a organização da proteção social./ AnalíaSoria Batista, Luciana de Barros Jaccoud, Luseni Aquino, Patrícia Dario El-Moor – Brasília : MPS, SPPS, 2008. 160 p. – (Coleção Previdência Social; v. 28).

Com relação à Tabela 2, como os recursos do benefício são utilizados na pesquisa elaborada, os itens elencados como prioritários para o dispêndio desta contribuição financeira são com necessidades básicas, tais como: medicamentos, vestuário e alimentação.

Assim, diante dos estudos apresentados e análises feitas sob o benefício de prestação continuada torna-se indispensável o auxílio para os carentes, visto que o benefício mensal incorpora a renda do cidadão atende as necessidades básicas, e garante uma condição mínima de vida digna, seja em manutenção própria ou no sustento do seio familiar.

No que tocante ao número de brasileiros estudados nos gráficos, observa-se que a renda mensal bruta em complemento ao auxílio concedido ao usuário não garante uma condição digna de vida à pessoa humana. Seu valor ainda é insignificante, equivalente a um salário-mínimo, sendo praticamente impossível prover os recursos próprios, estando anos luz atrás da efetivação da garantia constitucional de digna pessoa humana, buscada na equiparação aos desiguais na sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se com o presente estudo acerca do tema da implementação de um novo critério a ser adotado para Lei nº 8742/93. Com base no critério adotado atualmente pela assistência social, tratada sobre o benefício de prestação continuada que garante ao portador de necessidades especiais e o idoso, que não conseguirem promover o próprio sustento ou tê-la promovido por sua família, a garantia mensal como auxílio para melhores condições de vida.

Apoiada no princípio da dignidade da pessoa humana, pertencente aos direitos humanos e fundamentais, o objetivo de desenvolver é com a finalidade sobre as reflexões da extensão das conseqüências geradas pelos conflitos nos momento de aplicação da norma jurídica constitucional, no âmbito judiciário que vem apresentando reincidentes casos a certa do critério chamado de “miserabilidade”, que deve ser comprovado pelo beneficiário por meio da comprovação da renda “*per capita*” inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente no país.

Primeiramente para a melhor compreensão da abordagem no âmbito constitucional quanto a definição do conceito dos direitos humanos, procurou-se estudar inicialmente sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente as garantias fundamentais da constituição, e para finalmente compreender a agregação de valores ao conceito dos direitos do homem. Acompanhando a evolução do comportamento humano diante dos conflitos sociais, até o momento dos direitos existente no ordenamento jurídico.

Em seguida, surge o desafio da Assistência Social tratada nos estudos da Previdência Social por pertencer a tal instituto e por ser promovido o custeio dos recursos até chegar tal dispêndio financeiro aos beneficiários, o primeiro contato com a evolução histórica mundial e brasileira sobre os direitos sociais e a proteção garantida do Estado ao hipossuficiente.

A partir daí, aparece como classificação e conceituação os requisitos necessários para se obter o benefício de auxílio assistencial, apresentados como os critérios objetivos e subjetivos, sendo referentes à comprovação de não possuir recursos financeiros suficientes para promover o próprio sustento ou de tê-la promovida por outrem, sendo sujeitos de direitos os futuros beneficiários pessoas portadoras de deficiência e idoso conforme legislação especial que os define.

Ainda neste contexto, em razão do critério objetivo da aplicabilidade da norma jurídica do chamado “critério de miserabilidade”, tem surgido inúmeras dúvidas no Poder

Judiciário em todas as instâncias quanto a aplicação de um critério tão rígido e absoluto quando o imposto pela Lei nº 8472/93 – LOAS.

Neste instante quanto ao critério objetivo o assunto chega até a Suprema Corte com o intuito de finalmente solucionar o conflito causado pelo legislador entre os inúmeros recursos interpostos pelo INSS, cabendo ao Tribunal a missão de descobrir uma maneira alternativa de efetivar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no momento de concessão ou manutenção da garantia mensal.

O Tribunal Superior finalmente coloca os dias contados quanto à problemática da LOAS em razão do critério objetivo no critério de miserabilidade apresentado pelo beneficiário que pleitear o benefício de prestação continuada.

Decide então a Suprema Corte a declaração da inconstitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93, impondo uma medida de solução dos conflitos quanto ao prazo de 1 (um) ano, vencendo-se em 31 de dezembro de 2014, para informar aos cidadãos quanto a aplicabilidade da norma, se será elaborado um novo critério com base em novas regras e cálculos quanto a miserabilidade do postulante, ou se ainda irá estender a aplicação da regra atual imposta pela lei específica podendo admitir interpretações analógicas, não aplicando tão absolutamente a letra da lei.

Diante disso, espera-se ansiosamente que seja solucionando este conflito que se estende por muito tempo e que vem deixando muitas pessoas desamparadas pelo auxílio assistencial e que muitas vezes fica dependendo exclusivamente desta “ajuda” para melhoras as condições de vida, seja por não possuir condições de vida digna, ou até por motivos de insuficientes recursos para a manutenção de condições de saúde. Sendo o momento que todo e qualquer cidadão espera do Estado, devido ao seu poder de “proteção” do homem e suas condutas o sentimento de Justiça e de efetivação dos preceitos previstos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cleber Francisco. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: o Enfoque da Doutrina Social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Analía Soria Batista, Luciana de Barros Jaccoud, Luseni Aquino, Patrícia. **Envelhecimento e dependência: desafios para a organização da proteção social**./ Dario El-Moor – Brasília: MPS, SPPS, 2008. 160 p. – (Coleção Previdência Social; v. 28).

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, Campus, 217p. 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo, Malheiros, 835p. 2011.

BRASIL. Constituição (1988): Constituição da República Federativa do Brasil.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2006

GONZAGA, Edilson Batista- O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA LEI 8.742/93 E SUAS DIFERENTES INTERPRETAÇÕES SOBRE O CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DA RENDA PER CAPITA FAMILIAR, JusWay, junho/2012 - Disponível em:<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7876>Acessoem:07dejunhode2012

HABERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2.009

HANASHIRO, Wagner Seian – Benefício LOAS –Fundação Social e o Critério de Miserabilidade.JusWay, Setembro/2012. Disponível em:<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9002>. Acesso em: 14 dejunhode2014

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo. Martin Claret, 2004

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 6ª Ed. ver. atual. Salvador 2009. Editora Jus Podivm;

KERSTEN, Ignácio Mendez - A constituição do Brasil e os direitos humanos. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=artigos_leitura_pdf&artigo_id=339> Acessado em: 14 de julho de 2014

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 24ª ed., 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na constituição federal**. São Paulo, LTr, 206p. 1989.

MATTAR NETO, Seme. **Benefício de prestação continuada e o critério de miserabilidade**. Marília, 69 p. 2006

MEDEIROS, Benizete Ramos. **Trabalho com Dignidade: Educação e Qualificação é Um Caminho**, São Paulo: LTR, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4ª ed. Rev e ampl – São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo, Atlas, 836 p. 2002.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol.1. Parte Geral. 30ªed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SANTOS, Fernando Ferreira. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Análise do Inciso III, do Art.1º, da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SOARES, Andrea Antico. **O assédio moral no trabalho à luz dos direitos humanos e fundamentais e da dignidade da pessoa humana**. Marília, 205p. 2012.

SPLICIDO, Christiane. **O estado constitucional e a LOAS: uma concretização possível da dignidade humana a partir do realinhamento do critério etário para a concessão do BPC**. Marília, 257p. 2011.

_____.Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Cível. Processo nº 0005792-61.2010.4.03.6111/SP**. Apelante: JOSÉ SILVA NEVES. Origem: Vara de Marília/SP. Julgado: 10ª Câmara. Relator: Desembargador BAPTISTA PEREIRA. Marília/SP. Acórdão publicado em 03 de março de 2012. Disponível em:
<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/1902453>>

_____.Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível. Processo nº 0507062-90.2009.4.05.8100/CE**. Apelante: INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. Origem: Vara de Fortaleza/CE. Julgado: 4ª Turma. Relator: Desembargador EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR.Fortaleza/CE Acórdão publicado em 19 de abril de 2009. Disponível em:
<http://www.trf5.jus.br/processo/0000642-29.2009.4.05.8100>

_____. Supremo Tribunal federal. Turma Recursal dos Juizados Especiais do Estado de Pernambuco. **Reclamação 4374**. Reclamante: INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Origem: Pernambuco. Julgado: Tribunal Pleno. Relator: Ministro GILMAR MENDES Acórdão publicado em 04 setembro de 2013. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl4374.pdf>>

APÊNDICE A – RECLAMAÇÃO 4374

“BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES SOCIO-ECONÔMICAS DO AUTOR. REQUISITO DO ART. 20, DA LEI Nº. 8.742/93. RENDA “PER CAPTA”. MEIOS DE PROVA. SÚMULA 11 DA TNU. LEI Nº 9.533/97. COMPROVAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

(Rcl – 4374/PE, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, DJ 09.04.2013).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de reclamação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco, nos autos do Processo no 2005.83.20.009801-7, que concedeu ao interessado o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição. Transcrevo a ementa da decisão reclamada (fls. 68-69):

“BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES SÓCIO-ECONÔMICAS DO AUTOR. REQUISITOS DO ART. 20 DA LEI 8.742/93. RENDA *PER CAPITA*. MEIOS DE PROVA. SÚMULA 11 DA TUN. LEI 9.533/97. COMPROVAÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. O artigo 20 da Lei 8.742/93 destaca a garantia de um salário mínimo mensal às pessoas portadoras de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais, que comprovem, em ambas as hipóteses, não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

2. Já o § 3º do mencionado artigo reza que, ‘considera-se incapaz de prover à manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo’.

3. Na hipótese em exame, o laudo pericial concluiu que o autor é incapaz para as atividades laborativas que necessitem RCL 4374 / PE de grandes ou médios esforços físicos ou que envolvam estresse emocional para a sua realização.

4. Em atenção ao laudo pericial e considerando que a verificação da incapacidade para o trabalho deve ser feita analisando-se as peculiaridades do caso concreto, percebe-se pelas informações constantes nos autos que o autor além da idade avançada, desempenha a profissão de trabalhador rural, o qual não está mais apto a exercer. Ademais, não possui instrução educacional, o que dificulta o exercício de atividades intelectuais, de modo que resta improvável sua absorção pelo mercado de trabalho, o que demonstra a sua incapacidade para

a vida independente diante da sujeição à ajuda financeira de terceiros para manter sua subsistência.

5. Apesar de ter sido comprovado em audiência que a renda auferida pelo recorrido é inferior a um salário mínimo, a comprovação de renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é dispensável quando a situação de hipossuficiência econômica é comprovada de outro modo e, no caso dos autos, ela restou demonstrada.

6. A comprovação da renda mensal não está limitada ao disposto no art. 13 do Decreto 1.744/95, não lhe sendo possível obstar o reconhecimento de outros meios probatórios em face do princípio da liberdade objetiva dos meios de demonstração em juízo, desde que idôneos e moralmente legítimos, além de sujeitos ao contraditório e à persuasão racional do juiz na sua apreciação.

7. Assim, as provas produzidas em juízo constataram que a renda familiar do autor é inferior ao limite estabelecido na Lei, sendo idônea a fazer prova neste sentido. A partir dos depoimentos colhidos em audiência, constatou-se que o recorrido não trabalha, vivendo da ajuda de parentes e amigos.

8. Diante de tais circunstâncias, pode-se concluir pela veracidade de tal declaração de modo relativo, cuja contraprova caberia ao INSS, que se limitou à impugnação genérica.

9. Quanto à inconstitucionalidade do limite legal de renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, a sua fixação estabelece apenas um critério objetivo para julgamento, mas que não impede o deferimento do benefício quando demonstrada a situação de hipossuficiência.

10. Se a renda familiar é inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, a presunção de miserabilidade é absoluta, sem que isso afaste a possibilidade de tal circunstância ser provada de outro modo.

11. Ademais, a Súmula 11 da TUN dispõe que mesmo quando a renda *per capita* for superior àquele limite legal, não há óbices à concessão do benefício assistencial quando a miserabilidade é configurada por outros meios de prova.

12. O próprio legislador já reconheceu a hipossuficiência na hipótese de renda superior ao referido limite ao editar a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituem programas de garantia de renda mínima associados a ações sócio-educativas, estabelecendo critério mais vantajoso para a análise da miserabilidade, qual seja, renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo.

13. A parte sucumbente deve arcar com o pagamento das custas e dos honorários advocatícios, ora arbitrados à razão de 10% sobre o valor da condenação.

14. Sentença mantida. “Recurso a que se nega provimento”. (fls. 68-69). O reclamante alega que houve violação à decisão proferida por esta Corte na ADI no 1.232/DF (Pleno, por maioria; Rel. Min. Ilmar Galvão, Red. para o acórdão Min. Nelson Jobim; DJ de 1º.6.2001). Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei no 8.742/1993, que estabelece critérios para a concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição. A petição inicial sustenta que a decisão reclamada afastou o requisito legal expresso no mencionado dispositivo, o qual, segundo o acórdão tomado como parâmetro da reclamação, representa critério objetivo a ser observado para a prestação assistencial do Estado.

Assim, o reclamante requer a cassação da decisão reclamada, afastando-se a exigência do pagamento do benefício assistencial, que estaria em descompasso com o § 3º do art. 20 da Lei no 8.742/1993, tendo em vista a inobservância do requisito renda familiar *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Em decisão de 1º de fevereiro de 2007, modificando posicionamento anterior que acolhia pedidos idênticos ao desta reclamação, indeferi o pedido de medida liminar, acenando com a necessidade de que o tema fosse novamente levado à apreciação do Plenário da Corte. O parecer do Procurador-Geral da República é pela improcedência da reclamação (fls. 136-140). É o relatório.

APÊNDICE B – APELAÇÃO CÍVEL

10 DJ – 3ª Região

Disponibilização: Terça-feira, 06 de dezembro de 2011

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF
SUBSECRETARIA DA 10ª TURMA

APELAÇÃO CIVIL Nº 0005792-61.2010.4.03.6111/SP 2010.61.11.005792/SP

RELATOR: Desembargador Federal BAPTISTA PEREIRA APELANTE: JOSÉ SILVA NEVES (= ou > de 60 anos) APELADO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS - Nº ORG.: 00057926120104036111 1 VR MARÍLIA/SP.

DECISÃO Cuida-se de apelação cível em ação de conhecimento, com pedido de tutela antecipada, ajuizada em 09/11/2010, que tem por objetivo condenar a Autarquia Previdenciária a conceder o benefício de prestação continuada previsto no Art. 203, da CF/88 e regulado pelo Art. 20, da Lei nº 8.742/93, a pessoa idosa, desde a data e, que formulado o pedido da via administrativa (12/09/2010).

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido após a averiguação social realizada por mandado. O MM Juiz a quo, por não considerar preenchido o requisito da hipossuficiência econômica, julgo improcedente o pedido e revogou a tutela concedida, deixando de condenar a parte autora no ônus da sucumbência, por ser beneficiária da assistência judiciária gratuita. Apela a parte autora, pleiteando a reforma da r. Sentença, sustentando que preenche os requisitos legais para a concessão do benefício. Subiram os autos, sem contrarrazões. O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso interposto. É o relatório. Decido.

O benefício de prestação continuada de um salário mínimo foi assegurado pela Constituição Federal nos seguintes termos: Art. 203 – A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meio de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. A Lei nº 8.742, de 07.12.1993, que regulamenta a referida norma constitucional, estabelece em seu Art. 20 os requisitos para a

concessão do benefício verbis: Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família. § 1º Para os efeitos do dispositivo no caput, entende-se por família a unidade mononuclear vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes. § 2º Para concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. § 3º Considera-se incapaz de prover à manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. O benefício assistencial requer, portanto o preenchimento de dois pressupostos para a sua concessão, de um lado, sob o aspecto subjetivo, a hipossuficiência. No presente caso, a parte autora cumpriu o requisito etário. Para os efeitos do Art. 20, da Lei nº 8.742/93 e do Art. 34, da Lei nº 10.741/03, na data do ajuizamento da ação, a parte autora já era considerada idosa, pois já havia atingido a idade de 65 anos (fls. 13/14). Por sua vez, restou comprovado que a parte autora não possui meio de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Ressalto que o conceito de família, para efeitos do Art. 20, “caput”, da Lei nº 8.742/93, é o “conjunto de pessoas elencadas no Art. 16, da Lei nº 8.213 de 24 de Julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto”. A entidade familiar, referido no § 1º, do Art. 20 da Lei 8.742/93, conforme redação dada pela Lei nº 9.720/98, é constituída por pessoas que vivem sob o mesmo teto, desde que se trate de cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, pais, irmão não emancipado, de quaisquer condições, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido. No caso do autor, a entidade familiar é composta pelo autor e sua esposa, Elza Ferreira Neves, nascida aos 17/03/1946, aposentada. Embora resida sob o mesmo teto, a neta Estela Neves Ferreira, solteira, nascida aos 16/04/1987, não integra o núcleo familiar do autor, bem como seus rendimentos não devem ser computados na apuração da condição econômica da entidade familiar referida. Cumpre elucidar que esta Colenda 10ª Turma firmou entendimento no sentido de que as alterações trazidas pela Lei nº 12.435/11, por tratarem de disposições de direito material, somente serão aplicáveis às ações ajuizadas a partir de sua edição, ocorrida em 06/07/2011. A averiguação social, em conformidade com o mandado juntado às fls. (57/64), constatou que o autor reside em imóvel próprio composto por 3 (três) quartos, sala, banheiro e uma pequena edícula para armazenar materiais, em estado razoável, guarnecidos de eletrodomésticos e móveis, em conformidade com as fotografias extraídas do local. A renda familiar é

proveniente do benefício da aposentadoria por invalidez previdenciária da esposa do autor, no valor de um salário mínimo, do qual são descontados R\$ 220,00 (duzentos e vinte reais) para pagamento do financiamento do imóvel. Foram relatadas despesas com alimentação (R\$ 600,00), energia elétrica (R\$ 55,00), água (R\$ 62,00), gás (R\$ 45,00) e medicamentos (R\$ 250,00), dentre outras, que comprometem toda a renda familiar e o casal necessita da ajuda financeira da neta para complementar o orçamento doméstico. Relata o executante do mandado, que o casal tem 5 (cinco) filhos e como todos são casados e tem as respectivas famílias para sustentar, ajudam esporadicamente os pais. Assim, o conjunto probatório dá a conhecer que a parte autora não tem meios de prover a própria subsistência e nem tê-la provida por sua família. Cumpre salientar que em decisões anteriores manifestei entendimento no sentido de que, em conformidade com o Parágrafo único, do Art. 34, da Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003, que a abrange os benefícios da assistência social, ou seja, o idoso tanto quanto o portador de deficiência haveria de se excluir do cômputo, para fins de cálculo da renda familiar “per capita”, o benefício de valor mínimo auferido pelo cônjuge ou genitor. Contudo, tal entendimento não restou acolhido pela E. Corte Superior, na decisão proferida no recurso especial nº 1241473-SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/03/2011, interposto em face do v acórdão proferido por este Colendo Tribunal na apelação cível nº 200803990126684. Assim, com a ressalva do posicionamento anterior, persevero, entretanto, no entendimento de que o § 3º, do Art. 20, da Lei 8.742/93 não deve ser interpretado de maneira exclusivamente matemática. Renda, para efeitos da concessão do benefício, deve ser entendida como o valor mínimo necessário para que a pessoa possa custear suas despesas de alimentação, saneamento básico e vestuário. Ou seja, despesas efetuadas com medicamentos ou tratamentos médicos não devem ser excluídas do valor da renda. A despeito da renda familiar “per capita” superar o limite legal, porém sendo inferior ao valor de um salário mínimo, tal fato não é óbice para concessão do benefício, pois o quadro delineado nos autos não deixa dúvidas quanto a situação de pobreza vivenciada pelo núcleo familiar, podendo o julgador avaliar a impossibilidade financeira ou a condição de miserabilidade da família mediante a aferição de outros meios de prova. Assim sendo, o requisito de ¼ de salários mínimo exigido pela lei é a subtração da renda familiar com as despesas efetuadas com remédios e medicamentos, já que é público e notório que medicamento em geral são muito caros e muitas vezes não há disponibilidade nos postos de saúde, fácil à procura ser maior de que a demanda e o fornecimento pelas autoridade competentes não ser suficiente para suprir a carência da população que necessita. Então, a despeito da renda “per capita” bruta

ser superior ao limite legal, tal situação precisa ser analisada de acordo com as necessidades da família. Além disso, a despeito da constitucionalidade do mencionado dispositivo já ter sido manifestada E. Supremo Tribunal Federal, tal regra não pode ser invocada isoladamente, mas, isto sim, de maneira a direcionar um conjunto de requisitos que, necessariamente, devem ser extraídos do caso concreto, conforme farta jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, conforme farta jurisprudência que colaciono: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, INCISO III, ALÍNEA “C” DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANTO A RENDA “PER CAPTA” DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1.A CF/88 prevê em seu Art. 203, “caput” e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. 2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei nº 8.742/93 alterada pela Lei nº 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal “per capita” inferior a ¼ do salário mínimo. 3. O egrégio Superior Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos a constitucionalidade desta limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (REL para o acórdão Min. Nelson Jobim, DJU 1.6.2001). 4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente e à cidadão social e economicamente vulnerável. 5. A limitação do valor da renda “per capita” familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda “per capita” inferior a ¼ do salário mínimo. 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (Art. 131, CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar “per capita” não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu

direito de julgar. 7. Recurso especial provido . (Resp1112557/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009). PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 203, CF. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. I. Assistência social foi criada com intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência. II. O preceito contido no Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no Art. 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar “per capita” inferior a ¼ do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador da deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar condição de miserabilidade da família do autor. Recurso não conhecido. (Resp 304264 SP, Min. Felix Fischer; Resp 222.477 SP, Min. Jorge Scartezini; Resp 222.778 SP, Min. Edson Vidigal). “Por sinal, cumpre frisar que o STF tem deixado claro que a condição de miserabilidade da autora deve ser reconhecida com base nos elementos fático-probatórios dos autos (Rcl 4.115 RS, Min. Carlos Britto; Rcl 4.272 RS, Min. Celso de Mello; Rcl 3.342 AP, Min. Sepúlveda Pertence; Rcl 3.963 SC, Min Ricardo Lewandowsky). Aliás, em recente decisão na RECLAMAÇÃO nº 4.374 PE, Min. Gilmar Mendes, indeferiu a liminar contra decisão que se utilizara doutros critérios para aferição da hipossuficiência do beneficiário, acentuando: “...o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do Art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93 não apresentava inconstitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício a ser assumido pelo INSS, ora Reclamante. Mas não afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do Art. 203, inc V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente”. Portanto, comprovado os requisitos faz jus à parte autora ao benefício de prestação continuada, correspondente a 1 (um) salário mínimo, nos termos do “caput”, do Art. 20, da Lei nº 8.742/93. Quanto ao termo inicial do benefício, deve ser estabelecido em 12/08/2010, data em que a parte autora requereu administrativamente o benefício e teve seu pedido indeferido (fls.15), apesar de estarem presentes os requisitos legais para sua concessão, conforme demonstrou a prova dos autos. Reconhecido o direito ao benefício assistencial, desde a data do requerimento administrativo, com reavaliação no prazo legal, passo a dispor sobre os consectários incidentes sobre as parcelas vencidas e a sucumbência. Quanto ao consectários, o Art. 31, da Lei nº 10.741/03, prescreve que “o

pagamento de parcelas relativas a benefícios efetuados com atraso por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento.”. O Art. 41-A, da Lei nº 8.213/91 acrescentado pela Medida Provisória nº 316/11.08.2006, convertida na Lei nº 11.430/2006, dispõe que o valor do benefício é reajustado anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do último reajustamento, com base no índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC. Desta forma, por força do Art. 31 da Lei nº 10.741/03 c. c. O Art. 41-A, da Lei nº 8.213/91, O IGP – DI deve ser substituído, a partir de 11.08.2006, pelo INPC na atualização dos débitos previdenciários. Quanto ao índice de atualização monetária prevista na novel legislação (TR), não se aplica ao caso em tela, pois a especialidade da disposição prevista na Lei nº 10,741/03- ESTATUTO DO IDOSO (Art. 31. O pagamento de parcelas relativas a benefícios efetuados com atrasos por responsabilidade da Previdência Social, será atualizado pelo mesmo índice utilizado para os reajustamentos dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, verificado no período compreendido entre o mês que deveria ter sido pago e o mês do efetivo pagamento) não pode ser derogada por lei geral, consoante princípio segundo o qual apenas a lei especial revoga a geral (Lex specialis derogat lex generali). Os juros de mora de 0,5% ao mês incidem, a partir da citação de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou a requisição de pequeno valor – RPV. Após o dia 10.01.2003, a taxa de juros de mora passa a ser de 1% ao mês, nos termos do Art. 406, do Código Civil e do Art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional. À partir de 30.06.2009, aplica-se o Art. 5º da Lei nº 11.960, que deu nova redação ao Art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, verbis: “Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma vez que até o efetivo pagamento, os índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados a caderneta de poupança.” Confirma-se o entendimento consolidado pela Colenda Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGENCIA. JUROS MORATÓRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. ART. 1º-F, DA LEI Nº 94.94/97. MP: 2.180-35/2001. LEI Nº 11.960/09. APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO. 1. A maioria da Corte conheceu dos embargos, ao fundamento de que divergência situa-se na aplicação da lei

nova que modifica a taxa de juros de mora, aos processos em curso. Vencido o Relator. 2. As normas que dispõe sobre os juros moratórios possuem natureza eminentemente processual, aplicando-se aos processos em andamento, à luz do princípio *tempus regit actum*. Precedentes. 3. O Art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97 modificada pela MEDIDA PROVISÓRIA 2.180-35/2001 e, posteriormente pelo Art. 5º da Lei nº 11.960/09, tem natureza instrumental, devendo ser aplicado aos processos em tramitação. Precedentes. 4. Embargos de divergência providos. (E Resp nº 1000.207.197/RS; unânime; Relator Ministro Castro Meira; d. j. 18.05.2011).”Os juros de mora não incidirão entre a data dos cálculos definitivos e data da expedição do precatório, bem como, entre essa última data e a do efetivo pagamento no prazo constitucional. Havendo atraso no pagamento, a partir do dia seguinte ao vencimento do respectivo prazo incidirão juros de mora até a data do efetivo cumprimento da obrigação (Resp 671172/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 21/10/2004, DJU 17.12.2004, P. 637). O percentual honorária deve ser fixado em 15% sobre o valor das prestações devidas até a data desta decisão, de acordo com o entendimento da Turma, considerando que a sentença de Primeiro Grau julgou o pedido improcedente. Convém alertar que a Autarquia Previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I da Lei nº 9.289/96, do Art. 24-A da Lei nº 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º da Lei nº 8.620/93. Por todo o exposto, com base no Art. 557, §1º- A, do CPC, do provimento à apelação interposta nos termos em que explicitado. Independentemente do trânsito em julgado desta decisão, determino seja enviado e-mail ao INSS, instruído com os documentos da parte autora, em cumprimento ao Provimento Conjunto nº 69/2006, alterado pelo Provimento Conjunto nº 71/2006, ambos da Corregedoria Regional da Justiça Federal da Terceira Região e da Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, a fim de que se adote as providências cabíveis à imediata concessão do benefício especificado, conforme os dados do tópico síntese do julgado abaixo transcrito, com observância, inclusive, das disposições do Art. 461 e §§ 4º e 5º, do CPC. Tópico síntese do julgado: a) Nome do beneficiário: JOSÉ SILVA NEVES; b) benefício: benefício assistencial (LOAS); c) renda mensal: RMI- um salário -mínimo; d) DIB: 12/08/2010 – data do requerimento administrativo; e) número do benefício: a ser indicado pelo INSS. Dê-se ciência e, após, observada as formalidades legais, baixem-se os autos ao Juízo de origem. São Paulo, 08 de novembro de 2011. BAPTISTA PEREIRA Desembargador Federal.

APÊNDICE C – APELAÇÃO CÍVEL

DJ – 5ª Região

Disponibilização: Terça-feira, 19 de abril de 2010

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO PUBLICAÇÕES JUDICIAIS - TRF
SUBSECRETARIA DA 4ª TURMA

APELAÇÃO CIVIL Nº 0000642-29.2009.4.05.8100/CE 2009.81.00.000642-6/CE

RELATOR: Desembargador Federal EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR

APELANTE: UNIÃO APELADO: MAMA SELO DJALO - Nº ORG.:
200981000006426 VR FORTALEZA/CE.

Mama Selo Djalo nasceu em Guiné-Bissau, que, assim como o Brasil, também foi colônia de Portugal. O Brasil, contudo, teve a sorte de conquistar a independência desde 1822. Guiné-Bissau, por outro lado, só conquistou a independência em 1974 e, desde então, vive mergulhado em crises internas, guerras civis, golpes de estado e diversos problemas sociais sérios, típicos de diversos países que obtiveram uma descolonização tardia. Guiné-Bissau está entre os vinte países do mundo que possuem os piores Índices de Desenvolvimento Humano, ocupando a 173ª posição do *rakingdo* PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

Em 2001, em virtude dos problemas vividos em seu país, Mama Djaloresolveu sacrificar sua vida familiar, seu trabalho local, seus amigos, sua cultura e, apesar de todos os riscos, incertezas e custos, largou tudo em sua terra natal para tentar construir uma vida melhor no Brasil. Aportou aqui como turista e resolveu ficar de vez. Fixou residência, fez amigos e se integrou na comunidade. Já vive aqui por quase dez anos.

Em 2005, Mama Djalo contraiu uma doença renal crônica terminal (anexo 24). Seu fim seria a morte rápida, se não recebesse o tratamento adequado. Conseguiu ser inserido no sistema público de saúde brasileiro e está recebendo o tratamento na Santa Casa de Misericórdia. No mesmo período, quase foi deportado, pois não possuía visto de permanência e o seu visto de turismo já havia expirado (anexo 7). Graças à sensibilidade de um juiz federal, Dr. Alcides Saldanha, conseguiu garantir a sua permanência no país, por força de ordem judicial, até o fim do seu tratamento médico. Na referida sentença, o juiz federal consignou que: “*a permanência do estrangeiro no território nacional revela-se como um dos únicos meios disponíveis, senão o único, para se garantir a continuidade do tratamento*

médico, mormente quanto ao fato de que o país de origem do autor (Guiné-Bissau) sabidamente não possui estrutura médico-hospitalar adequada para o combate à moléstia que o acomete (insuficiência renal crônica terminal por nefroesclerose hipertensiva)” (Proc. 2009.81.00.000642-6 – 10ª Vara/CE).

Mama Djalo, antes da doença, vivia de bicos, pedia esmolas, vendia bebidas na noite boêmia de Fortaleza. Ganhava o suficiente para pagar o aluguel. Depois da doença, sua situação laboral mudou drasticamente, pois, agora, precisa passar boa parte de sua vida fazendo hemodiálise, a qual tem que se submeter durante três vezes na semana. Seu estado de saúde está cada vez pior, já que a doença é progressiva e irreversível. Mama Djalo não tem como trabalhar, pois está muito debilitado fisicamente. Vive da ajuda de amigos. O aluguel já está atrasado há vários meses (anexo 14). No desespero, procurou a Defensoria Pública da União que ingressou com a presente ação, no intuito de receber o benefício assistencial, no valor de um salário mínimo mensal, previsto no artigo 203, inc. V, da Constituição Federal brasileira: *“A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de 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”*.

Partindo do pressuposto de que restou devidamente comprovado nos autos que Mama Djalo é portador de uma doença grave que o incapacita para o trabalho, impedindo-o de prover à própria manutenção, resta saber se faz jus ao benefício assistencial. A questão não é simples, pois ele não é brasileiro e, a rigor, mesmo que fosse saudável, sequer poderia trabalhar em nosso país já que não possui formalmente o visto de trabalho.

A juíza federal Cíntia Brunetta, que costuma ser muito criteriosa na concessão de benefícios assistenciais, julgou o pedido procedente, fundamentando a sentença em diversos precedentes que garantem ao estrangeiro o direito ao benefício assistencial (anexo 27). O INSS recorreu, alegando que, por não ser brasileiro nato ou naturalizado, Mama Djalo não teria direito ao benefício. O Dr. Vidal, juiz desta Turma Recursal, após estudar a matéria cuidadosamente, apresentou seu voto acolhendo a tese do INSS, alegando que Mama era um imigrante ilegal que deveria ser deportado; logo, não deveria receber o benefício assistencial. Vidal ainda apresentou várias teses a respeito do benefício assistencial para estrangeiros, mas nenhuma seria útil ao autor da presente ação, pois ele não estaria em situação regular no

Brasil. Para o Dr. Vidal, seria incoerente reconhecer a ilegalidade de sua permanência no Brasil e, ao mesmo tempo, concedê-lo um benefício de prestação continuada.

É lógico que há um forte apelo pragmático em favor dos argumentos apresentados pelo Dr. Vidal. Mama Djalo é um imigrante que, no momento, só gera ônus ao Brasil. Nenhum país do mundo seria tão generoso ao ponto de conceder para seus imigrantes ilegais um benefício financeiro mensal. Qualquer país que adotasse tal política certamente seria invadido por imigrantes necessitados. O Brasil não tem dinheiro para servir como fonte assistencial do mundo. Não poderíamos encarar o problema dos outros como se fosse um problema nosso. Há vários brasileiros em situação semelhante ou pior e não recebem qualquer tipo de ajuda estatal, e assim por diante. Enfim, os argumentos desenvolvidos pelo Dr. Vidal para negar o direito ao benefício são muito fortes.

Esses argumentos, de fato, seriam preponderantes se não fosse um detalhe que muda tudo: nossa Constituição nos obriga a não discriminar qualquer pessoa por conta de sua nacionalidade ou origem ou cor da pele ou condição social ou qualquer outro motivo (artigo 3º, inc. IV). Vigora, no Brasil, o princípio da equiparação de direitos e deveres entre nacionais e estrangeiros, com as exceções previstas na própria Constituição e na lei. Portanto, do ponto de vista constitucional, Mama Djalo não pode ser discriminado arbitrariamente. À luz do nosso ordenamento jurídico, não interessa se Mama Djalo é africano, brasileiro ou europeu: é um ser humano e como tal deve ser tratado.

Talvez as palavras acima possam ser consideradas demasiadamente utópicas, exageradas ou fora da realidade. De fato, nossa Constituição não é tão taxativa assim, nem tão “cega quanto à nacionalidade”. Ela própria faz inúmeras discriminações para beneficiar os brasileiros. De início, estabelece que os direitos previstos no artigo 5º só são garantidos “aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil”, não contemplando expressamente os seres humanos que não são residentes no Brasil. Mas esse não é o caso de Mama Djalo, que reside no Brasil há dez anos. Mama Djalo, portanto, deve ser considerado como um estrangeiro residente no país, sobretudo porque existe uma decisão judicial em seu favor garantindo a sua permanência no país. A situação atual de Mama Djalo não é de imigrante ilegal: ele está autorizado, por força de uma sentença judicial, a permanecer no país enquanto durar o tratamento médico. Some-se a isso o fato de que Guiné-Bissau, assim como o Brasil, faz parte da [Comunidade de Países de Língua Portuguesa – CPLP](#), que possuem um acordo específico sobre a concessão de visto temporário para tratamento médico, inclusive quando o cidadão da

CPLP contraiu a doença após a entrada no país de destino (arts. 3º e 4º). Ressalte-se que os países membros da CPLP estão cada vez mais engajados na busca de uma integração maior entre os seus povos. Isso inclui uma série de medidas para facilitar a migração e a livre circulação no espaço da CPLP, bem como a concessão de direitos aos cidadãos da CPLP.

O fato de Mama Djalo ser estrangeiro residente no Brasil não significa dizer que ele tem todos os direitos garantidos aos brasileiros. Ele não pode, por exemplo, votar ou ser votado, nem ocupar determinados cargos públicos, nem exercer determinados direitos que são garantidos apenas aos brasileiros natos ou naturalizados. Apesar disso, como princípio geral, o estrangeiro residente não poderá ser discriminado, exceto se houver uma justificativa constitucional ou mesmo legal para tanto.

Poderiam ser citadas algumas justificativas para se negar o direito ao benefício assistencial para estrangeiros residentes, já que esse direito tem uma natureza prestacional que gera custos e é financiado por brasileiros. O próprio [Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais](#) (PIDESC) talvez contenha um dispositivo que poderia ser utilizado contra o direito de Mama Djalo. Ao mesmo tempo em que proíbe qualquer tipo de discriminação por motivo de origem nacional, o Pacto prevê que “*os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais*” (artigo 2º, item II).

Com base nesse dispositivo do PIDESC, o Brasil poderia, sem dúvida, negar o direito ao recebimento do benefício assistencial aos “que não sejam seus nacionais”. O Brasil é um país em desenvolvimento e certamente não teria condições de acabar com a miséria do mundo. Estamos, portanto, inseridos na exceção que o próprio PIDESC estabeleceu. Não estaríamos descumprindo qualquer compromisso perante a comunidade internacional se discriminássemos os “não nacionais” em relação aos direitos de natureza prestacional.

Porém, nosso sistema assistencial não adotou expressamente esse entendimento, pois, em nenhum momento, excluiu os estrangeiros residentes de sua abrangência. Existe um princípio básico na interpretação de tratados de direitos humanos: os tratados não podem ser invocados para piorar ainda mais a proteção institucional dos direitos. Logo, o PIDESC não pode ser invocado na presente hipótese, especialmente porque expressamente estabelece que: “*não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou*

costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau” (artigo 5º, item 2).

Nossa Constituição estabelece que o benefício assistencial é devido “a quem dela necessitar” (art. 203), não fazendo, em princípio, qualquer discriminação por conta de nacionalidade. A própria Lei Orgânica da Assistência Social determina que o benefício será devido “à *peçoaportadora de deficiência*” (art. 20). Pessoa, até onde sei, não é só o brasileiro, mas qualquer ser humano (artigo 1º, do [Pacto de San José da Costa Rica](#)). Se MamaDjalo é estrangeiro que reside no país e se não há uma norma expressa que o exclua do rol de beneficiários dos direitos assistenciais, o INSS não está autorizado a discriminá-lo na esfera administrativa por falta de suporte jurídico para tanto.

É certo que o artigo 1º, da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), diz que a assistência social é “direito do cidadão e dever do Estado...”. A redação do referido artigo, segundo o INSS, indicaria que apenas os cidadãos brasileiros teriam direito ao benefício. É fácil refutar essa idéia. Em primeiro lugar, o INSS concede o benefício para menores de idade ou mesmo para portadores de graves deficiências mentais, que, a rigor, não são cidadãos no sentido técnico do termo. Além disso, é bastante claro que o texto não trata dos requisitos para a concessão dos benefícios, mas apenas adota uma linguagem retórica para dizer que todos têm o direito à assistência social. A cidadania não pode ser requisito para a concessão do benefício, até porque a própria Constituição não afirmou isso. Se apenas os cidadãos (i.e. os eleitores) pudessem receber benefício assistencial, tal restrição seria claramente inconstitucional.

Caso se entenda que o conceito de cidadania adotado no artigo 1º da LOAS é uma cidadania no sentido social e cultural, então não vejo porque excluir Mama Djalo da sua esfera de proteção, uma vez que ele já se integrou à sociedade brasileira. Mama Djalo há muito tempo já preencheu os requisitos para obtenção da nacionalidade brasileira. A CF/88 possui uma norma específica que visa facilitar a aquisição naturalização por parte daquelas pessoas que são originárias de países de língua portuguesa. O artigo 12, inc. II, “a”, estabelece que, para a aquisição da nacionalidade brasileira, “aos originários de países de língua portuguesa” deve ser exigida “apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral”. Há pelo menos oito anos, Mama Djalo já preencheu os requisitos para poder pedir a sua naturalização. Talvez não tenha pedido por desconhecimento de seus direitos.

É lógico, contudo, que o conceito de cidadania previsto no artigo 1º da LOAS nem tem um sentido técnico-eleitoral, nem um sentido sócio-cultural. Seu uso decorreu, provavelmente, de uma atecnia legislativa que evocou a palavra “cidadão” num sentido metafórico. Assim, o referido artigo não pode ser interpretado no sentido de exigir a cidadania brasileira como requisito para o recebimento do benefício.

O Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007, que autoriza a concessão do benefício assistencial para brasileiros naturalizados, também não pode servir como empecilho para o reconhecimento do direito aos estrangeiros residentes. Na verdade, o referido decreto é tautológico, já que a Constituição Federal é muito clara ao estabelecer que “*alei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição*” (art. 12, §2º). Assim, seria flagrantemente inconstitucional qualquer lei que concedesse benefícios sociais apenas a brasileiros natos. Perceba que, se o legislador brasileiro quiser, pode excluir os estrangeiros residentes do rol de beneficiários do amparo assistencial, mas jamais poderia excluir os brasileiros naturalizados. No caso, o legislador pátrio incluiu expressamente os brasileiros naturalizados (e não poderia ser diferente), mas não excluiu expressamente os estrangeiros residentes, devendo prevalecer, no caso, a regra geral de igualdade, à falta de norma específica.

Poder-se-ia alegar que nenhum país do mundo daria direitos sociais a um imigrante que ingressou ilegalmente no país. Não é bem assim. O mundo está mudando. Até mesmo um país geralmente acusado de ser xenofóbico, como os Estados Unidos da América, reconhece que os imigrantes ilegais não podem ser discriminados arbitrariamente, pois também estão protegidos pela cláusula da igualdade. No paradigmático caso [Plyler v. Doe](#) (1982), a Suprema Corte norte-americana estabeleceu que “*seja qual for o seu estatuto ao abrigo da legislação de imigração, um estrangeiro é uma ‘pessoa’ em qualquer sentido comum do termo*”, razão pela qual os estados-membros não poderiam se negar a matricular filhos de imigrantes ilegais nas escolas públicas. Os estrangeiros “*mesmo os estrangeiros cuja presença no país é ilegal, têm sido reconhecidos como ‘pessoas’ e, por isso, não podem sofrer discriminação injusta*”. Dito de outro modo: para os juízes norte-americanos, até mesmo os estrangeiros que estão em situação irregular no país podem ser considerados titulares de direitos de caráter social!

Na Europa, que é um continente onde a imigração é muito intensa, existem inúmeras políticas públicas de caráter social extensíveis aos imigrantes. Em Portugal e Espanha, por exemplo, os cuidados de saúde estão acessíveis a todos os imigrantes, independentemente do

seu estatuto legal, o que significa que também os irregulares possuem esse direito. A grande maioria dos países reconhece que os imigrantes regulares podem receber os cuidados preventivos e de emergência fornecidos pelo poder público. De um modo geral, na Comunidade Européia, o direito à educação é garantido indistintamente a nacionais e a estrangeiros. Em alguns países, como a Suécia e Portugal, os imigrantes regulares também podem ser favorecidos por medidas financeiras de proteção social. Como regra, os imigrantes são titulares de inúmeros direitos fundamentais, embora, muitas vezes, os serviços sociais disponibilizados aos imigrantes irregulares sejam muito mais restritos. (Fonte:[PNUD](#)).

Porém, mesmo que nenhum governo no mundo reconhecesse direitos sociais aos estrangeiros, não creio que um erro de outros países deveria pautar a política brasileira. A toda hora, criticamos a política externa de países hegemônicos por não ser tão solidária. Por que devemos seguir esse exemplo negativo? Em muitos momentos, ficamos indignados com o tratamento discriminatório que os brasileiros recebem quando estão no exterior. Por que devemos repetir as mesmas práticas que censuramos nos outros? O Brasil se orgulha de ser um país hospitaleiro e sem preconceitos, mas parece que esse orgulho não passa de um jogo *demarketing*. Afinal, por que os antepassados de Mama Djalo, que vieram forçados em navios negreiros para o Brasil, podiam ingressar no país e agora são deportados, como se fossem um fardo indesejável?

É preciso enfatizar novamente que Mama Djalo não deve ser considerado, hoje, como um imigrante ilegal. Ele obteve, por decisão judicial, o direito de permanecer no país para se tratar. Enquanto essa decisão estiver em vigor, Mama Djalo não pode ser deportado e, por óbvio, para fins de proteção jurídica, deve ser considerado como um “estrangeiro residente no país”. A sua condição, portanto, é de residente, tanto que lhe foi reconhecido o direito ao tratamento médico gratuito. Não é coerente reconhecer a ele o direito de ser tratado no Brasil e não lhe conceder os meios mínimos para a sua sobrevivência. Mama Djalo não pode trabalhar. Mas precisa se alimentar, pagar o aluguel e o transporte para o seu tratamento. O direito constitucional brasileiro previu o benefício assistencial exatamente para esse tipo de situação, onde a pessoa está em condições de extrema vulnerabilidade física e financeira. Negar a Mama Djalo esse direito só porque ele não nasceu em nosso país seria avalizar um preconceito por nacionalidade incompatível com qualquer noção de dignidade humana, especialmente quando não há qualquer norma constitucional ou legal que autorize claramente esse tipo de discriminação.

Seria uma atitude muito hipócrita proclamar, em belos discursos jurídicos, o princípio da igualdade, o combate ao preconceito, a proibição de discriminação e a idéia de que toda a vida humana possui o mesmo valor e, ao mesmo tempo, contraditoriamente, adotar uma postura de falso patriotismo onde os nossos nacionais valeriam mais do que os demais seres humanos. Igualmente contraditório seria condenar o preconceito que os brasileiros sofrem em outros países e, aqui, fazermos o mesmo com pessoas de outras nacionalidades, especialmente de países ainda mais pobres que o nosso.

Em qualquer país civilizado, os imigrantes continuam sendo titulares dos direitos fundamentais básicos. Existem *standards mínimos* de proteção jurídica que nenhum ser humano pode ser privado. Os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à justa proteção jurídica são garantidos a todos os seres humanos indistintamente. Nossa Constituição, aliás, determina que os “brasileiros e estrangeiros residentes no país” podem invocar os direitos fundamentais em seu favor. O Pacto Internacional de San Jose da Costa Rica, de forma ainda mais abrangente, inclui qualquer pessoa na sua esfera de proteção (artigo 1º). E reconhece taxativamente que “*os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana*”. O Brasil, portanto, tem um dever de respeitar, proteger e promover os direitos de “*toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social*”.

Entre os direitos fundamentais, certamente o direito à vida é um dos mais importantes, até porque é pressuposto para o exercício de todos os demais. E o direito à vida não tem apenas uma feição negativa, no sentido de que o poder público não pode privar um ser humano do direito de viver. O dever de proteger a vida humana também gera para o estado uma obrigação positiva, no sentido de adotar medidas concretas capazes de possibilitar a fruição desse direito para aquelas pessoas em situação de desvantagem sócio-econômica. Isso significa que o Estado tem o dever de fornecer os serviços básicos para a proteção do chamado *mínimo vital*. Existe, portanto, uma obrigação estatal de garantir que todos os seres humanos tenham acesso às necessidades básicas para a manutenção da vida. O fornecimento de medicamentos vitais para a sobrevivência de um determinado paciente é uma decorrência desse dever; do mesmo modo, pode-se mencionar o direito a uma renda mínima que lhe

permita suprir as necessidades básicas para a sobrevivência, que é justamente o que se pede no presente caso.

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal, antes mesmo de ter sido editada a lei regulamentando a assistência social naquele país, reconheceu que o direito à renda mínima para os necessitados é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição. Isso porque o princípio da dignidade humana não exige apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria existência da pessoa humana ficaria sacrificada (BVerwGE 1, 159, 24/6/1954, conforme: SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, especialmente pp. 283/300). Em decisão posterior, a mesma corte, invocando o princípio do estado social, decidiu que: “*Com certeza a assistência social aos necessitados faz parte dos deveres mais evidentes de um Estado social (cf. BVerfGE 5, 85 [198]; 35, 202 [236]). Isto inclui necessariamente a ajuda social ao cidadão que, em razão de deficiência física ou mental, tem seu desenvolvimento pessoal e social impedido, sendo incapaz de prover seu próprio sustento. A sociedade estatal deve, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, incluí-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado*” (SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Montevideo: Konrad AdenauerStiftung, 2006, p. 828).

É lógico que existem múltiplas formas de o estado garantir o mínimo vital para a sobrevivência de um indivíduo que esteja em condições de vulnerabilidade física e econômica, sendo o benefício social de prestação continuada apenas uma delas. Em linha de princípio, em deferência à separação de poderes, deve-se reconhecer que cabe ao governo federal estabelecer o melhor caminho para promover a dignidade humana, garantir o direito à vida e possibilitar a sobrevivência de pessoas necessitadas que estão sujeitas à jurisdição brasileira. Porém, no presente caso, o INSS, que é o órgão responsável pela Assistência Social, não apresentou qualquer medida alternativa que pudesse ajudar Mama Djalo, abandonando-o à própria sorte. Desse modo, à falta de opção melhor, a concessão do benefício assistencial mostra-se adequada e necessária para os fins a que se propõe.

Por fim, é preciso tecer algumas considerações sobre os argumentos do INSS envolvendo os aspectos econômicos do entendimento favorável à concessão do benefício assistencial para estrangeiros.

Não há dúvida de que seria uma atitude inconseqüente se assumirmos um compromisso de financiar o combate a todos os males do planeta sem que tenhamos condições econômicas para tanto. Nesse aspecto, temos que ser realistas. O benefício assistencial gera um custo, e esse custo é distribuído por toda a sociedade brasileira. Por óbvio, os recursos são escassos e, por isso, a sua distribuição deve ser criteriosa e seletiva. Não seria razoável conceder o benefício a pessoas que sequer moram no Brasil ou então que estão aqui meramente de passagem ou então que estão apenas querendo se aproveitar da nossa boa vontade, pois certamente não foi esse o objetivo do legislador brasileiro. Mas esse não é o caso de Mama Djalo. Ele já está inserido na sociedade há mais de dez anos. Boa parte de sua vida foi vivida no Brasil. Ele trabalhou, ainda que informalmente, pagou impostos (tem até CPF – anexo 2) e criou laços de amizade. Com toda certeza, ele não pode ser considerado como um aproveitador que veio ao Brasil apenas para receber tratamento médico gratuito e ainda receber dinheiro do governo federal.

O argumento do impacto financeiro desaparece por completo diante desse fato. Não parece factível que o sistema assistencial brasileiro entrará em colapso em virtude do pagamento do benefício assistencial mensal, no valor de um salário mínimo, para Mama Djalo. É provável que o custo que o estado brasileiro terá com o pagamento desse benefício nesses últimos momentos de vida que lhe restam será inferior ao que teria com a sua deportação, já que só o custo da passagem aérea de Fortaleza para Guiné-Bissau pode chegar a cinco mil reais (via [TAP](#)), que é o suficiente para pagar quase um ano de benefício assistencial. Se acrescentarmos a isso os demais gastos que o processo de deportação acarreta, então, sob o ponto de vista financeiro, talvez seja melhor mantê-lo aqui.

E mesmo que se raciocine com a extensão do benefício para estrangeiros em situação semelhante, o que certamente resultaria em um impacto econômico maior, ainda assim não restou provado nos autos qual seria a conseqüência econômica daí resultante. A meu ver, o temor de um impacto excessivo é infundado. No Brasil, residem cerca de 500 mil estrangeiros, conforme dados do [IBGE](#) referentes ao ano 2000. A quantidade de estrangeiros residentes que estão com as condições financeiras e de saúde semelhantes à de Mama Djalo é irrisória. Segundo a [Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD](#), de 1999, a imensa

maioria dos estrangeiros residentes (92%) recebe mais de cinco salários mínimos. Uma quantidade muito pequena (3,3%) ganha menos de meio salário mínimo. Certamente, os que ganham menos de um quarto de salário mínimo e ainda estão incapacitados para o trabalho, representam uma população ainda mais insignificante, já que, entre a população brasileira, a quantidade de pessoas que fazem jus ao benefício assistencial não chega a 1,5% do total, incluídos aqui os idosos. Por isso, não vejo aí qualquer possibilidade de exaustão orçamentária caso se interprete a Constituição e a Lei Orgânica da Assistência Social no sentido de que os estrangeiros residentes não podem ser excluídos, tão somente por sua nacionalidade, do rol de beneficiários do amparo social.

O Brasil, cada vez mais, eleva os gastos com ajuda humanitária para países mais pobres, numa elogiável atitude de solidariedade mundial. Seria um contra-senso enviar milhões de reais para o exterior, para ajudar pessoas necessitadas em outros países, e não ajudar os estrangeiros necessitados que residem no país. Se o Brasil pretende ser um país com alguma liderança no novo cenário mundial, tem que começar tendo uma atitude moral coerente e sincera, onde a preocupação com a miséria humana em todos os lugares do planeta não é apenas da boca pra fora.

O receio de que a concessão de benefícios assistenciais para estrangeiros residentes gere um aumento do fluxo de imigrantes ilegais também é infundado. O número de estrangeiros que buscam o Brasil para aqui fixar residência tem diminuído e não aumentado. Esse número já chegou a mais de 700 mil no início dos anos noventa e, no último censo do IBGE, realizado em 2000, girava em torno de 500 mil. Além disso, é muito improvável que uma pessoa que esteja em outro país, distante do Brasil, em uma situação de miséria financeira e com a saúde debilitada, tenha condições de arcar com todos os custos e riscos de uma viagem onerosa para vir ao Brasil receber um salário mínimo por mês. Em geral, as pessoas optam por morar em outro país para fugir de conflitos políticos ou então para buscar novas oportunidades de emprego e não por conta de possíveis benefícios sociais que possam lá receber.

O Relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, relativo ao ano de 2009, tratou precisamente da situação dos imigrantes e do impacto da mobilidade humano no desenvolvimento dos países. No referido estudo, foi demonstrado que, ao contrário do que a maioria pensa, a imigração traz diversos benefícios não apenas para o imigrante, mas também para o país de destino. A mobilidade dos

seres humanos entre os países do mundo é um fator que estimula o desenvolvimento humano. Por isso, não devemos encarar o estrangeiro como um inimigo, nem como alguém que não é bem-vindo, que gera encargos sociais ou então que traz insegurança e violência. A possibilidade de se deslocar, mudar de local de residência e tentar melhorar de vida em outro lugar deve ser considerada como uma componente fundamental da liberdade humana.

Hoje, é fato, o mundo está se globalizando. As fronteiras estão desaparecendo. A economia é uma só. A ética é uma só ou, pelo menos, almeja ser uma só. O mundo caminha para a construção de um projeto ético comum. Se a idéia de um código moral uniforme para todos os habitantes do planeta é uma utopia irrealizável e, em certo sentido, indesejável (por ser demasiadamente pretensiosa e arrogante), percebe-se cada vez mais a necessidade de se desenvolver um modelo de regulamentação internacional que possa, pelo menos, harmonizar a pluralidade de códigos morais existentes, rumo a uma convivência pacífica entre todos os povos, onde cada ser humano possa ser, de fato e de direito, tratado como igualmente merecedor de respeito e consideração, independentemente de qualquer qualificativo.

Mama Djalo é um africano, pobre, doente e sem familiares para ajudá-lo. Ele veio ao Brasil de boa vontade com o intuito de melhorar seu bem-estar e fugir das péssimas condições de vida em seu país de origem. Talvez para a maioria de nós seja difícil sentir empatia por alguém que vem de um local que nem sequer sabemos indicar no mapa. Mas a obrigação de qualquer ser humano é ajudar outro ser humano que esteja em necessidade. Essa obrigação, para nós que somos brasileiros, não é uma mera obrigação moral. Trata-se, na verdade, de uma obrigação constitucional, que está claramente prevista no artigo 3º da Constituição Federal: constitui objetivo da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem”. Em razão disso, por obrigação constitucional, deve ser mantida a sentença e reconhecido o direito de Mama Djalo receber o benefício assistencial enquanto permanecer no Brasil.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO DO INSS.

Fixo os honorários de sucumbência em 10% sobre o valor atribuído à causa.

Fortaleza, 19 de abril de 2010

George Marmelstein Lima

Juiz Federal no Ceará