

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE MARÍLIA-UNIVEM
CURSO DE DIREITO

CLAUDIA BRABO TAKAMORI

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR FINALÍSTICO
DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

MARÍLIA
2014

CLAUDIA BRABO TAKAMORI

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR FINALÍSTICO DO
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação “Eurípides Soares da Rocha” mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador:
Especialista Marília Verônica Miguel

MARÍLIA
2014

Takamori, Claudia Brabo

A dignidade da pessoa humana como vetor finalístico do benefício assistencial / Claudia Brabo Takamori; Orientadora: Marília Verônica Miguel, SP: [s.n.], 2014.

63 fl.

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

1. Assistência 2. Benefício 3. Dignidade Humana

CDD: 341.67



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
Curso de Direito

Cláudia Brabo Takamori

RA: 45586-5

A Dignidade da Pessoa Humana Como Vetor Finalístico do Benefício de
Prestação Continuada

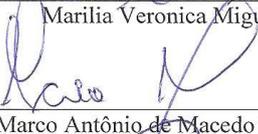
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa
de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Nota: 10,0

ORIENTADOR(A): _____


Marília Verônica Miguel

1º EXAMINADOR(A): _____


Marco Antônio de Macedo Marçal

2º EXAMINADOR(A): _____


Rafael Salviano Silveira

Marília, 02 de dezembro de 2014.

À minha família, que não mediu esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida, em especial, à minha amada avó Kinue Takamori, que sempre me apoiou e me incentivou nessa jornada de forma incondicional.

À minha tia, Isabel Tacaco Yamamoto, que apesar de todas as dificuldades e obstáculos, sempre acreditou em mim e fez de tudo para que eu conseguisse concluir esta etapa.

AGRADECIMENTOS

À deus, pelo dom da vida, pela esperança e fé na concretização dos sonhos traçados ao longo dessa trajetória.

Aos meus familiares, pelo amor e incentivo e apoio incondicional sempre.

À Isabel Tacaco Yamamoto, minha querida tia, que, com dedicação e carinho, à custa de sacrifício pessoal, proporcionou à realização dessa conquista.

À professora Marília Miguel, pela paciência e auxílio seguro na orientação, essenciais para o desenvolvimento e conclusão desta jornada.

Ao doutor, Eduardo Yudi Yamamoto, pela valiosa contribuição no presente trabalho.

“A DIGNIDADE HUMANA é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a vida saudável, para que tenha bem-estar físico, mental e social, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

(Ingo Sarlet)

TAKAMORI, Claudia Brabo. **A dignidade da pessoa humana como vetor finalístico do benefício assistencial**. 2014. 63 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 20014.

RESUMO

O presente trabalho apresenta como objeto de estudo a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, regulamentado pela Lei 8.742/93, à luz da dignidade da pessoa humana. A Assistência Social possui um relevante papel de albergar os desamparados, nos termos da lei, e projetar a partir de um mínimo existencial, a existência digna dos indivíduos, em condições anteriores indignas de penúria social. A garantia desse direito consagra-se previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, todavia, apenas em 1993, com a edição da Lei 8.742, regulamentou-se o tema, delimitando os critérios objetivos e subjetivos para a sua concessão. Outrossim, o benefício de prestação continuada consiste no pagamento de um salário mínimo mensal e contínuo à pessoa com deficiência ou idosa, com idade acima de 65 anos e que, cumulativamente, comprovem possuir renda *per capita* familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Inobstante, a declaração de constitucionalidade do critério objetivo para fins de aferição de miserabilidade, em novo pronunciamento, a Corte Suprema reapreciou a matéria, refutando a posição adotada, na sua inconstitucionalidade superveniente, em sede da Reclamação - RCL 4374. Na inércia de modificação legislativa e na ineficiência dos critérios insertos na LOAS, originaram-se inúmeras ações com a pretensão de se avaliar casuisticamente a miserabilidade para efeitos concessório do benefício assistencial. Hodiernamente, os órgãos jurisdicionados provocados pelo direito subjetivo de ação do indivíduo posicionam-se na relativização do critério objetivo, em observância à dignidade da pessoa humana como valor-fonte do ordenamento jurídico e a efetiva fruição dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Assistência Social, Benefício de Prestação Continuada, Dignidade Humana.

TAKAMORI, Claudia Brabo. **A dignidade da pessoa humana como vetor finalístico do benefício assistencial**. 2014. 63 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 20014.

ABSTRACT

This paper presents the object of study granting the benefit of continuing healthcare provision, regulated by Law 8742/93, the light of human dignity. Social assistance has an important role to accommodate the homeless, under the law, and design from an existential minimum, the dignified existence of individuals in preceding conditions unworthy of social misery. The guarantee of this right shall pay provided for in art. 203, section V of the Constitution, however, only in 1993, with the enactment of Law 8742, regulates up the theme, defining the objective and subjective criteria for the grant. Moreover, the benefit of continued provision consists of the payment of a monthly minimum wage and keep the person with disabilities or elderly aged over 65 years and which cumulatively provide proof per capita income less than $\frac{1}{4}$ of the minimum wage. Inobstante the declaration of constitutionality of objective criteria for assuring the misery in new pronouncement, the Supreme Court reconsidered the matter, refuting the position adopted in the supplementary unconstitutional, in the headquarters of the complaint - RCL 4374. In legislative inertia modification and the inefficiency of the inserts in LOAS criteria, originated numerous actions by claiming to be case by case basis to evaluate the misery concession effects of welfare benefit .Hodiernamente, the jurisdictional organs caused by subjective right of action of the individual position in the relativization of objective criteria , in compliance with human dignity as the source value- law and the effective enjoyment of fundamental rights.

Keywords: Social Work, Continued Benefit, Human Dignity.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art.: Artigo

BPC: Benefício de Prestação Continuada

CAP'S: Caixas de Aposentadoria e Pensão

CEME: Central de Medicamento

CF: Constituição Federal

DATAPREV: Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social

FUNABEM: Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor

FUNRURAL: Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural

IAPAS: Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social

INAMPS: Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social

INPC: Índice Nacional de Preços ao Consumidor

INPS: Instituto Nacional de Previdência Social

INSS: Instituto Nacional do Seguro Social

LBA: Legião Brasileira de Assistência

LC: Lei Complementar

LOAS: Lei Orgânica da Assistência Social

LOPS: Lei Orgânica da Previdência Social

MPS: Ministério da Previdência Social

RCL: Reclamação

RGPS: Regime Geral de Previdência Social

SINPAS: Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUS: Sistema Único de Saúde

TRF: Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – DA SEGURIDADE SOCIAL.....	12
1.1 Historicidade da Seguridade Social - origem do Direito Previdenciário.....	12
1.2 A Seguridade Social à luz da Constituição Federal.....	14
1.3 Princípios relativos à Seguridade Social	17
1.3.1 Princípio da solidariedade	18
1.3.2 Princípio da universalidade de cobertura e do atendimento	20
1.3.3 Princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais	20
1.3.4 Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços ..	21
1.3.5 Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios	22
CAPÍTULO 2 - DA ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIRETO E DEVER DO ESTADO	24
2.1 Da Assistência Social no Brasil.....	24
2.2 Do Benefício Assistencial De Prestação Continuada	27
2.3 Critérios legais para concessão do benefício assistencial.....	30
2.4 Do benefício destinado às pessoas com deficiência	33
2.5 Do benefício destinado aos idosos	38
CAPÍTULO 3 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO OBJETIVO	43
3.1 Do critério objetivo para cálculo da renda per capita	43
3.2 Um novo e condoreiro olhar da hermenêutica da ADI 1.232	46
3.3 Da dignidade da pessoa humana como viés para concessão do LOAS.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

Ao Estado atribuí-se o dever de promover prestações positivas, em destaque, ações de iniciativa pública, bem como abstenção de condutas que implique em eminente desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, originou-se a proteção social a fim de resguardar os indivíduos de eventos imprevisíveis e contingências danosas que afetem não só a renda, em sua importância, mas, a tranquilidade, a paz de espírito, a segurança e a fruição de demais direitos tutelados pela Lei Fundamental.

No Brasil, a seguridade social lançou-se como tripé de direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistencial social com o escopo de prevenir e reparar as necessidades e adversidades individuais ou coletivas.

Em outras palavras, a seguridade social representa melhores condições de vida ao indivíduo, preservando o acesso aos serviços ou benefícios fundamentais para a promoção do estado do bem-estar social.

Outrossim, a assistência social, esfera do gênero, vislumbra-se indispensável para concretização dos princípios basilares previstos na Lei Maior. De outro modo, garante aos cidadãos o mínimo existencial digno, sem a inexigibilidade de custeio prévio do sistema, a partir de uma cobertura assistencialista aos desamparados.

O benefício de prestação continuada, a exegese da LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social, definido pela Lei 8.742/1993, prevê os requisitos objetivos e subjetivos, delimitando os destinatários e o critério de aferição de miserabilidade para fins concessórios.

Os debates na doutrina e jurisprudência revelam-se na aplicação dos requisitos legais do referido benefício – renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo (requisito objetivo) e deficiência ou idade de ao menos 65 anos (requisito subjetivo).

Ocorre que, a definição do requisito objetivo inserto na lei infraconstitucional, por vezes, não ampara parcela da população que, de fato, encontra-se em situação de extrema miséria por ultrapassar o limite da renda *per capita*.

Sob reanálise da eficácia e validade da norma pelo órgão judiciário, sob viés do controle difuso, há a propositura de diversas ações no anseio de que, no caso concreto, sujeito a prestação da tutela jurisdicional, os magistrados atente para a preservação da dignidade da pessoa humana e, logo, o sistema constitucional, sob a reapreciação da miserabilidade.

Nesse passo, a pesquisa realizar-se-á pelo método dedutivo, partir-se-á da definição seguridade social com objetivo de desenvolver um o silogismo que decorre assistência social, em especial, o benefício de prestação continuada traçando um liame com a dignidade da pessoa humana.

Utilizar-se-ão os meios jurídicos cabíveis para construção do presente trabalho que versem sobre a matéria como a identificação de fontes bibliográficas, acórdãos, artigos e súmulas.

Em primeiro momento, à luz do Estatuto Supremo analisar-se-á a Seguridade Social sob a perspectiva dos princípios intrínsecos, delimitando a conceituação das esferas integradas pelo tripé com fito de albergar uma visão ampla da ordem social.

No segundo capítulo, estudar-se-á a Assistência Social debruçando-se sobre os aspectos, definindo os critérios do benefício de prestação continuada e os seus destinatários, bem como as peculiaridades das espécies da LOAS.

O presente trabalho concentrar-se-á, pois, na análise da Reclamação RCL 4374, a crivo da Corte Máxima, refutando-se a constitucionalidade da aplicação do requisito de miserabilidade “conforme a lei”, nos moldes da ADI 1.232, em detrimento de circunstâncias casuísticas que indiquem à penúria social.

O ponto central tem como entorno a dignidade da pessoa humana como vetor finalístico e hermenêutico, em que se embasa a ordem jurídica e clama a proteção social como dever inofismável do ente estatal àqueles que repousam a margem da sociedade, sob pena de violação aos direitos fundamentais e aos ditames reais de justiça.

CAPÍTULO 1 - DA SEGURIDADE SOCIAL

1.1 Historicidade da Seguridade Social - Origem do Direito Previdenciário

Em primeiro momento, abordar-se-á a evolução histórica do Direito Previdenciário. Por conseguinte, a Seguridade Social sob a perspectiva dos princípios intrínsecos, delimitando a conceituação das esferas integradas pelo “tripé” com escopo de albergar uma visão ampla da ordem social alicerçada na Carta Magna.

O Direito Previdenciário é fruto do desenvolvimento da humanidade, vez que decorre da necessidade de tutelar os direitos do homem ante as indulgências sociais. Apresenta-se como instrumento eficaz à cobertura de riscos - “*incertus an e incertus quando*”, a fim de propiciar após o evento, um mínimo vital, socialmente relevante à manutenção do indivíduo e de seus familiares (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 21).

Indispensável, destacar que a efetiva atuação estatal em busca da proteção social em face às diversas contingências concretiza-se, apenas, com a edição da Poor Relief Act (Lei dos Pobres). Em uma situação pretérita, o auxílio aos necessitados reproduzia a idéia de mera caridade, desvinculada do ideal de justiça (IBRAHIM, 2011, p. 01).

Devidamente, criada em 1601, a Lei dos Pobres integrava-se numa contribuição obrigatória onerada pelos ocupantes e usuários de terra com fito de garantir amparo aos pobres, consubstanciando, por essa razão, como a primeira lei com caráter assistencial (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 24).

Implantado gradativamente pelo Parlamento, na Alemanha, diversos seguros sociais foram instituídos com o escopo de atenuar a tensão existente nas classes trabalhadoras e, por outro lado, assegurar melhores condições de vida. No ano de 1883, sob a concepção protecionista, por Otto Von Bismarck, foi editado o seguro-doença. Em 1889, criou-se o seguro de invalidez e velhice custeado pelas empresas, obreiros e pelo próprio Estado (MARTINS, 2011b, p. 04).

Constitucionalmente, no ano de 1917, o tema acerca do seguro social é tratado na primeira Constituição do México e, logo, em 1919, pela Constituição Federal de Weimar. Após a crise mundial, nos Estados Unidos, foi adotado o New Deal, inspirado no Welfare State (Estado do bem-estar social) alicerçado numa política intervencionista, a partir de investimentos públicos nos três setores - saúde, assistência e previdência social - numa enérgica luta contra a miséria. Nesse ínterim, em 1935, editou-se o Social Security Act, o qual

instituiu a Previdência Social como instrumento de proteção social (KERTZMAN, 2011, p. 40).

Implantado na Inglaterra em 1941, a criação do Plano Beveridge destaca-se como marco importante na história da Seguridade Social. Mantido em cinco pilares securitários, a necessidade, a doença, a ignorância, o desamparo e o desemprego. Dentre os objetivos, merecem relevância, a garantia a universalidade e a igualdade de proteção aos indivíduos, a unificação dos seguros existentes e a tríplice forma de custeio, com predominância, neste último, do Estado (MARTINS, 2011b, p. 05).

No Brasil, a evolução da proteção social ocorreu de forma similar ao âmbito internacional. Originou-se sob o prisma privado e voluntário, após a criação dos planos mutualista até a intervenção estatal mais latente. Em 1543, as Santas Casas de Misericórdia prestavam serviços na esfera da Assistência Social. Apenas, no ano 1835, foi criada a primeira entidade de previdência privada no país denominado Montepio Geral dos Servidores do Estado (IBRAHIM, 2011, p. 54).

Outrossim, ainda sob a esfera privada e específica, a Constituição brasileira de 1824 foi a primeira a versar sobre a Seguridade Social acerca dos socorros públicos. Por conseguinte, nos termos do artigo 75, a Constituição Federal de 1891 dispôs ainda sobre a concessão da aposentadoria por invalidez aos servidores públicos (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 28).

A Lei Eloy Chaves, Decreto-Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, por sua vez, foi a primeira norma brasileira a instituir a Previdência Social. Originária de manifestações da classe trabalhadora do setor ferroviário, a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensão - CAP'S destinou-se a assegurar aposentadoria aos seus empregados e pensão em caso de morte aos seus dependentes (MARTINS, 2011b, p. 09).

Naturalmente, após a criação da referida lei houve a reformulação dos regimes previdenciários e trabalhistas, ante a busca das demais categorias de empregados pela as “benesses” assecuratórias contras as contingências sociais. A consolidação destes institutos autárquicos, revelou-se necessária em face da necessidade de unificação das CAP's, a fim de propiciar um controle centralizado, subordinados a Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, a partir de sua criação em 1930 (IBRAHIM, 2011, p. 57).

Pela primeira vez a Constituição Federal de 1934 introduziu o modelo tripartite de custeio, com a contribuição do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores, além de garantir proteção à velhice, à maternidade, ao acidente de trabalho e à morte. Em 1937,

embora previstos esses direitos, por omissão legislativa acerca do custeio do sistema, não foram devidamente implementados (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 31).

Na esfera da assistência Social, em 1942, foi criada a LBA – Legião Brasileira de Assistência, por meio do Decreto-Lei nº 4.890/42. Nessa esteira evolutiva, a Constituição de 1946 substituiu em seu texto normativo a expressão vigente “seguro social” por “previdência social” (MARTINS, 2011b, p. 11).

Em 1960 com a criação da Lei Orgânica da Previdência Social- LOPS houve a padronização do sistema assistencial, bem como a amplificação de benefícios e uniformização de direitos e de contribuições. Todavia, apenas em 1967 ocorre a unificação de aposentadoria e pensões com a centralização da organização previdenciária a partir da implantação do Instituto Nacional da Seguridade Social. Ainda, no ano de 1971 estendeu-se a cobertura da previdência social aos Trabalhadores rurais (MARTINS, 2011b, p. 12-13).

Já em 1977, a lei nº 6439 instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS composta pelos seguintes órgãos: INPS, IAPAS, INAMPS, LBA, FUNABEM, CEME e DATAPREV. Destinadas a reorganização da previdência social, entretanto, em 1990 o SINPAS foi extinto, sendo criado o Instituto Nacional de Seguridade Social- INSS, a partir da fusão entre o INPS com o IAPAS (IBRAHIM, 2011, p. 61-62).

Por fim, a Constituição Federal de 1988 dispôs sobre as três esferas da seguridade social: saúde, previdência social e assistência social e, bem como tratou acerca da solidariedade do custeio pelo Estado, empregadores e empregados.

1.2 A Seguridade Social à Luz da Constituição Federal

Após as inúmeras inovações resultado do dinamismo histórico do direito previdenciário, na Constituição Federal de 1988 é inserta pela 1ª vez a expressão de “Seguridade Social”, designada em capítulo próprio, nos artigos 194 a 204 (MARTINS, 2011b, p. 16).

A promulgação da Constituição Federal vigente projetou o sistema de Seguridade Social, anteriormente delimitado num Estado Providência que garantia apenas proteção aos trabalhadores, transcendendo-se a um Estado de Seguridade Social, uma vez que passou assegurar proteção universal a todos, bem como a garantir um mínimo necessário à existência humana (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 56).

A Seguridade Social, da qual advém a Previdência Social, a Saúde e Assistência Social, fomentou na sua condição de gênero a necessidade de elaboração de leis específicas para dispor sobre cada espécie.

Dessa forma, foram editadas: Lei nº 8.080/90 que versa sobre a Saúde, Lei nº 8.742/93 que dispõe sobre a organização da Assistência Social, também denominada de Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), e Leis nºs 8.212/91 e 8.213/91 que regulamentam a Previdência Social, tratando, respectivamente, sobre o custeio do sistema da Seguridade Social e do plano de benefícios previdenciários (MARTINS, 2011b, p. 17).

De competência privativa da União para legislar sobre a matéria, a Seguridade Social está prevista na Constituição Federal, no título VIII - Da Ordem Social, com fulcro no artigo 194, tendo sido conceituada, como conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência e à Assistência Social.

Conforme ensina de Beveridge (1995 apud HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 109), a seguridade Social é definida como:

A seguridade Social é, pois, apenas uma parte da luta contra os cinco gigantes do mal: a miséria física, que o interessa diretamente; a doença, que é muitas vezes, causadora da miséria e que produz ainda muitos males; a ignorância, que nenhuma democracia pode tolerar nos seus cidadãos; a imundície, que decorre principalmente da distribuição irracional das indústrias e da população; e contra o desemprego involuntário (ociosidade), que destrói a riqueza e corrompe homens, estejam eles bem ou mal nutridos [...] Mostrando que a seguridade, pode combinar-se com a liberdade, a iniciativa e responsabilidade do indivíduo e a sua própria vida.

Em essência, a seguridade social visa prevenir e reparar eventuais adversidades sociais, a fim de se evitar o estado de penúria albergado pela concretização dessas contingências futuras, intervindo, para tanto o ente estatal na promoção de direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistencial social.

As três áreas de proteção, a Seguridade Social foi eufemisticamente apelidada de “a casa das três meninas” (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 84).

A saúde, a primeira das espécies da seguridade social, está disposta nos artigos 196 a 200 da Lei Maior, que rege:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De acordo com Martins (2011b, p. 24), a saúde “pretende oferecer uma política social e econômica destinada a reduzir riscos de doenças e outros agravos, proporcionando ações e serviços para a proteção e recuperação do indivíduo”.

A assistência Social, prevista nos artigos 203 e 204, da Constituição Federal, segundo Horvath Júnior (2010, p. 123), “é política de seguridade social não contributiva que provê os mínimos sociais”. Vejamos:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
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.

Nesse contexto, a assistência social caracteriza-se por ações sociais que visam atender os necessitados, assegurando determinados benefícios àqueles que nunca contribuíram para o sistema (MARTINS, 2011b, p. 24).

Destinada, a efetivar o fim que se esteia o gênero, a Assistência Social é direcionada aos sujeitos carentes à margem da sociedade com o fito de promover a inclusão social mediante o atendimento de um mínimo que norteie a existência digna do ser humano, sob o erige de proteção aos necessitados, ou seja, pessoas que não têm condições financeiras necessárias para a sua manutenção, e aos portadores de deficiência, a partir de políticas públicas na busca da sua real concretização.

O objetivo da Seguridade Social, em análise extensiva, reside em fornecer os meios de subsistência à pessoa humana através a uma proteção universal assecuratória, eis que a cobertura destina-se tanto àqueles que contribuem efetivamente, bem como aos que não vertem para o sistema contribuição, mas detém direitos resguardados.

Conforme ensina Lopes Júnior (2010, p. 34): “a proteção social consiste na atuação do Estado nos sentido de prestar aos membros do grupo social segurança contra eventos que lhes causem a diminuição da capacidade de trabalho e, conseqüentemente, de prover o próprio sustento, assim como daqueles que por algum dos eventos devidamente enumerados venham a se demonstrar incapacitados para os atos da vida comum”.

Por conseguinte, delineada a evolução da Seguridade Social, bem como a conceituação no hodierno plano jurídico, analisar-se-á os seus princípios embaixadores desse sistema à luz da Carta Magna.

1.3 Princípios relativos à Seguridade Social

O conceito de princípio projeta a idéia de “começo”. No que concerne ao Direito, o princípio vislumbra-se indispensável como vertente orientador na aplicação da norma, na sua condição de validade, bem como sob uma análise axiológica. Caracteriza-se, porquanto, como uma força normativa capaz de suprir as omissões legislativas e assistir a uma correta hermenêutica.

O artigo 194, parágrafo único, da Lei Fundamental, estabelece os principais princípios da Seguridade Social. Vejamos:

Art. 194. [...].

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade de cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Nesse sentido, Martins (2011b, p. 46), afirma que “são os princípios as proposições básicas que fundamentam, inspiram e orientam as ciências. Para o Direito, o princípio é o seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas”.

Embora os princípios da igualdade, da legalidade e do direito adquirido não figuram especificamente como princípios da Seguridade Social, devidamente inseridos na Carta Magna, sob a condição hierárquica disposta no sistema jurídico, faz-se indispensável à análise sumária destes (MARTINS, 2011b, p. 46).

O princípio da igualdade, também denominado como princípio da isonomia, está proclamado no art. 5º, da Constituição Federal, e refere-se à garantia de tratamento equânime a todos os cidadãos indistintamente (MARTINS, 2011b, p. 47).

Isto quer dizer que, perante a lei, todos devem ser tratados de forma isonômica, sendo inadmitida qualquer meio discriminação que o viole essa garantia constitucional e defina uma situação de desigualdade a indivíduos igualmente considerados.

O inciso II, o art. 5º, da Lei Maior, dispõe acerca do princípio da legalidade. Esse preceito garante que nenhuma pessoa seja compelida a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão por determinação de lei (MARTINS, 2011b, p. 48).

Já o princípio do direito adquirido consiste em um direito que integra o patrimônio jurídico da pessoa, que cumpriu todos os requisitos para adquiri-lo e por essa razão detém a condição de usufruí-lo. (MARTINS, 2011b, p. 49).

Esses princípios são normas constitucionais que albergam valores jurídicos superiores que condicionam a atividade do legislador infraconstitucional, de modo a fornecer diretrizes interpretativas e conferir unidade a Seguridade Social, a fim de assistir na concretização eficaz a que se destina cada espécie.

Adiante, realizar-se-á um estudo a respeito dos princípios básicos da Seguridade Social, haja vista a relevância no ordenamento jurídico já delineada, bem como propiciar uma visão ampla acerca do tema central a ser tratado.

1.3.1 Princípio da Solidariedade

Devidamente previsto, o art. 3º, inciso I da Lei Maior dispõe acerca do princípio da solidariedade. A fraternidade embasa o seguro social, a fim de efetivar os ideais do Estado democrático de Direito. Vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A solidariedade, postulado fundamental do Direito da Seguridade Social, denomina-se como solidarismo, solidariedade ou mutualismo. Prevista implicitamente na Constituição Federal, em seu art. 3º, inciso I, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária (MARTINS, 2011b, p. 53).

Conforme ensina Martinez, (2011, p. 88), conclui-se que:

A solidariedade Social é a expressão do reconhecimento das desigualdades existentes no estrato da sociedade e deslocamento físico, espontâneo ou forçado pela norma jurídica, de rendas ou riquezas criadas pela totalidade, de uma pra outra parcela dos indivíduos previdenciariamente definidos. Alguns cidadãos são identificados como aportadores e receptores, a uns subtraindo-se o seu patrimônio e a outros, acrescentando-se, até atingir-se a consecução do equilíbrio social.

O estudioso (MARTINS, 2011b, p. 121), elucida ainda, que a solidariedade “significa a cotização de certas pessoas, com capacidade contributiva, em favor dos despossuídos. Socialmente considerada, é ajuda marcadamente anônima, traduzindo mútuo auxílio, mesmo obrigatório, dos indivíduos”.

A sociedade atua como agente responsável pelo financiamento da Seguridade Social, desta feita, as pessoas que detiverem melhores condições de contribuir deverão prover com uma parcela significativa. Por outro lado, os que tiverem menores condições financeiras deverão ter uma participação menor no custeio do sistema, sem, no entanto, deixarem de verter contribuição (MARTINS, 2011b, p. 54).

Mister se faz a elucidação, brilhantemente apontada por Horvath Júnior (2010, p. 81-82):

Precisamos eliminar a ideia de que os benefícios previdenciários só são concedidos a quem está em situação de impossibilidade de obtenção de recursos para sustento pessoal e de sua família, pois isto não corresponde à totalidade das situações. O sistema protetivo visa amparar necessidades sociais que acarretam a perda ou a diminuição dos recursos, bem como situações que provoquem o aumento de gastos. No momento da contribuição, é a sociedade quem contribui; no momento da percepção da prestação, é o indivíduo quem usufrui. Daí vem o pacto de gerações ou princípio da solidariedade entre gerações. Os não necessitados de hoje, contribuintes, serão os necessitados de amanhã, custeados por novos não necessitados que surgem.

Vale frisar como resultado dessa solidariedade social, num dado momento, os que verteram contribuições para custear o sistema, noutro, beneficiar-se-ão da participação da coletividade (MARTINEZ, 2010, p. 121).

Portanto, a solidariedade social edifica-se na contribuição obrigatória da coletividade no custeio do sistema social, de acordo com a capacidade contributiva do agente, sem, entretanto, estar isento os que detêm condições menos favorecidas, a fim de que sob os laços fraternos alcance os objetivos da Republica Federativa, na construção de uma sociedade justa e solidária.

1.3.2 Princípio da Universalidade de Cobertura e do Atendimento

Contrário ao próprio termo “universal”, o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento impõe a restrição das contingências sociais, bem como no tocante a propiciá-lo aos segurados, ante a impossibilidade de atender todas as contingências sociais desejáveis (seletividade), bem como garantir a distributividade da cobertura a todos os indivíduos.

Este princípio prevê que todos aqueles que residem no Brasil, inclusive os estrangeiros, sem distinção entre segurados urbanos ou rurais, farão jus a benefícios assegurados pelo sistema da Seguridade Social (MARTINS, 2011b, p. 55).

Contudo, a expressão “todos” deve ser entendida de modo restritivo. De acordo com Martins (2011b, p. 55), “Se a lei não previr certo benefício ou este não for estendido a determinada pessoa, não haverá direito a tais vantagens”.

O princípio em comento subdivide-se em objetivo, cujo enfoque é a universalidade de cobertura, e subjetivo, no qual se busca a universalidade de atendimento, conforme as possibilidades econômico-financeiras do Estado (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 91).

A objetividade da universalidade de cobertura refere-se às contingências que serão cobertas pela Seguridade Social, por exemplo, a morte, a idade avançada, a deficiência e a impossibilidade do exercício de atividade laborativa. Ao passo que, a universalidade de atendimento diz respeito às prestações que os cidadãos necessitam, conforme previsão em lei (MARTINS, 2011b, p. 55).

Logo, o princípio da universalidade de cobertura e de atendimento, sem distinção entre os segurados urbanos ou rurais, não deve ser aplicado sob o viés absoluto, eis que as contingências sociais previstas, bem como os sujeitos acobertados condicionam aos recursos financeiros - orçamentários do Estado.

1.3.3 Princípio da Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

Considerado um desdobramento do princípio da igualdade, o princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, previsto no art. 194, parágrafo único, II, da Lei Magna, disciplina a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços de todas as pessoas, com exceção dos servidores públicos, os quais possuem regime próprio de previdência (MARTINS, 2011b, p. 56).

Com a regulamentação da Constituição Federal de 1988, bem como com a edição das Leis nº 8.212/91 e 8.231/91 visou-se eliminar a distinção entre trabalhador rural e urbano. Substituiu-se a referida denominação “trabalhador” por “populações” a fim de preservar o tratamento igualitário. Com efeito, no art. 7º, da Constituição Federal estão previstos os mesmos direitos para as populações urbanas e rurais (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 91).

O referido jurista (2011, p. 56), ensina ainda que o termo “populações” é preceito amplo, vez que alberga todo o sistema de seguridade social - previdência social, assistência social e saúde, bem como, por analogia, abrange inclusive o pescador e o garimpeiro.

Frisa-se que a regra é a isonomia, porém, vale notar que a própria lei 8.213/91 dispõe acerca a diferenciação de certos requisitos para a concessão de benefícios, sem, entretanto, que se constitua violação ao princípio em comento, e sob outro prisma ao princípio da igualdade.

Dessa forma, Wagner Balera (1996 apud FERREIRA, 2007, p. 167):

A uniformidade significa identidade. Existirão prestações idênticas para toda a população, independentemente do local onde residam ou trabalhem as pessoas. Equivalente quer dizer ‘de igual valor’. Significa, pois, que os benefícios não serão distintos entre as populações protegidas.

Cita-se, apenas a título de exemplo, o benefício de aposentadoria por idade, neste devidamente comprovado o labor rural, há a redução de 05 (cinco) anos de exigência de tempo de contribuição entre trabalhadores urbanos aos rurais, nos termos da lei.

Ante o exposto, eventual hipótese de diferenciação entre os benefícios e serviços as populações urbanas e rurais respalda-se, nos termos a serem definidos por lei, em assegurar tratamento diferenciado àqueles que se encontram em situações substancialmente diferente, sem que fira a isonomia tutelada constitucionalmente.

1.3.4 Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços

O aludido princípio refere-se à seleção e distribuição das prestações, que são divididas em benefícios (pagamento em dinheiro) e serviços (bens imateriais disponíveis às pessoas), acobertando determinados riscos e contingências sociais.

O estudioso, Horvath Júnior (2010, p. 93), elenca os riscos e contingências protegidos pela Seguridade Social, nos termos do art. 201 da Constituição Federal, sendo eles “doença, invalidez, morte, idade avançada, proteção à maternidade, proteção ao trabalhador

em situação de desemprego involuntário, proteção aos segurados de baixa renda (salário-família e auxílio-reclusão) e o risco de acidente de trabalho”.

A seleção das prestações é feita de acordo com os recursos econômico-financeiros do sistema, sendo que é a lei que elenca quais são os benefícios e serviços que devem ser prestados à sociedade. Contudo, nem todas as pessoas farão *jus* ao benefício, justificando, pois, a idéia de distributividade (MARTINS, 2011b, p. 56).

Observa que a seletividade é um limitador do princípio da universalidade, porquanto há escolha de riscos e prestações e seleção de beneficiários a serem protegidos visando o atendimento de maior número possível de pessoas, priorizando, todavia, as que se encontram no mais grave estado de necessidade social (FERREIRA, 2007, p. 168).

Segundo entendimento de Martins (2011b, p. 56), a distributividade:

[...] implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A ideia da distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz o que distribuir renda. A distribuição pode ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal. A distributividade tem, portanto, caráter social. Também é observada a distributividade na área da Saúde, como de distribuição de bem-estar às pessoas.

Desse modo, conforme ensina Ferreira (2007, p. 169), a idéia de distributividade é parcialmente aplicada nas esferas da saúde e da assistência social, posto que a Lei Maior dispôs acerca da universalidade de atendimento e cobertura, sem entretanto, prever a obrigatoriedade de contribuição aos que delas necessitam.

A distributividade, portanto, diz respeito à justiça social, uma vez que seu enfoque é o arrefecimento das desigualdades sociais, baseia-se no orçamento limitado do ente estatal que se contrapõe a diversas necessidades da sociedade, selecionando as principais carências sociais e priorizando o atendimento aos mais necessitados em detrimento dos menos.

1.3.5 Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios

Inicialmente, conforme elucidada Wagner Balera (1996, p. 50 apud FERREIRA, 2007, p. 169), “os benefícios refere-se à prestação pecuniária devida aos beneficiários, garantindo-lhes uma vida digna”.

O princípio em comento destina-se a assegurar a irredutibilidade do benefício do segurado. Garante a segurança jurídica, ao promover a manutenção do valor monetário da prestação, mesmo diante de índices inflacionários. (MARTINS, 2011b, p. 57).

O princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios caracteriza-se como uma vedação à redução do valor nominal e a realização de descontos nos benefícios. Porém, nos termos do art. 201, §4º da Carta Magna, remete a preservação do denominado valor real ao critério da lei ordinária. (MARTINS, 2011b, p. 57).

Faz-se mister ressaltar que, de acordo com o art. 201, §2º, da Constituição Federal, somente os benefícios sob a ordem substitutiva do rendimento do trabalhador é que não poder-se-ão ser inferiores a um salário mínimo (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 94).

Desta forma, hermeneuticamente, sob a análise do sistema estudado, apenas os pecúlios auxílio-acidente e salário-família poderão ter valor nominal abaixo de um salário mínimo, vez que não se enquadram no critério supra elencado.

A irredutibilidade projeta-se em dois momentos distintos: o da concessão de benefícios e o do reajustamento dos benefícios previdenciários, por força da lei 6.078/79 será realizado de acordo com o Índice Nacional de Preços do Consumidor (INPC), ante a proibição de vinculação do salário mínimo a benefícios previdenciários (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 94-95).

Devidamente estudada a Seguridade Social e os princípios basilares que a fundamentam no ordenamento jurídico, passar-se-á ao desenvolvimento da Assistência Social, bem como as espécies do benefício de prestação continuada, a fim de albergar uma visão ampla e, por conseguinte, adentrar na seara do objetivo do presente trabalho.

CAPÍTULO 2 – DA ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DEVER DO ESTADO

2.1 Da Assistência Social no Brasil

Historicamente, igualmente a evolução do seguro social, a assistência social resultou da união do seguro privado com o mutualismo profissional. Originou-se no atendimento público e religioso, no qual a presença do particular é acentuada no fim que se destina (MARTINEZ, 2011, p. 47).

A Assistência Social, para o aludido autor, compõe-se de entidades estatais e privadas, dentre estas, as de fins filantrópicos, as quais percebem subsídios do órgão estatal. De outro modo, assegura-se a imunidade de contribuição no tocante a parte patronal, vez que a previdência social atua, inclusive, no custeio de partes de seus encargos (MARTINEZ, 2011, p. 47).

O vínculo da relação jurídica de previdência social e da assistência social, a última constitucionalmente prevista nos artigos 203 e 204, retrata-se distinto, não apenas no que concerne a fonte de custeio direto, sobretudo, pela estrutura administrativa (MARTINEZ, 2010, p. 188).

A basilar diferença existente entre a Previdência Social e a Assistência Social, ambas espécies da Seguridade Social, conforme os ensinamentos de Pedro Augusto Musa Julião (2002, p. 29), refere-se:

Quando analisamos as diferenças entre assistência e previdência social vimos que a diferença fundamental entre ambas está na obrigatoriedade ou não da prévia contribuição. No primeiro caso, há a prestação do Estado sem a correspondente participação do protegido. No segundo, ao contrário, a prestação será proporcional a participação do beneficiário com a contribuição.

Portanto, a distinção supra referida repousa na possibilidade de perceber benefício, sem a necessidade de filiação ao sistema, bem como sem verter contribuições. Isso porque, as prestações assistencialistas visam atingir parcela determinada da sociedade, a fim de efetivar os objetivos elencados no art. 3º, III, da Lei Maior.

Em outras palavras, a assistência social, espécie do Direito da Seguridade Social, independente de contribuição do próprio beneficiário, porquanto, figura-se, mais próxima da idéia de Seguridade Social, ante a desnecessidade de verter contribuição para fazer jus a benefícios ou serviço definidos em lei (MARTINS, 2011b, p. 484).

Assim, o assistencialismo será prestado a quem dele necessitar, independente de contribuição direta pelo beneficiário, haja vista que o pressuposto para a percepção do auxílio é a necessidade do assistido, ante a sua impossibilidade de manutenção própria, conforme constitucionalmente previsto (IBRAHIM, 2011, p. 13).

Sob esse prisma, a espécie da Seguridade Social, em estudo, constitui-se um instrumento de transformação social e não meramente assistencialista, pois a partir de suas prestações assegura-se a inclusão do assistido na vida comunitária, bem como a diminuição das desigualdades sociais (SANTOS, 2011, p. 99).

Nesse sentido, Martinez (1992, apud MARTINS, 2010, p. 483) a Assistência Social integra:

[...] um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. Não só complementa os serviços da Previdência Social, como amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades providas.

Em relação aos recursos do seu orçamento, o art. 204 tratou do tema, vejamos:

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:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Nesses termos, o custeio da seguridade Social será organizado com os recursos do orçamento da Seguridade Social, bem como sob o encargo de toda sociedade direta e indiretamente. O financiamento dos benefícios far-se-á por recursos advindos do Fundo Nacional de Assistência Social - FNAS, bem como por recursos oriundos das contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal, conforme dispõe o art. 28 da LOAS (MARTINS, 2011b, p. 491).

Destarte, embora a Constituição Federal de 1998 tenha elencado a Assistência Social no art. 203, inciso V, bem como em seu art. 204 ter regulado acerca das fontes de custeio, a legislação infraconstitucional, especificamente, somente editou os critérios para a concessão do benefício de prestação continuada com a edição da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Criou-se a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), um dos pilares da Assistência Social no Brasil. Dessa feita, instituí-se como um direito de todo cidadão e um dever do Estado em suplantando o atendimento de necessidades básicas aos desamparados em situação de indigência social, por meio de ações de iniciativa pública e privada (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 123).

Sob uma concepção geral, com fundamento constitucional, as prestações de assistência social são asseguradas a todas as pessoas atingidas por contingência danosa, seja por ocasião do de um estado de necessidade ou por indigência (FERREIRA, 2007, p. 190).

A prestação dos benefícios de assistência social dar-se-á de forma contínua, nos moldes do art. 20 da lei 8742/93, ou eventual para atender situações eventuais - pagamento de auxílio por natalidade ou morte as famílias (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 124).

O assistencialismo, em destaque, o benefício de prestação continuada é direcionado aos sujeitos carentes à margem da sociedade com o fito de promover a inclusão social mediante o atendimento de um mínimo que norteie a existência digna do ser humano.

Outrossim, a Lei nº 8.212/91, em seu art. 4º, prevê:

A Assistência Social é a política social que prevê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuir à Previdência social (grifo nosso).

Assim, conceder-se-á o benefício continuado, desde que o requerente preencha os requisitos elencados no artigo 203, V, do Texto Magno. Assegura-se o benefício contínuo no valor correspondente a um salário mínimo às pessoas portadoras de deficiência ou idosas que comprovem não possuir meios de prover sua própria subsistência nem tê-la provida por seus familiares, a fim de amparar parcela da população abastada socialmente e resguardar sua dignidade.

O Amparo de Prestação Continuada, sob o enfoque do critério da miserabilidade apresenta-se como o tema central do presente trabalho. Dessa feita, passar-se-á o

desenvolvimento do benefício assistencial, bem como dos seus requisitos, como instrumento de “justiça social”.

2.2 Do Benefício Assistencial De Prestação Continuada

No decorrer da história, a denominação do benefício em estudo transcendeu de “amparo previdenciário” - Lei 6.179/74 para “renda mensal vitalícia”, inserta nos termos do art. 139 da Lei 8.213, até a denominação hodierna de “benefício de prestação continuada” (MARTINS, 2011b, p. 495).

Tradicionalmente, a prestação pecuniária assistencial, a ser abordada, é conhecida com benefício de prestação continuada, instituído pela Lei 8.742/1993, Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS.

Constitucionalmente previsto, o benefício em comento, garante à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por seus familiares, uma renda mensal no importe de 01 salário mínimo (HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 126).

Em termos técnicos, o benefício de prestação continuada não constitui um benefício na seara previdenciária, sua concessão e administração são feitas pelo INSS e, justifica-se em sê-lo pela eficiência administrativa. Logo, o fator preponderante respalda-se cumulativamente no destinatário subjetivo e na precariedade socioeconômica comprovada, independentemente do beneficiário ter vertido contribuição social para o sistema (IBRAHIM, 2011 p.16).

Em outras palavras, o referido benefício apresenta-se incompatível com remuneração eventualmente percebida pelo beneficiário, vez que não tem como função a complementação de renda. Figura-se como benefício de trato contínuo, mensal e sucessivo, e, portanto, um mínimo vital aos destinatários (MARTINS, 2011b, p. 495).

Nesse sentido, o benefício de prestação continuada atua como instrumento público-social que visa a preservação da dignidade da pessoa humana, a fim de atender as necessidades imediatas, a partir da concessão de um mínimo, independente da natureza, seja alimentar ou de subsistência. Os autores, Paulo Afonso Brum Vaz e José Antônio Savaris, (2009, p. 255-256), ensinam que:

Trata-se de uma prestação pecuniária mensal, no valor de um salário mínimo, devido à pessoa idosa ou portadora de deficiência, hipossuficientes, que comprovem tal situação, cujo caráter é alimentar ou de subsistência. Na

dicção constitucional, é garantido quando comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Tendo em vista, a referida finalidade basilar do benefício de prestação continuada, desde que preenchido os requisitos legais, o benefício em estudo, é devido tanto às pessoas residentes no país, tanto aos nacionais como estrangeiros, ante o princípio da universalidade (MARTINS, 2011b, p. 496).

Desse modo, Ibrahim (2011, p. 18), complementa que “a concessão do benefício somente será feita ao brasileiro, inclusive ao indígena, não amparado por nenhum sistema de previdência social ou ao estrangeiro naturalizado e domiciliado no Brasil, não coberto por sistema de previdência do país de origem”.

A hermenêutica à concessão do benefício embasa-se nos eméritos ensinamentos de Wagner Balera (1988, p. 114 apud HORVATH JÚNIOR, 2010, p. 127):

De certo modo, pois, cada um dos objetivos da assistência social está referido ou relacionado diretamente ao objetivo fundamental do Estado, como definido pelo art. 3º. É necessário, por isso, adotar-se a regra de interpretação do objetivo geral da ordem social (art. 193) com o objetivo fundamental no art. 3º, no detalhamento de metas que o constituinte chamou de objetivos, no rol fixado pelo art. 203. O Plenário virtual do STF (Supremo Tribunal Federal) reconheceu a repercussão geral ao Recurso Extraordinário (RE) 587970 no qual se discute o direito do estrangeiro residente no país que não tenha meios de prover sua existência ou de tê-la provida por sua família o benefício de prestação continuada (benefício de natureza assistencial). O recurso extraordinário foi interposto pelo INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) contra decisão proferida pela 1ª Turma Recursal do JEFederal da 3ª região, que condenou o instituto a conceder à uma estrangeira, residente há mais de 54 anos no Brasil, o benefício assistencial.

Dentre outras características do benefício de prestação continuada, destacam-se a impossibilidade de transferência, ante o caráter personalíssimo, bem como a impossibilidade de gerar pensão por morte aos herdeiros ou sucessores, extinguindo-se, portanto, com a morte do beneficiário. Destarte, o art. 23 do Regulamento do Benefício de Prestação Continuada - RBPC, assegura a percepção do valor não recebido em vida pelo beneficiário aos seus herdeiros (IBRAHIM, 2011, p. 19).

Além disso, o regulamento supra prevê ainda, nos termos do art. 5º, a impossibilidade de cumular o amparo de prestação continuada com qualquer outro benefício, seja no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime. Todavia, põe-se a salvo, a assistência médica e o recebimento de pensão especial de natureza indenizatória (IBRAHIM, 2011, p. 19).

Conforme já exposto, merece destaque, a desnecessidade de contribuição do beneficiário para o sistema, posto que se faz necessário, apenas a comprovação da sua necessidade, nos critérios da lei, cumulada com a impossibilidade de manutenção própria. Mostra-se dispensável, portanto, o cumprimento do período de carência, uma vez que o benefício de assistência social independe de contribuição, logo, independe de carência (SANTOS, 2011, p. 109).

Essa ausência de contribuição pelo beneficiário embasa-se na própria idéia de Assistência Social. Segundo Martinez (2010, p. 188), a relação do beneficiário e a Assistência Social, representa:

[...] um elo simplificado, onde vis-à-vis dois sujeitos, órgão promotor dos serviços e o assistido, sem alicerce da idéia de filiação. Ausente a base material do liame deflagrador da proteção, subsume-se na capacidade do concessor e na necessidade do carente.

Assim, devidamente concedido o benefício, no âmbito administrativo ou no judicial, nos termos do art. 21 da Lei 8.742/1993, o corrobora o autor Martins (2011b, p. 497), que o benefício de prestação continuada permanecerá, com a comprovação da continuidade das condições que deram origem a concessão, a cada dois anos. Assim, a cessação desse assistencialismo fundamenta-se na morte ou ausência do beneficiário, bem como na superação das condições iniciais que embasaram o ato concessório.

Cumprir observar, a desnecessidade de interdição judicial para fins de concessão do benefício em estudo. Desse modo, o art. 35 do Decreto n.º 6.214/2007, dispõe que na situação de incapacidade do beneficiário, o pagamento será realizado ao cônjuge, pai, mãe, tutor e curador, e na falta desses, ao herdeiro necessário pelo prazo legal estimulado, desde que haja termo de compromisso (SANTOS, 2011, p. 109).

A ilustre autora ensina, ainda, que a internação em hospital, abrigo ou instituição similar do portador de deficiência ou do idoso, desde que preenchidos os requisitos objetivos, não obsta a concessão do benefício de prestação continuada, nos termos do art. 20, §5º, da LOAS, bem como do art. 6º do Decreto 6.214/2007 (SANTOS, 2011, p.109).

Conclui-se que o benefício de prestação continuada visa a albergar todos os cidadãos, desde que abastados socialmente, independente de contribuição, carência ou interdição de seus destinatários, bastando à comprovação do cumprimento dos requisitos legais.

Dessa feita, apresentada as características gerais do benefício em comento demonstrar-se-á os critérios definidos, com o fito de diminuir as desigualdades e estratificação entre classes, bem como permitir a existência digna do indivíduo.

2.3 Critérios Legais para Concessão do Benefício Assistencial

A Carta Magna ao dispor acerca do benefício de prestação continuada, apenas tratou do tema, limitando-se a eficácia a norma infraconstitucional, especificamente, a Lei 8.742/93 a defini-lo, bem como a identificação dos sujeitos e dos requisitos objetivos.

Nos termos do art. art. 203, V, da Lei Maior, o benefício assistencial de prestação continuada apresenta como pressuposto basilar a ausência de condições do beneficiário de prover a sua própria manutenção, seja em razão da idade, seja em razão de uma deficiência.

A fim de efetivar a norma hierárquica, vez que se trata de norma de eficácia limitada, a LOAS criou critérios objetivos e subjetivos para a concessão do aludido benefício. Assim, a concessão condiciona-se a renda familiar do requerente cumulado com a faixa etária legal ou estado de deficiência, os quais impossibilitem o beneficiário promover sua própria subsistência com recursos próprios ou de seus familiares, necessitando para tanto, a prestação assistencialista em estudo.

O art. 20 da LOAS dispõe, *in verbis*:

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

Nesse ínterim, a Assistência Social restringe-se a amparar pessoas que se encontrem em situação de verdadeira miserabilidade, por essa razão, os requisitos elencados são: uma renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo dos membros familiar; 65 anos de idade ou mais, ou padecer de uma deficiência incapacitante para o trabalho.

Nos ensinamentos de Martins (2011b, p. 496-497), o requisito etário verifica-se através de documento de identidade apresentado pelo requerente do benefício, bem como desde que comprove o requisito objetivo. Já a deficiência se sujeita a perícia médica pelo INSS, a fim de ser comprovada eventual incapacidade. O requisito de miserabilidade, para ambos, é aferido pela renda grupo familiar que compõe o requerente, conforme reza o art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93, que define o grupo familiar para fins concessórios:

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

Desse modo, o conceito de família para a referida lei distingue-se do conceito amplo elencado na Lei 10.219/01 e 10.689/03. A família para fins assistencialista compreende a unidade mononuclear composta pelo cônjuge, companheiro (a), filhos ou equiparados até 21 anos ou inválidos, pais e irmãos até 21 anos ou inválidos que vivam sob o mesmo teto (IBRAHIM, 2011, p. 20).

De acordo com o exposto, a concessão do benefício de prestação continuada condiciona-se a forma cumulativa dos pressupostos legais. Faz-se necessário, portanto, ter a baixa renda e a idade, ou a baixa renda e a deficiência, nos termos definidos pela lei (SANTOS, 2011, p. 102).

Nessa esteira, com os documentos aptos a comprovar o cumprimento dos requisitos legais, faculta-se ao requerente o pleito concessório do referido benefício à Administração Pública no âmbito administrativo.

Vale lembrar a desnecessidade do esgotamento da via administrativa para propositura de ação pleiteando a concessão de benefício pela Administração Pública, no caso, INSS, a quem compete o deferimento do benefício de prestação continuada, pois, conforme ensina, Moraes (2007, p. 241): “inexiste a obrigatoriedade do esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o judiciário [...]”

A dispensabilidade do procedimento administrativo embasa-se no princípio do acesso à justiça consagrado na Carta Magna a todos os cidadãos. Dessa feita, prevalece sob as demais, a previsão inserta na lei hierárquica, nos termos do art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De acordo com os ensinamentos de José Alfredo de Oliveira Baracho (1995 apud MORAES, 2007, p. 237-238), define o referido princípio como:

O direito à tutela jurisdicional é o direito que toda pessoa tem de exigir que se faça justiça, quando pretenda algo de outra, sendo que a pretensão deve ser atendida por um órgão judicial, através de um processo onde são reconhecidas as garantias mínimas. O acesso dos cidadãos aos tribunais de justiça, à procura de uma resposta jurídica fundamentada a uma pretensão ou interesse determinado, realiza-se pela interposição permanente os órgãos jurisdicionais, cuja missão exclusiva é conhecer e decidir as pretensões, que são submetidas ao conhecimento do órgão judicante, tendo em vista os direitos fundamentais da pessoa.

Observa-se inúmeras ações que visam a preservação das garantias mínimas, vez que a LOAS, embora tenha definido a miserabilidade, a concessão restrita à lei e não as peculiaridades de cada caso concreto para fins de aferição enseja à exclusão daqueles que se

encontram em situação de penúria social, e de outra forma, a provocação do órgão jurisdicionado para a apreciação da matéria.

Nesse sentido, “a ação é meio de concretização do direito processual. Sem ela, o direito material torna-se letra morta” (VENOSA, 2011, p. 345).

Outrossim, a possibilidade do requerente ingressar com ação petítória constitui-se uma faculdade do agente, conforme ensina o ilustre, Horvath Júnior (2010, p. 139): “o direito previdenciário é um direito público subjetivo. A natureza de direito subjetivo permite o exercício do direito de ação sempre que a relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito se fizerem presentes [...]”.

Nesse prisma, o Código de Processo Civil assegura-se o caráter antecipatório do provimento jurisdicional com o fito de promover a eficácia da tutela jurisdicional pretendida. O art. 461 do *codex* em comento dispõe que:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

Em contrapartida, os atos da Administração Pública regem-se pelo princípio da legalidade, posto que se subordinam à lei, esta na como representação da vontade do povo. Desse modo, Hely Lopes Meirelles (2006, p. 87), conceitua:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e as exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Corroborado a esse entendimento, Martinez, 2011, p. 189, ensina que o referido princípio aplica-se ao INSS, órgão gestor da previdência, pois “envolve relações entre pessoa de direito público e pessoas de direito privado”.

O INSS, a quem se atribui a concessão do benefício de prestação continuada, na qualidade de autarquia federal é definido: “[...] como a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de autoadministração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei” (PIETRO, 2006, p. 423).

Conclui-se que, embora a Administração Pública, em especial, o INSS deva estrita observância aos critérios consagrados na lei, verifica-se a relativização do requisito objetivo

no âmbito judicial, ainda que de forma não pacificada, vez que se busca a os ideários de justiça, sob a hermenêutica da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, passar-se-á ao estudo do benefício em espécie - benefício destinado às pessoas com deficiência e benefício destinado aos idosos, sob a ótica de seus destinatários, bem como as suas peculiaridades. Vejamos.

2.4 Do Benefício Destinado às Pessoas com Deficiência

Devidamente elencado os critérios para a concessão do benefício de prestação continuada, faz-se indispensável análise acerca dos indivíduos amparos pela lei, bem como tratar das especificidades de cada espécie, seja ela, destinada às pessoas portadoras de deficiência, seja aos idosos.

A LOAS, em seu art. 20, § 2º, caracteriza a deficiência para fins de concessão do benefício em estudo:

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.

Assim, depreende-se da lei que para a concessão do benefício de prestação continuada é necessário uma deficiência apta a perdurar no tempo, desconsiderando eventual impedimento fugaz, inferior a 02 anos. A natureza física, mental intelectual ou sensorial, independe para esse fim, todavia, o pressuposto, de cada qual, acresce-se a impossibilidade do sujeito concorrer igualmente no mercado de trabalho com os demais.

Segundo a Organização das Nações Unidas, em 1975, a pessoa deficiente define-se como “qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesmo, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de deficiência congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais” (MARTINS, 2011b, p. 495).

Para Martinez (2010, p.126), a pessoa portadora de deficiência conceitua-se como “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão das anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”.

A conceituação mais apropriada para fins de concessão do aludido benefício é tratada por Santos (2011, p.103), bem como dispõe o Decreto nº 3.398/99, que “enquadra a pessoa portadora de deficiência como aquela que detém deficiência física auditiva, deficiência visual, deficiência mental e deficiência múltipla”.

Verifica-se que a LOAS para a concessão do benefício de prestação continuada é rigorosa. Isso porque, a previsão legal trata a deficiência para esse efeito como a incapacidade não só para trabalho, mas para a vida independente (IBRAHIM, 2011, p. 20).

O critério da deficiência condiciona-se, conforme redação da Lei 8.273/1992, a incapacidade para a “vida independente e para o trabalho”. Todavia, conforme elucida Martins (2011b, p. 495): “o fato da pessoa ser deficiente não implica que é incapaz”.

Para Venosa (2011, p. 139), a capacidade de fato das pessoas, alicerçado no Código Civil figura-se como:

[...] a aptidão da pessoa para exercer os atos da vida civil. Essa aptidão requer certas qualidades, sem as quais a pessoa não terá plena capacidade de fato. Essa incapacidade poderá ser absoluta ou relativa. A incapacidade absoluta tolhe completamente a pessoa que exerce por si os atos da vida civil. Para esses atos será necessário que sejam devidamente representados pelos pais ou representantes legais. A incapacidade relativa permite que o sujeito realize certos atos, em princípio, apenas assistidos pelos pais ou representante [...]

Assim, a capacidade civil não será critério de aferição de deficiência para efeitos concessórios do benefício de prestação continuada, vez que “na incapacidade, o que se verifica é se a pessoa tem ou não controle sobre a expressão de sua vontade” (MARTINS, 2011b, p. 495).

Corroborando-se a esse entendimento, o art. 35 do Decreto n.º 6.214/2007, que prevê a desnecessidade de interdição judicial para efeito de concessão do benefício de prestação continuada.

Sob essa ótica, faz-se indispensável os esclarecimentos de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2004, apud Santos, 2011, p. 103), acerca da comprovação da incapacidade das pessoas portadoras de deficiência, definida no art. 20, §2º, da LOAS:

[...] Tal definição choca-se frontalmente, com todo o movimento mundial pela inclusão pessoa que tem deficiência. Num momento que se procura ressaltar os potenciais e as capacidade da pessoa com deficiência, por esta lei, ela deve demonstrar exatamente o contrário. Nossa Constituição, que não foi observada pela LOAS, estabeleceu este benefício para a pessoa com deficiência, e não para a pessoa incapaz, termos em que não são sinônimos e não deveriam ser associadas para qualquer fim, sob pena de se estimular a não preparação dessas pessoas para a vida em sociedade. Alias, é o que está

acontecendo na prática, em razão dessa disciplina da LOAS. Muitos pais acabam impedindo seus filhos com deficiência de estudar e de se qualificar, justamente para não perderem o direito a esse salário mínimo.

Além disso, a redação legal é criticável, segundo Ibrahim, (2011, p.20). A interpretação estrita da deficiência, qual seja incapacidade para a vida independente, exclui eventual percepção daqueles que independem de terceiros para a prática das atividades diárias. Portanto, a ausência de apreciação, em cada caso concreto, da incapacidade viola a dignidade da pessoa humana, tutelada pela Carta Magna.

Nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, na REsp 360202 AL 2001/0120088-6:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. I - A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família - tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente. II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador. III - Recurso desprovido (BRASIL, 2001).

Outrossim, merece destaque o entendimento, versado na Súmula nº. 29 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, a incapacidade do portador de deficiência, ora destinatário do benefício assistencial, é descrita:

Para os efeitos do art. 20, § 2º, 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.

Observa-se, que o posicionamento majoritário da jurisprudência é no sentido de que a deficiência e a incapacidade se confundem, sendo apenas relativizado o critério da

incapacidade, sendo dispensável a comprovação dessa eventual incapacidade para a vida independente (SANTOS, 2011, p. 104).

Dessa forma, a fins de concessão do aludido benefício, em conformidade com as Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011, faz-se indispensável o impedimento em longo prazo, limitando-se “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 02 (dois) anos” (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 834).

Acrescenta-se a orientação da Sumula nº 48 do TNU no que tange a incapacidade temporária e parcial “a incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada”.

Desse modo, a concessão do referido benefício à pessoa portadora de deficiência sujeita-se a exame médico pericial de atribuição do INSS, a fim de se comprovar a incapacidade temporária e parcial ou total e permanente. Outrossim, na hipótese da possibilidade de reabilitação ou habilitação do requerente, o benefício terá caráter temporário, contudo, na interrupção dos procedimentos de reabilitação ou habilitação, passar-se-á, então, a ser obrigatório (MARTINS, 2011b, a p. 496).

No âmbito judicial, a perícia médica constitui prova indireta e deve ser vista sob o enfoque da necessidade, vez que os fatos ordinários, denominados de conhecimento comum, não necessitam de perícia. Apresenta-se, pois, como meio de comprovação dos fatos, a fim de torná-los inteligíveis e acessíveis ao juiz da causa, ante a sua ausência de conhecimento técnico na análise do caso concreto (VENOSA, 2011, p. 620-621).

Nesse contexto, há de ressaltar que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, conforme consagrado no art. 436 do Código de Processo Civil, vez que há discricionariedade e ausência de valoração da prova, exige-se, apenas a fundamentação do ato decisório, nos termos do art. 131 desse diploma:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Segundo os ensinamentos de Ibrahim (2011, p. 20), a efetiva integração do beneficiário no mercado de trabalho, com a percepção de atividade remunerada, resulta na cessação do benefício de prestação continuada. Justifica-se em sê-lo, pois o sistema visa manter o rendimento minimamente digno ao individuo e fornecer aptidão profissional para que beneficiário possa garantir seu próprio sustento. Todavia, em contrapartida, caso haja a

regressão a situação anteriormente ensejadora, assegura-se uma nova concessão do benefício de prestação continuada.

Debate entre a doutrina e jurisprudência revela-se a possibilidade de uma criança com deficiência ser beneficiária do amparo assistencial. No entanto, com a edição do decreto 6.5645/08 restou pacificado eventual divergência e suprida à dúvida. Assim, no caso de crianças e adolescentes, estes, menores de 16 anos de idade, ora requerentes desse benefício, sujeitar-se-ão a avaliação por perícia médica, em que se analisará o impacto da limitação do desempenho da atividade corroborado com a restrição da participação social, sem, entretanto, a necessidade de avaliação a fim de se verificar a incapacidade laborativa (IBRAHIM, 2011, p. 20).

Observa-se a interpretação atribuída pela TNU, no tocante a deficiência de crianças e adolescente, menor de 16 anos. Vejamos:

LOAS. CRIANÇA. SÚMULA 29 DA TNU. AMPLITUDE DO CONCEITO DE INCAPACIDADE PARA VIDA INDEPENDENTE. APLICAÇÃO DAS CONDICIONANTES CONSTANTES DO VOTO PROFERIDO NO PROCESSO Nº 2007.83.03.50.1412-5. QUESTÃO DE ORDEM Nº 20 DATNU. PRECEDENTES DA TNU. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. "Ao menor de dezesseis anos, ao qual o trabalho é proibido pela Constituição, salvo o que se veja na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos, bastam a confirmação da sua deficiência, que implique limitação ao desempenho de atividades ou restrição na participação social, compatíveis com sua idade, ou impacto na economia do grupo familiar do menor, seja por exigir a dedicação de um dos membros do grupo para seus cuidados, prejudicando a capacidade daquele familiar de gerar renda, seja por terem que dispor de recursos maiores que os normais para sua idade, em razão de remédios ou tratamentos; confirmando-se ainda a miserabilidade de sua família, para que faça jus à percepção do benefício assistencial previsto no art. 203, inc. V, da Constituição e no art. 20 da Lei nº 8.742/93" (TNU, PEDILEF 200783035014125, Rel. Juiz Federal Manoel Rolim Campbell Penna, DOU11-3-2011). 2. "Acórdão recorrido, reformando a sentença, não concedeu Benefício Assistencial a menor, seja por entender que não há falar em incapacidade de menor de 16 (catorze) anos, em face de expressa vedação constitucional (art. 7º, XXXIII, da CF), seja pelo fato de laudo pericial atestar a sua capacidade para os atos do dia a dia. 2. Esta Turma Nacional tem firme orientação, assentada na sua Súmula 29, no sentido de que a interpretação do art. 20, § 2º, da Lei 8.742/03 deve ser mais ampla, a partir da premissa que a capacidade para a vida independente engloba a impossibilidade de prover o seu sustento como a prática das atividades mais elementares da pessoa. 3. Resta assente que este conceito de capacidade para a vida independente não está adstrito apenas às atividades do dia a dia, vez que não se exige que o (a) interessado (a) esteja em estado vegetativo para obter o Benefício Assistencial. Dele resulta uma exigência de se fazer uma análise mais ampla das suas condições pessoais, familiares, profissionais e culturais do meio em que vive para melhor avaliar a existência ou não dessa capacidade. 4. Nessa análise ampliada é de se verificar se a deficiência de menor de 16 (dezesseis) anos poderá impactar de

tal modo a sua vida e, bem como de sua família, a reduzir as suas possibilidades e oportunidades, nomeio em que vive. Precedentes nesta TNU: 2007.83.03.50.1412-5; 200580135061286e 200682025020500". (PEDILEF 200932007033423, Relator JUIZ FEDERAL PAULORICARDO ARENA FILHO, Data da Decisão 05/05/2011, Fonte/Data da Publicação DOU 30/08/2011). 3. Pedido de Uniformização conhecido e parcialmente provido, para determinar à Turma Recursal de origem para, com base na premissa jurídica firmada, fazer a devida adequação, proferindo nova decisão. Aplicação da Questão de Ordem nº 20 desta Turma Nacional. (TNU - PEDILEF: 200871550020187, Relator: JUIZ FEDERAL ANTÔNIO FERNANDO SCHENKEL DO AMARAL E SILVA, Data de Julgamento: 29/03/2012, Data de Publicação: DOU 11/05/2012)

Conclui-se, nos termos do art. 4º, § 2º, do Decreto nº. 6.214/2007, que as crianças e adolescentes menores de 16 anos ficam dispensados da comprovação da incapacidade para o trabalho. Contudo, sujeitam-se a avaliação de existência de deficiência, nas funções e estruturas do corpo, bem como a avaliação social sob análise de fatores ambientais, social e pessoal do requerente. As avaliações considerarão o impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade do requerente (SANTOS, 2011, p. 104).

Portanto, as pessoas portadoras de deficiência são amparadas pela Lei Maior e a lei infraconstitucional - LOAS, que regulamenta seus requisitos. Assim, o benefício de prestação continuada tem como fito assegurar proteção à parcela desses cidadãos, não só pela dificuldade de inserção do mercado de trabalho e a integração na vida social, mas também como ferramenta pública indispensável ao Estado Democrático de Direito, figura atuante, na promoção da dignidade da pessoa humana.

2.5 Do Benefício Destinado aos Idosos

O benefício de prestação continuada é destinado às pessoas portadoras de deficiência que comprovem a incapacidade, definida na lei, cumulada com o critério de miserabilidade. De outro modo, destina-se também aos idosos que comprovem o requisito etário, bem como o requisito objetivo.

Desde a regulamentação do benefício de prestação continuada o requisito subjetivo, qual seja, a idade passou por mudanças, no período de 1996 e 1998, manteve-se em 70 anos. Já em 1998, alterou-se para 67 anos e, somente, com a promulgação do Estatuto do Idoso- Lei nº 10.741 /2003 a idade mínima para a percepção do benefício é fixada em 65 anos ou mais (BRASIL, 2003).

A Lei Maior, no art. 230, trata acerca da solidariedade da família, da sociedade e do ente estatal tutelar as pessoas idosas:

Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Com a edição da Lei nº 10.741 /2003 definiu-se, nos termos do seu art. 1º, a faixa etária para fins de aplicação do presente diploma: “É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos (BRASIL, 2003).

Todavia, no Capítulo VIII- Da Assistência Social, em específico, o art. 34 do *Codex* em comento, dispõe a idade de 65 anos para a percepção do benefício de prestação continuada pelo idoso. Vejamos:

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.

Sob a interpretação legal, a percepção do benefício de prestação continuada ao idoso, condiciona-se a comprovação da idade, bem como a comprovação da impossibilidade do requerente suplantando sua própria subsistência, nem tê-la provida pelo núcleo familiar que compõe.

Conforme já analisado, para Santos (2011, p. 108), o conceito de “família”, nos moldes do art. 20, § 1º, da lei 8.272/1993, compreende o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 do RBPS, sendo necessário os membros residirem sob o mesmo teto para fins de cálculo da renda familiar e comprovação do requisito objetivo.

O Decreto nº 6.214/2007 define os requisitos para o cálculo da renda *per capita* da família. Com fundamento no art. 4º, IV, a miserabilidade é caracterizada pela renda mensal bruta familiar, cujo resultado seja inferior a ¼ do salário mínimo, após a soma da renda mensal bruta familiar dividida pelo número de integrantes (SANTOS, 2011, p. 107).

Entretanto, embora o referido decreto preveja os critérios para fins de cálculo do critério objetivo. O Estatuto do Idoso, com base no art. 34, parágrafo único, retrata a exclusão da renda familiar do benefício percebido por idoso, integrante da família do requerente, *in verbis*:

Art. 34 [...] 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.

Nesse sentido dispõe Santos (2011, p.107), que elucida a repetição do comando do Estatuto supra referido, nos moldes do art. 19, parágrafo único, do Decreto n.º 6.214/2007. Exclui-se o benefício de prestação continuada anteriormente concedido ao idoso do grupo familiar, em nova concessão a outro idoso, para efeito de cálculo da miserabilidade.

Verifica-se, que a exclusão do computo da renda familiar aplica-se somente aos idosos, sem, entretanto, a lei infraconstitucional prever igualdade de condições às pessoas portadoras de deficiência, em situação em que o membro familiar, perceba o aludido benefício destinado aos mesmos.

Nessa esteira, elucida Ibrahim (2011, p. 18), com fundamento no ordenamento jurídico:

O benefício de prestação continuada poderá ser pago a mais de um membro da família, desde que comprovadas todas as condições exigidas. Contudo, para o inválido, o valor concedido a outros membros do mesmo grupo familiar passa a integrar a renda, para efeito de cálculo da renda per capita do novo benefício requerido. Já para o idoso, o benefício concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar (art. 34, parágrafo único, Lei nº 10.741/03).

Todavia, não nos parece razoável, pela violação imediata do princípio da igualdade a diferenciação dos destinatários do benefício pela mera subjetividade de classificar-se em idoso ou deficiente, para fins de cálculo da renda *per capita* para nova concessão, vez que a situação regulamentada pelo Estatuto, enquadra-se semelhante, no caso dos portadores de deficiência.

Moraes (2007, p. 114), sabiamente, ensina sobre a efetivação do princípio da igualdade a ser observado no campo da criação e execução da lei, bem como na sua interpretação. Vejamos:

O princípio da igualdade consagrado pela Constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, diante do legislador ou do próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos ou medidas provisórias, impedindo que eles possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade do intérprete, basicamente a autoridade pública, de aplicar a lei e os atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou política, raça, classe social.

Nesse diapasão, a referida diferenciação entre as pessoas idosas e as portadoras de deficiência não se justifica na ponderação do princípio da reserva do possível, ante a escassez dos recursos financeiros pela Administração Pública. Assim, numa situação em que o

aposentado, contribuinte do sistema, ao necessitar da concessão de um novo benefício de prestação continuada ao integrante de sua família, terá o indeferimento, pela inclusão deste, no cálculo da renda *per capita*, deparando-se a uma condição de desigualdade se comparado ao novo pleito de uma pessoa portadora de deficiência (IBRAHIM, 2011, p.18).

Carece-se, portanto, a desigualdade apontada, adequar-se ao comando de igualdade, consagrado por Rui Barbosa em seu discurso “Oração aos Moços”, no ano de 1920 (MARTINEZ, 2011, p. 235):

A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida que sejam desiguais. Nessa desigualdade social, proporcionada À desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei de igualdade. Tratar como desiguais a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

A fim de efetivar a igualdade, bem como a isonomia entre os destinatários do benefício de prestação continuada, a jurisprudência posiciona-se na exclusão da renda do portador de deficiência para efeito da renda *per capita*, num novo pleito:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL POR OUTRO MEMBRO DA FAMÍLIA. IRRELEVÂNCIA. EXCLUSÃO DO CÔMPUTO DA RENDA FAMILIAR. IMPROVIMENTO. 1. O valor de benefício assistencial pago a outro membro da família, também deficiente, não se inclui no cômputo da renda familiar para fins de concessão do benefício, com base no disposto na Lei nº 10.741/03 - Estatuto do Idoso. 2. Embora a Lei 10.741/03 se refira ao benefício assistencial pago ao idoso, entende-se que qualquer benefício de natureza assistencial, seja ele pago ao idoso ou ao deficiente, não será considerado para se aferir o rendimento familiar do pleiteante ao benefício. 3. Ademais, o requisito da renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, previsto no parágrafo 3º, art. 20 da Lei nº 8.742/93 não é o único critério capaz de aferir a situação de miserabilidade vivida pelo postulante ao benefício, sendo possível analisar outros fatores que demonstrem a hipossuficiência financeira da família. Precedentes do STJ. 4. Agravo de instrumento improvido (RECIFE/PE, 2009).

Nesse sentido, colaciona-se a presente decisão, que exclui o benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, do critério de análise da miserabilidade para fins de concessão do benefício em comento:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº 10.741/2003). APLICAÇÃO ANALÓGICA A BENEFÍCIO DE IDOSO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE VALOR MÍNIMO RECEBIDO POR IDOSO DO GRUPO FAMILIAR. EXCLUSÃO DA RENDA DO GRUPO

FAMILIAR. 1. Para fins de concessão de benefício assistencial a idoso, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) se aplica por analogia para a exclusão do benefício previdenciário de valor mínimo recebido por membro idoso do grupo familiar, o qual também fica excluído do grupo para fins de cálculo da renda familiar per capita. 2. Pedido de uniformização do INSS improvido. (TNU - PEDILEF: 200870530011786 PR, Relator: JUÍZA FEDERAL JACQUELINE MICHELS BILHALVA, Data de Julgamento: 08/04/2010 Data de Publicação: DJ 11/06/2010) (BRASIL, 2010).

Conclui-se, portanto, que a aplicação extensiva da exclusão do cálculo da renda *per capita* para efeito de concessão do benefício de prestação continuada atua como verdadeira “lei de igualdade”, por essa razão, há diversos precedentes nesse sentido.

De outro modo, a ausência de previsão da lei infraconstitucional é insuficiente para obstar a equiparação dos destinatários, ainda que se invoque o princípio da reserva legal, vez que, conforme se demonstrará no capítulo seguinte, se mostra preponderante a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, que em colidência com àquele, deve prevalecer e, sob outro aspecto, a utilização do art. 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro para suprir a falta de legislação sobre a matéria.

Hodiernamente, no julgamento da Reclamação (RCL) 4374, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § único do art. 34 do Estatuto do Idoso, no sentido de excluir do computo da renda, benefício previdenciário no valor de um salário mínimo, bem como proclamou a aplicação analógica aos portadores de deficiência para fins de cálculo da renda *per capita*, na esfera de novo pleito por integrantes do núcleo familiar.

Por conseguinte, analisar-se-á a constitucionalidade do §3º, do art. 20 da Lei 8.742/1993, bem como a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional, em que se posiciona grande parte da jurisprudência.

CAPÍTULO 3 - DA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO OBJETIVO

3.1 Do Critério Objetivo para Cálculo da Renda *Per Capita*

Nos termos do artigo 1º da lei 8.742/1993, a assistência social é definida como um direito de todos os cidadãos, bem como um dever do Estado em prover o mínimo digno àqueles que se encontram num estado de penúria social. Consagra-se como um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e privada, a fim de suplantar as principais necessidades do indivíduo, sem, o caráter exigível de contraprestação contributiva ao sistema.

Todavia, a lei infraconstitucional, Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, além traçar os destinatários estabelece o critério de miserabilidade para fins concessórios do benefício de prestação continuada. Essa limitação objetiva é tratada no art. 20, § 3º, desse comando normativo, vejamos:

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.

Observa-se que o critério de miserabilidade é estabelecido pela lei infraconstitucional sob uma interpretação literal da norma que prevê para o cálculo da renda familiar *per capita* um valor inferior ¼ do salário mínimo, de outro modo, consiste na comprovação da fragilidade socioeconômica do destinatário de não possuir meios de prover sua própria manutenção e nem tê-la provida por sua família.

A LOAS consagra o direito ao benefício de prestação continuada aos portadores de deficiência e aos idosos, em contrapartida, estipula o critério de aferição da miserabilidade, os quais, cumulados com a precariedade de manutenção própria do requerente, bem como desses familiares em assisti-lo garante-se a percepção mensal de um salário mínimo.

Nesse contexto, a entidade familiar compõe-se pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais, e na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que, esses membros vivam sob o mesmo teto, conforme dispõe na Lei nº 12.435/2011, para fins concessórios, a título de cálculo da renda *per capita* para comprovação do quesito objetivo (CASTRO; LAZZARI, 2013, p. 836).

Para Santos (2011, p. 108), a definição de família para esse fim equivale-se ao critério previdenciário que considera o segurado e seus dependentes, assim, como prevê a LOAS. Logo, figura-se como conjunto de pessoas, as quais elencadas no art. 16 do PBPS residam sob o mesmo teto e contribuam efetivamente para o sustento do núcleo familiar.

Nos moldes do art. 4º do Decreto 7.617 de 2011, para efeitos de concessão do benefício de prestação continuada, avalia-se:

Art. 4º [...]

VI - renda mensal bruta familiar: a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, pro-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19.

No entanto, esse requisito objetivo traçado pela lei repercute em divergências no âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre sua constitucionalidade. A Lei Maior assegura, nos termos do art. 203, V, um salário mínimo, ao passo que, a LOAS delimita a incapacidade do destinatário, sob o enfoque do cálculo da renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Nesse sentido, o STF na ADI 1.232 já se posicionou de forma favorável à constitucionalidade do § 3º, do art. 20, da LOAS, segundo a análise da Lei federal, que prevê, conforme o exposto, a exigibilidade de renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, para definir a incapacidade do beneficiário de prover sua própria existência ou tê-la provida por sua família.

Nesse diapasão, colaciona-se a ementa da decisão em comento, sob os fundamentos supra mencionados. *In verbis*:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE (BRASIL, 2010) .

A declaração de constitucionalidade embasa-se na determinação da Carta Magna em atribuir a legislação infraconstitucional a comprovação da miserabilidade, posto que, a lei

federal, LOAS, ainda que não tenha logrado êxito em definir o critério objetivo de aferição, assim o fez, razão pela qual se consagrou constitucional o art. 203, inciso V, desse diploma.

Todavia, na decisão supracitada não se reputou afasta a possibilidade de casuisticamente, isto é, sob o erige do controle difuso, a análise “subjéitiva” da miserabilidade a fim de haja efetividade da proteção social e observância dos demais direitos fundamentais e princípios constitucionais proclamados na Lei Maior.

Cumpré lembrar, a possibilidade do magistrado para consolidar seu convencimento valer-se de outros fatores que comprovem o estado de penúria da parte, ora requerente, bem como a necessidade do benefício de prestação continuada como mínimo vital para a sua subsistência digna. Desprendendo-se, para tanto, do critério legal estritamente absoluto.

Sob esse prisma, ante a ausência de efeito vinculante da ADI 1.232, os tribunais a fim de consagrar os objetivos da Constituição Federal e os princípios abarcados, direcionam-se na comprovação por outros meios de prova para aferir o critério de miserabilidade na prestação da tutela jurisdicional, quando provocados.

Desse modo, o critério de miserabilidade não se limita a interpretação restritiva do § 3º do art. 20 da LOAS. Conforme jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na Apelação Cível, processo nº 1091631:

ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIA ADMINISTRATIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº. 8.742/93. ABONO ANUAL INDEVIDO. BENEFÍCIO PERSONALÍSSIMO E INACUMULÁVEL. REVISÃO. TERMO INICIAL. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1 - O interesse de agir da parte autora exsurge, conquanto não tenha postulado o benefício na esfera administrativa, no momento em que a Autarquia Previdenciária oferece contestação, resistindo à pretensão e caracterizando o conflito de interesses. 2 - Preenchido o requisito idade (65 anos) e demonstrada a insuficiência de recursos para a própria manutenção ou de tê-la provida pela família, é de se conceder o benefício, nos termos do art. 203, V, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 8.742/93 e art. 42 do Decreto nº 6.214/07. 3 - O art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93 ao prever o limite de ¼ do salário-mínimo, estabeleceu uma presunção da condição da miserabilidade, não sendo vedado comprovar a insuficiência de recursos por outros meios de prova. 4 - Tendo em vista sua ratio legis o disposto no art. 34 da Lei nº 10.741/03, segundo o qual "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", aplica-se à hipótese dos autos, com fundamento nos arts. 4º e 5º da LICC, para alcançar todos os demais benefícios previdenciários de igual valor. 5 - Indevido o abono anual, pois o art. 201, § 6º, da Constituição Federal que o disciplina, refere-se apenas aos aposentados e pensionistas. Ademais, o amparo assistencial não deriva de

desempenho laborativo e nem o substitui. 6 - Benefício personalíssimo e inacumulável com qualquer outro da Previdência Social ou de regime diverso, salvo o da assistência médica. 7 - Nos termos dos arts. 21 da Lei n.º 8.742/93 e 42 do Decreto n.º 6.214/07, o benefício deve ser revisto a cada 2 (dois) anos, para a avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. 8 - Não havendo requerimento administrativo, o termo inicial do benefício de prestação continuada deve ser a data da citação, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil. 9 - Juros de mora fixados em 6% (seis por cento) ao ano, contados a partir da citação, conforme disposição inserta no art. 219 do Código de Processo Civil, até a entrada em vigor da Lei n.º 10.406/02 e, após, à razão de 1% (um por cento) ao mês, nos termos do art. 406 do Código Civil, c.c. o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional. 10 - Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre as parcelas devidas até a data da prolação da sentença, de acordo com o entendimento desta Turma. 11 - Preliminar rejeitada. Apelação da autora e do INSS parcialmente providas e tutela específica concedida.)

Portanto, contrária a ADI 1.232, os Tribunais posicionam-se, sob análise do controle difuso, em cada caso concreto a comprovação da necessidade assistencial, renunciando a presunção *juris et de jure* definida na lei, bem como a manifestação por uma interpretação restrita a Constituição Federal, sobretudo, observando os ditames da justiça e a dignidade da pessoa humana para definir a real miserabilidade para fins concessórios do benefício de prestação continuada, sob uma nova perspectiva.

3.2 Um Novo e Condoreiro Olhar à Hermenêutica da ADI 1.232

A constitucionalização do critério objetivo da LOAS pronunciada na ADI 1.232 abarcava a realidade social à época enunciada. Hodiernamente, o Supremo Tribunal não tomaria a mesma decisão que fora proferida, sujeita a análise em 1998, conforme elucida Gilmar Mendes, na Reclamação - RCL 4374.

Diante deste quadro, o Supremo Tribunal Federal - STF, em recentes decisões proferidas na Reclamação n.º 4374 e nos Recursos Extraordinários n.ºs 567985 e 580963, declarou, de modo incidental, declarou a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/1993, por considerá-lo insuficiente para fins de aferição da miserabilidade. Conforme a ementa da notícia:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou nesta quinta-feira (18) a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/1993) que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. [...] A decisão de hoje ocorreu na Reclamação (RCL)

4374, no mesmo sentido do entendimento já firmado pelo Plenário na sessão de ontem, quando a Corte julgou inconstitucionais os dois dispositivos ao analisar os Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963, ambos com repercussão geral.

Inobstante a constitucionalidade, sob o viés abstrato, da interpretação do §3º do art. 20 da Constituição Federal, a fim de adequá-lo a necessidade do requerente, de forma precípua e casuística, em última análise, as necessidades sociais, coube ao magistrado de 1ª instância a solução do litígio, por vezes, a relativização do critério da renda *per capita*, quando superior ao critério definido na Lei 8.742/1993. Os fundamentos explanados da presente Reclamação, em comento:

[...] Como a lei permaneceu inalterada, apesar do latente apelo realizado pelo Tribunal, por juízes e tribunais – principalmente os então recém-criados Juizados Especiais – continuaram a elaborar maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. E isso passava a significar, cada vez mais, que a interpretação da LOAS pleiteada pelo Ministério Público na ADI 1.232 não era apenas uma opção hermenêutica, mas uma imposição que se fazia presente nas situações reais multifacetárias apresentadas aos juízes de primeira instância. Entre aplicar friamente o critério objetivo da lei e adotar a solução condizente com a realidade social da família brasileira, os juízes permaneceram abraçando a segunda opção, mesmo que isso significasse a criação judicial de outros critérios não estabelecidos em lei e, dessa forma, uma possível afronta à decisão do STF [...]

Ressalta-se que nesta reapreciação, o Supremo Tribunal Federal, chancelou a “desconstitucionalização” superveniente do critério objetivo supra referido, bem como a inconstitucionalidade do § único do art. 34 do Estatuto do Idoso. Contudo, não fora alcançado o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015, conforme relata as notícias da Corte Máxima.

Posterior a ADI 1.232, diversas leis estabeleceram critérios mais flexíveis para fins de concessão benefícios assistenciais. Dentre as quais, destacam-se, “o programa Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03)” (BRASIL, 1997, 2001, 2003b, 2003a).

A interpretação do critério objetivo definido na LOAS reclama adequação com os critérios elencados nos benefícios assistenciais supra citados, vez que a exigência de ¼ de

renda *per capita* afronta aos princípios proclamados no art. 203 e 204 da Constituição Federal, bem como destoa da miserabilidade dos dias atuais (MARTINEZ, 2011, p. 90).

Com a proliferação das normas e a relativização dos critérios aptos a aferir a miserabilidade, os estudiosos e os aplicadores do Direito defendem uma nova interpretação do art. 203 da Lei Maior pelo legislador infraconstitucional. Nesse sentido, a jurisprudência posiciona-se para fins concessórios no referencial correspondente ao valor de ½ salário mínimo para a aferição da renda familiar:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. LEIS Nº 9.533/97 E 10.689/2003. CRITÉRIO MAIS VANTAJOSO. PROVA TESTEMUNHAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AGRAVO PROVIDO.

[...]

3. As Leis nº 9.533/97 e nº 10.689/2003, cujos beneficiários devem possuir renda mensal familiar inferior a ½ salário mínimo, estabeleceram critério mais vantajoso para análise objetiva da miserabilidade.

4. Deve ser estabelecido igual tratamento jurídico no que concerne à verificação da miserabilidade, a fim de se evitar distorções que conduzam a situações desprovidas de razoabilidade. Assim, deve ser considerada incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa à família cuja renda mensal per capita seja inferior a ½ salário mínimo.

5. A renda per capita do núcleo familiar da agravante se situa em patamar de ½ salário mínimo, ao se levar em consideração o benefício previdenciário auferido pelo esposo dela, circunstância que, por si só, não afasta a pertinência da fruição do benefício.

6. [...]

7. Agravo a que se dá provimento para determinar o prosseguimento do feito com a produção da prova testemunhal.

(AG 0004162-68.2003.4.01.0000/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco De Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p.1383 de 07/10/2010)

Logo, verifica-se que os precedentes adotam a relativização do critério objetivo ao tratar dessa omissão inconstitucional, utilizando-se, para tanto do parâmetro econômico no valor de ½ salário mínimo, bem como de outros meio de prova que indiquem a penúria social em cada caso concreto.

Resta cristalino, portanto, a necessidade de edição de norma infraconstitucional que atenda não só aos anseios sociais, mas aos objetivos consagrados na Carta Magna, a fim de efetivá-los, e, sobretudo, adequá-los as mudanças fáticas e legislativas. Digno de nota, elucida o ministro Gilmar Mendes na Reclamação - RCL 4374:

[...] os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de ½ salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos

respectivos benefícios. Tal fato representa, em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização (BRASIL, 2013).

Assim, depreende-se que o critério objetivo definido na lei infraconstitucional perpetuou-se no tempo, sem a devida adequação as realidades e as necessidades hodiernas. Assim, clama-se por edição de uma norma regulamentadora que delimite os critérios legais sob o enfoque sistemático da Constituição Federal renunciando da estrita interpretação literal, sob pena de atentar contra os próprios princípios e fundamento da República Federativa, em destaque, a dignidade da pessoa humana.

De outro modo, a declaração de constitucionalidade pronunciada na ADI 1.232 não pode ser óbice para novo pronunciamento do STF - Supremo Tribunal Federal, vez que a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS, institui-se de forma originária e superveniente. Conforme os ensinamentos do relator da Reclamação 4374:

Portanto, além do já constatado estado de omissão inconstitucional, estado este que é originário em relação à edição da LOAS em 1993 (uma inconstitucionalidade originária, portanto), hoje se pode verificar também a inconstitucionalidade (superveniente) do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro) (BRASÍLIA, 1998).

Nesse sentido, já se posicionou sobre o assunto, a Ministra Cármen Lúcia, na Reclamação - Rcl 3.805/SP. Vejamos:

[...] A constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social 'a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social', tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família [...] (BRASÍLIA, 2007)

Conclui-se que a inconstitucionalidade originária e superveniente no novo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sede da RCL 4374, respalda-se na superveniência de benefícios assistenciais mais flexíveis para aferir a miserabilidade, bem com a relativização do critério objetivo na esfera jurisprudencial à luz da reinterpretação da norma infraconstitucional e sob o aspecto geral, a concretização dos objetivos e a efetivação imediata da dignidade da pessoa humana, sob o erige da concessão do benefício de prestação continuada.

3.3 Da Dignidade da Pessoa Humana como viés para concessão da LOAS

Ante o exposto, hodiernamente, observa-se a inconstitucionalidade superveniente do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993. De fato, a defasagem da norma resulta em situações que clamam pela observância da dignidade da pessoa humana, na posição de valor-fonte do sistema constitucional para efeitos de concessão do benefício de prestação continuada, em destaque, a aferição do critério de miserabilidade.

A dignidade da pessoa humana é inserta como fundamento do Estado Democrático de Direito, consagrada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, in verbis:

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Grifo nosso).

Sob a concepção majoritária, a tutela a dignidade da pessoa humana independe de circunstâncias alheias. Caracteriza-se como intangível, irrenunciável e inalienável, bastando a condição humana, inerente a própria espécie, para ser titular de direitos fundamentais reconhecidos pelo Estado, bem como pela sociedade (SARLET, 2012b, p. 52-53).

Desse modo, Ana Paula de Barcelos (2002, p.26 apud FERREIRA, 2007, p.158-159), ensina que a dignidade da pessoa humana define-se como um direito natural e inato do homem, vez que na qualidade de axioma jusfilosófico reclama às condições dignas de existência, liberdade e participação coletiva, inserta como determinação da Constituição Federal, sob pena de violação ao centro do sistema jurídico e aos anseios da norma hierárquica.

Para Kant (1968, p.140 apud SARLET, 2012b, p. 41), a dignidade é qualidade peculiar do homem, como ser insubstituível e racional, alternativamente, se tem um preço ou uma dignidade, não se equivalendo a dignidade a qualquer preço, ante a definição axiológica superior da dignidade que impossibilita adoção de critério comparativo àquele.

O renomado autor, Sarlet (2012b, p. 73) ensina que a dignidade da pessoa humana é:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existências mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Desse modo, a abstenção do Estado não repousa apenas na proteção patrimonial dos indivíduos, porquanto, consubstancia no dever jurídico do Estado de promover políticas públicas positivas que garantam condições materiais mínimas para a existência digna do homem. A conduta comissiva estatal, portanto, proclama-se como referência para a efetivação dos direitos fundamentais individuais e coletivos, sociais ou políticos, em tutela a dignidade da pessoa humana (MARTINS, 2012a, p.70-71).

Para Olsen (2012, p.33), os direitos fundamentais abrangem além dos elencados no Título II na Constituição Federal alberga os direitos sociais insertos no Capítulo II, bem como os originários da reforma constitucional - cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, § 4º, deste *Codex*, sujeitas a modificação procedimental complexa, nos termos legais.

Segundo, Silva (2006, p. 105):

A Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. [...] Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como primeiro fundamento do sistema constitucional, por essa razão, é a base de interpretação não só das garantias conferidas às pessoas, mas a efetivação de seus direitos, na condição de comando originário a ser considerado precipuamente pelo intérprete (NUNES, 2002, p. 45-46).

Em outras palavras, para Martins (2011a, p. 72), o princípio da dignidade da pessoa humana é o alicerce do Estado Democrático de Direito considerado como “[...] um valor supremo, um valor fundante da República, implica admiti-la não somente como princípio da ordem jurídica, mas também da ordem política, social e econômica”.

Os conceitos doutrinários para conceituar a dignidade da pessoa humana não se findam aos elencados. Todavia, depreende-se que a dignidade da pessoa humana define-se como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais situada no centro do ordenamento jurídico, como valor supremo, referência hermenêutica na aplicação do sistema constitucional, insofismavelmente para garantir o mínimo existencial para o exercício de direitos e deveres dos cidadãos, sob o viés de iniciativa pública, bem como à luz de uma omissão, a fim de coibir situações degradantes e desumanas que implique desrespeito à dignidade da pessoa humana positivada como um direito intrínseco do homem.

Sob esse prisma, a dignidade da pessoa humana carece de abordagem conjunta com os direitos insertos no Título II da Lei Maior, em destaque o seu art. 6º, eis que esses direitos fundamentais sociais destinam-se a assegurar uma existência digna ao ser humano. Preserva-se, portanto, a sobrevivência física do indivíduo, sob outro aspecto, a garantia aos padrões de dignidade, a partir de um mínimo existencial (SARLET, 2012a, p. 309-310).

Os direitos sociais, portanto, são tratados como direitos fundamentais impondo-se, em última análise, respeito à dignidade da pessoa humana. Moraes (2007, p. 428), ressalta:

Direitos Sociais são direitos fundamentais do homem, que se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito tendo por finalidade a melhorias das condições de vida aos hipossuficientes, visando a concretização da igualdade social, e consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Acrescenta Novellino (2013, p. 382-383), as características normativo-estruturais dos direitos sociais, as quais se subdividem em direitos de defesa (ou direitos de resistência) ou direito a prestações (ou direito prestacionais). Os primeiros prevêm o dever de abstenção aos limites do poderio estatal, a fim de preservar as liberdades individuais do homem. Os segundos, em contrapartida, no dever de tutelar os bens jurídicos, sob o viés protecionista, bem como sob a esfera garantidora de sua fruição.

Nesse sentido, o direito a Assistência Social é consagrado no art. 6º da Constituição Federal, bem como, encontra-se inserido no Título da Ordem Social, a partir do art. 196 e

seguintes da Lei Suprema. Vejamos, além disso, a gama de direitos definidos como direitos sociais:

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.

A Assistência Social traduz-se na garantia ao mínimo existencial para suplantar as necessidades básicas do indivíduo, a fim de amparar os necessitados, na promoção de ações pública pelo ente estatal, garantindo, não só a efetivação dos direitos denominados fundamentais, mas assegurando o mínimo de dignidade.

Nota-se, o entendimento de Sarlet (2012a, p. 311), embora divergente entre a doutrina, ensina que os direitos fundamentais não previstos na Carta Magna ou seus Tratados, bem como os decorrentes de regime e princípios, apenas ter-se-ão “status” de direito fundamental, se o conteúdo abordado versar sob a relevância material ou se vislumbrar sob aspecto formal, ambos, inerente à própria designação da dignidade da pessoa humana, ora tutelada pelo constituinte.

Face às considerações tecidas, questiona-se a valoração do *quantum* representa o mínimo existencial como preceito referencial definidos pela lei infraconstitucional. Cumpre identificar, a seara mínima necessária a sobrevivência digna do beneficiário, a partir de prestações estatais destinadas a suplantar as necessidades básicas do indivíduo.

Outrossim, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 27 apud OLSEN, 2012, p. 321), define:

[...] O conceito de mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos, vê combatida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido num cipoal das contingências, que fica à mercê das forças terríveis do destino.

Sarlet (2012a, p. 320) conceitua o mínimo existencial como a fruição digna dos direitos denominados fundamentais, destaca-se, o direito à vida, à cultura, ao meio ambiente, à educação, acesso aos bens materiais e o desenvolvimento da personalidade. Condizentes pela as condutas negativas do Estado, na seara mínima de intervenção, ora pela as prestações positivas, a fim de satisfazer às exigências mínimas de dignidade que transcende à definição de sobrevivência física do ser.

Sob esse prisma, na preposição de dever do Estado denota-se indispensável um sistema de proteção social ao indivíduo em reação aos eventuais eventos danosos que prejudiquem não só a renda e a tranquilidade, mas, a impossibilidade de se viver dignamente (FERREIRA, 2007, p. 159).

Nos moldes já expostos, no capítulo anterior, o benefício de prestação continuada retrata-se como ferramenta de iniciativa pública para minorizar às desigualdades sociais, bem como amparar os necessitados. Apresenta-se como a obrigação-dever do Estado de promover a existência digna do homem incapacitado de prover sua própria subsistência, nem tê-la satisfeita por sua família, nos termos da lei.

Desse modo, à lei infraconstitucional - Lei 8.742/1993 define os destinatários do benefício de prestação continuada, já citados, os idosos acima de 65 anos e os portadores de deficiência, desde, cumulativamente, comprovem renda inferior a ¼ do salário mínimo para fazer *jus* ao benefício em comento.

A declaração de constitucionalidade na ADI 1.232 do art. 20, § 3º da LOAS pela Corte Suprema, não pôs termo à discussão e as divergência doutrinárias. A jurisprudência consolidou-se na aplicação hermenêutica da dignidade da pessoa humana como “valor fonte que anima e justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa” para solução da controvérsia e concessão do benefício de prestação continuada (SARLET, 2012b, p. 84).

Outrossim, já se manifestou o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na promoção da dignidade da pessoa humana, *in verbis*:

ASSISTÊNCIA SOCIAL. CF/88, ART. 203, *CAPUT*, E INCISO IV. LEI 8.742/93. COMPROVADA A INCAPACIDADE PARCIAL PARA A ATIVIDADE LABORATIVA E PARA OS ATOS DA VIDA INDEPENDENTE. COMPROMETIMENTO DE ATIVIDADES QUE EXIJAM APENAS DOTES FÍSICOS. LESÕES DECORRENTES DE PICADA DE COBRA VENENOSA. INTERPRETAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM A DIGNIDADE HUMANA E OS FINS SOCIAIS DA LEI. ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO CONTEXTO SOCIAL DA RECORRIDA. INAPTIDÃO PARA ATIVIDADES QUE GARANTAM A SUBSISTÊNCIA PRÓPRIA E DA PROLE NUMEROSA. SENTENÇA CONFIRMADA. MANUTENÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Garantido pela Constituição Federal um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (CF, art. 203, *caput*, e inciso IV). 2. Definida pela Lei nº 8.742, de 07.12.1993 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), a pessoa portadora de deficiência como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho (art. 20, § 2º) e a família incapaz de prover a manutenção da pessoa

portadora de deficiência e ao idoso como aquela cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 do salário mínimo (§ 3º). **3. A interpretação dos requisitos legais para concessão do benefício assistencial deve estar em consonância com a dignidade da pessoa humana e os fins sociais da lei, devendo-se atribuir à incapacidade para o trabalho e para os atos da vida independente sentido mais amplo do que a total incapacidade para os atos da vida cotidiana.** 4. Constatada pela perícia judicial a incapacidade parcial da autora-requerida para o trabalho e para atividades que garantam a subsistência a si e aos seis filhos que vivem em sua companhia, em consequência de lesões permanentes que provocaram artrodese (travamento) da flexão e extensão do tornozelo, dificultando as atividades laborais e habituais. 5. Evidenciada a impossibilidade da recorrida de garantir sua subsistência e de sua prole, em face de sua incapacidade física, ainda que parcial somada às suas condições sociais, sem marido ou companheiro, com seis filhos menores sob sua dependência, sem formação ou aptidão técnica para atividades que não demandem apenas dotes físicos. 6. Confirmada a sentença concessiva do benefício. 7. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. 8. Condenação do apelante em honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações vencidas até a prolação da sentença (Súmula nº 111/STJ). (TRF 1ª R.; AC 1999.43.00.001755-9; TO; 1ª T.; Rel. p/o Ac. Juiz Fed. Itelmar Raydan Evangelista; DJU 21/11/2005; p. 16) (G.n.) (BRASIL, 2005).

De fato, acentua-se cada vez mais às decisões dos tribunais que se vale da dignidade da pessoa humana, na condição de critério interpretativo, a fim de aplicá-lo na solução do litígio, posto em análise, na prestação jurisdicional.

Sob outro prisma, salienta-se, Canotilho (1998, p. 434 apud OLSEN, 2012, p.107), que “os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas”.

Em outras palavras, a dimensão positiva de direito ao mínimo existencial reconhece em favor do cidadão um direito subjetivo, qual seja, de exigir o implemento das prestações mínimas pelo ente estatal indispensáveis à sua existência digna (SARLET, 2012a, p. 325) .

Em contrapartida, há quem defenda, à relativização do núcleo essencial dos direitos sociais, dentre os quais, Olsen (2012, p. 156-157), posiciona-se na adequação das normas constitucionais à evolução histórica e social da humanidade e na utilização dos princípios da ponderação e da proporcionalidade. Ressalta-se que, a tentativa do Estado em restringir um direito fundamental, os referidos princípios amparam sob o aspecto normativo o direito fundamental em consoante harmonia com o sistema constitucional.

Essa restrição fundamenta-se na teoria da reserva do possível limitada à escassez de recursos materiais, bem como orçamentários para a efetivação das prestações positivas dos direitos sociais pelo responsável em realizá-las, por óbvio, o Estado (NOVELINO, 2013, p. 622).

De outro modo, brilhantemente, posiciona-se Sarlet (2012a, p. 162), a despeito da relativização dos direitos fundamentais, ofensa à dignidade como valor supremo, absoluto, insubstituível e inerente ao homem:

[...] a doutrina majoritária se opõe veementemente a qualquer tipo de restrição à dignidade pessoal, de tal sorte que se chegou a afirmar que cada restrição à dignidade (ainda que fundada na preservação de direitos fundamentais ou proteção da dignidade de terceiros) importa em sua violação e, portanto, encontra-se vedada pelo ordenamento jurídico.

O argumento à reserva do possível no tocante a impossibilidade de efetivação dos direitos fundamentais condiciona-se a uma realidade excepcional. Como regra, a tutela desses direitos impõe-se a alocação de recursos necessários para a sua efetiva e eficaz concretização (OLSEN, 2012, p. 212).

In casu, sob a imposição da observância fundamental, a concessão do benefício de prestação continuada, em destaque, a aferição da renda per capita para fins concessórios, constrói-se sob o erige da dignidade da pessoa humana. Para Martins (2011a, p. 72): “[...] implica em reconhecer que um dos fins do Estado brasileiro deve ser o de propiciar as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade”.

De passagem, a decisão da Corte Máxima, na ADI 1.232, não absteve à estrita aplicação do critério legal do benefício de prestação continuada pelo órgão judiciário. Consolidou-se à jurisprudência na inteligência do sistema constitucional à luz da dignidade da pessoa humana e dos objetivos constitucionais, como fim mediato, a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, Sarlet (2012a, p. 313) ensina que:

[...] o critério impugnado na ADin 1.232 seguiu sendo objeto de acirrada controvérsia, inclusive em sede jurisdicional, resultante em importantes decisões que, efetuando um leitura embasada no princípio da dignidade da pessoa humana, afastaram a limitação imposta pela Lei 8.742/93, entendendo que mesmo em sendo a renda per capita familiar superior ao salário mínimo, existe a possibilidade de comprovação da efetiva falta de meios de prover o próprio sustento e/ou de tê-lo provido pela família, em face de circunstâncias especiais no caso concreto.

A dignidade da pessoa humana relaciona-se, ainda, com o princípio do bem estar social consagrado no art. 193 da Lei Fundamental. À promoção da dignidade, permite condições ao indivíduo, para que se possa desfrutar à vida com tranquilidade e segurança, sem afetação de eventuais contingências danosas (FERREIRA, 2007, p. 165).

Sob o enfoque central, Jacobsen e Pilau Sobrinho (2013, p. 72), retratam: “[...] hoje se tem já não são a distribuição equitativa ou a igualdade de bens, senão dignidade e respeito. E o reconhecimento da dignidade das pessoas ou grupos constitui o elemento essencial do conceito de justiça”.

Nesse sentido, Cléve (1993, p. 38 apud JACOBSEN e PILAU SOBRINHO, 2013, p. 69), elucida que :

O Estado Democrático de Direito é mais do que um Estado de Direito. É um Estado de Justiça. A Constituição Federal de 1988 procurou fazer do Brasil um Estado de Justiça. Por isso inscreve na Ordem Constitucional uma série de valores que, agregados em regras e princípios (os princípios fundamentais), são suficientes para informar o conteúdo mínimo do direito brasileiro. Esse conteúdo mínimo corresponde aos standards de justiça aceitos pela formação social brasileira. A justiça da decisão judicial é a justiça deduzida de um Texto Constitucional que procura privilegiar a dignidade da pessoa humana. No sistema constitucional brasileiro atual é perfeitamente possível se advogar a inconstitucionalidade da lei injusta. Qualquer lei injusta, ofensiva dos standards definidos pelo Constituinte, será uma lei inconstitucional cuja aplicação pode ser perfeitamente negada pelo juiz.

Em última análise, o desrespeito à vida e a integridade física do homem, na ausência de condições mínimas para sua existência digna, seja na desigualdade latente em relação aos demais, igualmente considerados, ora pelo absolutismo do poderio estatal, nega-se a definição de dignidade, e numa posição contrária, passar-se-á a ser objeto de arbítrio de injustiças (SARLET, 2012a, p. 104).

Conclui-se que à validade da norma condiciona-se ao seu *status* de justiça. Gustav Radbruch (1950, p. 336-353 apud BOBBIO, 2005, p.55), ensina que “[...] há princípios jurídicos fundamentais mais forte que a normatividade jurídica, que uma lei que os contrarie carece de validade”. Complementa, “onde a justiça não é nem mesmo perseguida [...] é consciente negada em nome do direito positivo, a lei não somente é direito injusto como carece em geral de juridicidade”.

A relevância da dignidade da pessoa humana transcende a sua conceituação e o seu significado, seja sob a natureza fundamental do Estado Democrático de Direito, seja sob o viés axiológico do sistema constitucional. A pluralidade de definições remonta-se essencial para fins teóricos. Na prática, o que se espera é a garantia de um mínimo existencial aos indivíduos para que possam usufruir dos demais direitos fundamentais, estes como pressupostos basilares do real conceito de dignidade e os ditames de justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos termos da lei, o benefício de prestação continuada alberga aos desamparados que se encontre em situação de extrema penúria social e, em conseqüência, possibilita uma vida digna pela obtenção de mínimo existencial.

No decorrer do trabalho, verificou-se uma ampla discussão doutrinária, sob o enfoque da renda *per capita* para fins de concessórios do benefício em estudo. Há de se notar vários precedentes na aplicação da dignidade da pessoa humana, na qualidade de hermenêutica na solução das controvérsias na seara jurisprudencial.

A flexibilização do critério objetivo do benefício assistencial pelo órgão jurisdicionado respalda-se na análise de outros elementos de prova, bem como na própria efetividade da dignidade da pessoa humana como axioma central do sistema jurídico, da qual, na sua essência deriva à efetivação dos demais direitos fundamentais.

A constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei 8.742/1993 proclamada pela Corte Máxima na ADI 1.232, reclama a um o novo olhar. Ressalta-se, ainda, a precariedade da aplicação da lei infraconstitucional - LOAS, “conforme a constituição”, nos dias atuais.

No novo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em sede da Reclamação 4374, reapreciou-se o objeto e a validade da ADI 1.232, sob o erige da inconstitucionalidade superveniente, bem como pela edição de legislações que abrandaram o critério de miserabilidade para fins assistenciais, contudo, pela ausência de modulação dos efeitos, a previsão delineada permaneceu.

Esse novo olhar retrata a necessidade de nova regulamentação legislativa, a fim de equiparar o disposto no § único do art. 34 do Estatuto do Idoso aos portadores de deficiência, na garantia de igualdade, e o critério de aferição da miserabilidade da renda *per capita* de ¼ do salário mínimo à título concessório, à luz da inteligência do sistema constitucional.

O direito subjetivo de ação dos indivíduos consolida-se na deficiência legislativa e na possibilidade de se exigir do Estado a promoção de prestações mínimas, a fim de suplantar não só necessidades físicas do homem, mas, a verdadeira existência digna do ser humano. De outro modo, esse acesso à justiça, sob o controle difuso, clama-se pela observância da dignidade da pessoa humana.

Sob outra perspectiva, observa-se a ineficiência da norma à realidade da sociedade, vez que a superação irrisória da renda *per capita* para efeitos de incapacidade financeira já impossibilita a concessão do benefício, ainda que veridicamente haja uma situação de miserabilidade “quantificada” superior aos termos da lei.

A necessidade latente à alteração legislativa dos critérios objetivos da LOAS respalda-se na adequação da norma aos anseios sociais, mas, sobretudo, na criação de requisitos que atenda a real miserabilidade hodierna, de outro modo, minimize o acesso ao órgão jurisdicionado pela eficácia da norma.

Em essência, a função precípua do benefício e/ou assistência social é propiciar a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, o valor de um salário mínimo mensal e contínuo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, nos termos do art. 203, inciso, V, da Lei Maior.

Portanto, consagra-se inconstitucional a manutenção da exclusão do cômputo da renda *per capita* para fins concessórios dos benefícios recebidos pelos idosos, em detrimento dos portadores de deficiência, bem com os demais benefícios equivalentes a um salário mínimo pela nítida violação ao princípio da isonomia.

Nesse contexto, violar a dignidade do indivíduo é negar a sua própria condição humana na fruição dos direitos fundamentais e, em última análise, um desrespeito não só de fato, mas ao sistema jurídico, seja pela afronta a intangibilidade da dignidade da pessoa humana, seja na posição de axioma-jurídico, seja sob aspecto de núcleo dos direitos tutelados pelo Estatuto Supremo.

A inércia do Estado na comprovação de real miserabilidade provada pela situação de penúria, ainda que supere o valor defasado de renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, exige-se atenção ao sistema constitucional na preservação da dignidade da pessoa humana como vetor finalístico concessório do benefício de prestação continuada, mais que isso, como qualidade inerente ao homem na fruição dos direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BATISTA ,Analía Soria; JACCOUD, Luciana de Barros; AQUINO Luseni; EL-MOOR, Patrícia Dario. **Envelhecimento e dependência : desafios para a organização da proteção social**. Brasília: MPS, SPPS, 2008 .

BOBBIO, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 3 ed. rev. São Paulo, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 mai. 2014.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Planalto, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências**, Brasília, DF: Planalto, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de Julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**, Brasília, DF: Planalto, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

_____. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**, Brasília, DF: Planalto, 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 21 de agosto de 2014.

_____. Lei n. 10.741, de 1 de outubro de 2003. **Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**, Brasília, DF: Planalto, 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 21 de agosto de 2014.

_____. Lei n. 12.470, de 31 de agosto de 2011. (...) **altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência (...)**, Brasília, DF: Planalto, 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112470.htm>. Acesso em

_____. **Decreto n° 7.617, de 17 de Novembro de 2011.** Altera o regulamento do benefício da prestação continuada. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/2011/7617.htm>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1232 DF.** Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 27 ago. 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação n.º 4374.** Ministro Gilmar Mendes. Brasília: 06 de fevereiro de 2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4374.pdf> (Reclamação 4374).>. Acesso em: 13 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF declara inconstitucional critérios para concessão de benefícios assistencial ao idoso.** Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Suspensa análise de recurso sobre pagamento de benefício ao idoso.** Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209353>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. **REsp 360202 AL 2001/0120088-6.** Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 04 jun. 2002. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **AGTR 89559 PB 0001927-20.2008.4.05.9999.** Brasília, 30 jun. 2009. Disponível em: <www.trf5.jus.br>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. Turma Nacional de Uniformização. **PEDILEF 200871550020187.** j. 29 mai. 2012. Juiz Federal: Antônio Fernando Schenkel do Amaral. Disponível em: <www.tnu.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. Turma Nacional de Uniformização. **PEDILEF 200870530011786 PR.** Brasília, 08 abr. 2010. Juíza Federal: Jacqueline Michels Bilhalva. Disponível em: <www.tnu.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazzeto. **Seguridade Social e Direitos Humanos**. São Paulo: LTR, 2007.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo. 8 ed. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

JACOBSEN, Gilson; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Benefício assistencial: breve análise da condição sócio-econômica para sua concessão, à luz da constituição, da jurisprudência e da sociologia jurídica**. Revista Inova Ação, Teresina, v. 2, n. 2, art. 4, p. 55-75, jul./dez. 2013.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 8 ed. Bahia: Jus Podium, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3 ed. São Paulo: LTR, 2010.

_____. **Princípios de Direito Previdenciário**. 5 ed. São Paulo: LTR, 2011.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2011a.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2011b.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

NUNES, Luiz Antônio Nunes Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012a.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012b.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Direito da Previdência e Assistência Social: Elementos para uma Compreensão Interdisciplinar**. 1 ed. São José, SC: Conceito Editorial, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.