

O princípio constitucional da proteção da dignidade humana e o BPC da Assistência Social Brasileira.

"Uma análise dos critérios para a concessão do benefício"

José Maurício De Farias¹

RESUMO

A Constituição da República do Brasil constituiu a Seguridade Social como política de atendimento ao bem-estar social do cidadão brasileiro. Em seu art. 6º, no capítulo II, DOS DIREITOS SOCIAIS, assim como no artigo 203, inciso V [1]; a Carta Magna caracteriza a necessidade da criação de lei previdenciária que preceitue a garantia do direito à dignidade humana e bem-estar social.

Em 1993, foi criada a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) [2], com o objetivo de proteger os cidadãos que se encontravam desamparados socialmente por doenças incapacitantes, sendo idoso ou mesmo deficientes físicos impossibilitados de contribuírem para a caixa da Previdência Social.

A concessão ou não dos benefícios tanto da LOAS quanto pelo Estatuto do Idoso não impedem ou dificultam de forma burocrática a viabilização à concessão; estas pessoas que perfazem as características a que se aplica esta lei, muitas vezes não suportariam a cansativa espera, nos âmbitos administrativo e judicial, o que eternizaria a viabilidade do êxito legal.

Consideremos ainda na sociedade contemporânea a especificidade do desrespeito à dignidade da pessoa humana em nosso sistema governamental, a profunda desigualdade e o descaso com a insusceptível avaliação autárquica dos cidadãos que necessitam do Benefício de Prestação Continuada – BPC; a impossibilidade na requalificação profissional destes, devido à inadequação circunstancial originada pelos injustos improvidos legais; a contundência recursal da justiça brasileira que também gera: a fome, a subnutrição, a carência médico-hospitalar e a contextualização marginalizada dos idosos, os deficientes.

Na prática jurídica, identificamos a necessária revisão célere do ente autárquico e a sua flexibilização na operacionalização dos procedimentos que

viabilizam a obtenção dos critérios exigidos e os cálculos da renda per capita familiar que configuram a concessão do BPC; ainda correlacionamos este estudo com a essencialidade ética do legislador que fundamenta a defesa do cidadão, respeitando as especificidades da condição sócio econômica e a dignidade do segurado e a sua família.

Este trabalho objetiva confrontar as incongruências jurídicas da Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS - à concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC da Assistência Social; a inflexibilidade administrativa do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, regulamentado no art. 42, da Lei 8.213[3], que define ao segurado que estando ou não em gozo de auxílio-doença for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição; a concessão do benefício em relação aos critérios do caráter contributivo do Regime Geral da Previdência Social, em especial o princípio da universalização dos direitos sociais.

Descritores: Direito Previdenciário. Benefício Assistencial. Idoso Deficiente. Política Pública. Jurisprudência.

ABSTRACT

The Constitution of the Republic of Brazil was the Social Security as a service to the welfare of the Brazilian national policy. In his art. 6, Chapter II, SOCIAL RIGHTS, and in Article 203, paragraph [1]; Magna Carta features require the creation of social security law precepts of guaranteeing the right to human dignity and social welfare.

In 1993 was created the Organic Law of Social Assistance(LOAS)[2], with the aim of protecting citizens who were destitute by socially disabling diseases, being elderly or even disabled people unable to contribute to the Social Security box.

The granting or not the benefits of both the LOAS as the Elderly Statute does not prevent or hinder the viability of bureaucratic way the grant; these people who make up the characteristics that apply this law, often not endure the grueling wait, the administrative and judicial levels, which perpetuate the viability of the legal success.

In contemporary society still consider the specificity of disrespect for human dignity in our governmental system, profound inequality and the neglect of municipal review incapable citizens who need the Continuous Cash Benefit - BPC; the impossibility in retraining these due to circumstantial inadequacy caused by unjust legal not provide; the forcefulness of the Brazilian appellate justice that also generates: hunger, malnutrition, medical, hospital and marginalized lack of contextualization elderly, disabled.

In legal practice, identify the required rapid review of the municipal entity and its flexibility in operational procedures that enable the achievement of the required criteria and calculations of per capita family income that configure the BPC; This study also correlated with the essentiality of ethics legislator who moved the defense of the citizen, respecting the specificities of the socio economic condition and the dignity of the insured and his family.

This work aims to confront the legal incongruities of the Organic Law of Social Assistance - Invalidity - the granting of the Continuous Cash Benefit - BPC Social Assistance; administrative inflexibility of the National Social Security Institute - INSS, regulated in art. 42 of Law 8213 [3]], which defines the insured that whether or not in possession of sickness is deemed unable and incapable of rehabilitation for the

exercise of activity which guarantees the livelihood and you will be paid while staying in this condition; access entitlement in relation to the criteria of contributory of the General Social Security System, in particular the principle of universalization of social rights.

KEYWORDS:Social Security Law.Benefit.Social Assistance. Elderly. Deficient. Public Politic. Judge-made law.

INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto de uma pesquisa sobre a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). Essa lei foi criada com o objetivo de proteger os cidadãos que se encontravam desamparados socialmente por doenças incapacitantes, sendo idosos, ou mesmo deficientes físicos impossibilitados de contribuírem para a caixa da Previdência Social.

Essa lei prevê a concessão do Benefício de Assistência e Prestação Continuada - BPC - que é o mais importante benefício assistencial que o Governo propicia ao indivíduo que dele comprove a real necessidade, uma vez que é dever do Estado garantir os direitos essenciais à dignidade e integração social de todos os cidadãos inclusive aqueles que dele necessitam.

Esta assistência é realizada e integrada à iniciativa pública a fim de garantir o atendimento às necessidades básicas do cidadão idoso e maior de sessenta e cinco anos de idade, sendo este hipossuficiente, e ainda àqueles com deficiências e impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

O benefício é individual, temporário e intransferível. Assegura o recebimento de um salário mínimo. O Estado subsidia este recurso à pessoa que não provêm meios de adquiri-lo sozinha, ou ainda que não atinja meios subsidiados pela família. A própria lei determina que o benefício seja calculado com base na renda per capita inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo vigente.

A concessão deste benefício estende-se ao brasileiro, inclusive ao indígena não amparado por nenhum sistema da previdência social, e também ao estrangeiro naturalizado e domiciliado no Brasil que não tenha nenhuma cobertura oriunda de seu país de origem.

Difere o Benefício de Prestação Continuada- BPC- LOAS dos outros por ser um benefício integrante do Sistema Único de Assistência Social - SUAS, cuja operacionalização do reconhecimento do direito é do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, e apenas garantido o direito a todos os desamparados, que se enquadram nos requisitos legais aos quais independem de contribuição de manutenção ou carência mínima.

A criação do referido benefício se deu a priori com base no art. 6º da Constituição Federal com posterior corroboração nos artigos 194,195,203 e 204 também da Carta Magna, sofrendo alterações pelas Leis nº 12.435, de 06 de julho de 2011[4]; e Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011[5], e os Decretos nº 6.214, de 26 de setembro de 2007[6] e nº 6.564 de 12 de setembro de 2008.[7]

Identificamos neste benefício assistencial uma intenção teoricamente apropriada, porém na prática não perfaz a sua total intencionalidade em face das dificuldades do cidadão para o seu alcance, razão esta que direciona os legisladores às combinações processuais das leis e decretos para a regulamentação do benefício à jurisprudência brasileira que, mesmo assim, deixa distante da funcionalidade da aplicação deste direito assistencial.

1.A POLÍTICA NACIONAL DE ASSITENCIALISMO BRASILEIRO

O nosso sistema previdenciário é contributivo e tem direito apenas aquele que contribui de alguma forma ou depende de alguém que contribuiu. Cabe ressaltar que a nossa assistência social é seletiva e não contempla a alteridade de todos os cidadãos brasileiros em suas especificidades contextuais e abrangências: econômica, cultural e social. “Não se trata apenas da necessidade de o Estado fornecer prestações econômicas aos cidadãos, mas também do fornecimento de meios que o indivíduo consiga suplantar as adversidades, quer seja prestando assistência social, quer seja prestando por meio de prestação de assistência sanitária. Tudo isto independente da contribuição do beneficiário. Todas as receitas do sistema sairão do orçamento geral do Estado, ou seja, são direitos garantidos pelo simples exercício da cidadania”. HORVATH JÚNIOR (2008, p. 104)

Observa-se que a Assistência Social difere da Previdência Social, pois visa a proteger qualquer pessoa que dela necessitar, independentemente de contribuição. A Previdência Social visa a proteger os segurados que a ela contribuem e seus dependentes.

No aspecto acima, consideremos que há um cenário escabroso no sistema previdenciário brasileiro pelo endosso das exigências e requisitos. Estes que objetivam a prevenção de fraudes no sistema previdenciário, tornando os benefícios ainda mais inacessíveis para a maioria da população carente.

A assistência social adquiriu status na política pública a partir da Constituição Federal de 1988; em seu artigo 203 ela garante a obrigatoriedade da prestação e do atendimento assistencial a quem dela necessitar independente da contribuição.

O objetivo da assistência social é prover o mínimo necessário para a sobrevivência do cidadão através de serviços prestados e benefícios concedidos, todos referidos em pecúnia e concedidos aos brasileiros e ainda aos estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil que não estejam cobertos pela previdência social do seu país de origem. Todos estes benefícios preceituam o respeito à dignidade humana e garantia dos direitos sociais.

Na análise de FOLMANN, SOARES (2012,p. 19), “No sistema jurídico brasileiro essa concepção justifica-se em programas do Governo Brasileiro como:

bolsa-família, programa de erradicação do trabalho infantil, entre outros. A exposição deste cenário fez-se imprescindível para demonstrar um dos primeiros equívocos correntes na seara jurídico-social que instigou o desenvolvimento do presente estudo. Normalmente, ao se falar em assistência social, o elemento que vem à mente invariavelmente remonta à Lei 8.742/93, denominada Lei Orgânica da Assistência Social que regulamenta o art.203, V, da CF/1988. Esse pensamento falacioso chega até a ser justificável pelo nome dado à referida norma, mas é de se deixar claro: a assistência social no Brasil não se restringe aos idosos e deficientes, abarca todo o cidadão desprovido de condições mínimas de sobrevivência com dignidade. Eis os assistencialismo no Estado Social de Direito Brasileiro”.

2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA SEGURIDADE SOCIAL

Os princípios constitucionais que embasam as demais legislações auxiliam-nos nos critérios interpretativos das normas definidas pela Assistência social; embora estas deveriam basicamente fundamentar-se no respeito e cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a garantia dos direitos fundamentais do segurado, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 no art. 5º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes.”

A Assistência Social é custeada com recurso da Seguridade Social e também busca a proteção dos que não tem capacidade de contribuição por motivos anteriormente descritos. Aqueles que não contribuem com a Previdência Social também são amparados, pois não podem ser expostos mormente devido às dificuldades sistêmicas geradas pela carência ocasionada pela deficiência.

A Constituição Federal eleva a Dignidade Humana nos artigos 1º e 3º em que estabelece os objetivos de uma sociedade justa, solidária, sem pobreza, não marginalizada e comprometida com a extinção das desigualdades sociais e o bem estar de todos os cidadãos.

Na interpretação do artigo 203 da nossa Carta Magna, concluímos que a pessoa humana é o valor absoluto do princípio e que deste valor a igualdade e

equidade são fundamentos que definem a garantia dos direitos fundamentais e sociais do ser humano à condição do exercício da sua cidadania.

Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada sob pena de inconstitucionalidade e de violação da dignidade da pessoa humana, e a cada negativa de amparo estatal para o cidadão necessitado, podemos entender como uma afronta constitucional, sendo dever do Estado o cuidado pelo cidadão.

3. A LEI Nº 8.742 DE 07 DE DEZEMBRO DE 1993 – LOAS (Lei Orgânica Da Assistência Social)

A Lei Orgânica de Assistência Social- LOAS - dispõe sobre a organização da Assistência Social, instituída para proteger os cidadãos que se encontravam desamparados socialmente e acometidos por doenças incapacitantes, os idosos, e também deficientes físicos, que jamais poderiam ter contribuído para caixa de Previdência Social.

Em seu artigo 20, temos elencados os requisitos para garantia do direito ao recebimento do benefício de prestação continuada. Esta lei reza que o benefício de prestação continuada é a garantia de recebimento de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. Art. 20, 1º § “Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art.16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto(Redação dada pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)[8]

De acordo com a Carta Magna, ainda no art. 204 declara-se que:”a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social”, pois o benefício não necessita de contraprestação.

Neste sistema de profunda desigualdade, constitui-se um desrespeito à dignidade da pessoa humana; provoca-se no sistema jurídico previdenciário a vinculação da desordem econômica com a existência de inumeráveis homens e mulheres subnutridos e torturados pela fome e as crianças em desenvolvimento infantil deficitário. Entretanto, o gerenciamento autárquico e jurídico são

deficitários, e coligem progressivamente não amenizando o sofrimento das carências recursais sejam elas materiais e psicológicas dos deficientes e idosos carentes.

4.A CONCESSÃO DO BPC E OS FATORES JURISPRUDENCIAIS

O benefício de prestação continuada apresenta fatores constitucionais, conforme dispõe a CF/88, art. 203,V, são sujeitos ativos do direito ao benefício: “os idosos e os portadores de deficiência que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”; “ressalta-se a análise de que na lei entendemos ser idoso ou ser portador de deficiência; não poder prover ou ter provida sua manutenção”.FOLMANN, SOARES,(p. 23.2012).

Destacamos a seguir fatores infraconstitucionais na concessão do Benefício de Prestação Continuada- BCP e os critérios para a sua concessão; inicialmente prevê-se na Lei 8.742/93- LOAS,art. 20. “O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70(setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família.”

Na norma constitucional(CF/88, art.203, V)se determina que são sujeitos ativos ao benefício: “os idosos e os portadores de deficiência que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”; define-se na especificidade da lei constitucional o direito ao benefício os idosos e deficientes”.

Inicialmente na norma infraconstitucional, Lei 8.743/93, art. 20 – considera-se a pessoa idosa o indivíduo com 70 anos ou mais;posteriormente para 67 anos com a criação da Lei 9.720/98; e a partir do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03 – art.20[9], este preceito legal vigora até o presente ao cidadão a partir dos 65 anos.

A nossa Carta Magna não conceituou deficiência; no ordenamento jurídico o sentido normativo de pessoa com deficiência fora previsto na legislação ordinária com a Lei 8.742/93, art.20, §2º, com assertividade do sentido da incapacidade para “a vida independente e para o trabalho”; positiva este sentido o Decreto 1.744/95, art. 2º,II[10]: “para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênita ou adquiridas, que impeçam o

desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”[9] Entretanto, o Decreto 6.214/07 que revogou o decreto ora citado positiva, no art. 4º, III, que incapacidade seria o “fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social”.

Desta feita, o conceito de deficiência para fins assistenciais fora alterado com assertividade no sentido da prática jurídica com a edição da Lei 12.435/11 que alterou a redação do art. 20, §2º, da LOAS, conceituando como pessoa com deficiência(inc.I) como “aquele que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. Ainda, prevê-se que nos termos desta lei, inc. II que impedimentos de logo prazo são “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”. Assim sendo, entendemos que este benefício independe de contribuição e a sua concessão deve-se dar com todos os cuidados possíveis para se garantir que atinja tão-somente aqueles que, de fato, dele necessitam.

Uma das revisões da lei é a apuração do cálculo da renda per capita que sob enfoque generalista a empeira inicialmente o processo administrativo e desestimula o pleito justo. Aliados aos fatores deficiência e idade, a nossa Carta Magna prevê a materialidade da insuficiência da manutenção de prover e ser provido, e ainda consubstancia este fundamento na LOAS, art. 20, §3º que a renda familiar mensal não exceda a ¼ do salário mínimo.

Entretanto não há de se conceber falar de dignidade onde se tem fome e a miséria. Entendemos como necessidade a mudança dos preceitos legais que regem a concessão do BPC em correlação a necessária flexibilização do sistema previdenciário brasileiro e a atual situação social daqueles que especificamente se enquadram nos preceitos que as leis acima abarcam.

4.1 DOS DIREITOS DO IDOSO À CONCESSÃO DO BPC

Temos a definição jurídica que a LOAS visa também cumprir a função social de proteção às pessoas não inseridas no contexto social de trabalho devido à total incapacidade laboral para vida habitual.

Porém, estas pessoas na maioria não alcançadas no sistema previdenciário ainda para fazerem jus ao benefício assistencial devem preencher o seguinte requisito: a comprovação da idade ao idoso com 65 anos ou mais. Este requisito específico foi regulamentado pelo Estatuto do Idoso conforme exposto na Lei nº 10.741 de 2003, art. 34 “*Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.* Para caracterização da renda familiar per capita, consideremos no Estatuto do Idoso, 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”.

Caso haja no núcleo familiar outro integrante que já percebe benefício assistencial tal valor não será computado a fim de aferir a renda do grupo familiar para fins de averiguar a renda per capita da família. Tal dispositivo é um avanço na política assistencial do idoso, já que a idade demanda um maior dispêndio de recursos com cuidados médicos e pessoais, os quais, muitas vezes, sequer são supridos com o valor percebido a título de benefício assistencial.

Esta normativa visa a proteger o patrimônio mínimo do idoso, que além de custear seus gastos, ainda teria que fazê-lo em relação a outro membro do núcleo em situação de vulnerabilidade social. “Ou seja, é ilógico que alguém que nunca contribuiu tenha seu benefício assistencial excluído da renda per capita, ao passo que outrem, que contribuiu, tenha seu benefício previdenciário computado no cálculo”. (FOLMANN, SOARES, p. 26).

4.2 DOS DIREITOS DO DEFICIENTE À CONCESSÃO DO BPC

Na CF/88 não se conceitua “deficiência”, na especificidade da Lei 8.742/93, art. 20, §2º define-se cidadão ser incapaz “para a vida independente e para o trabalho”. Na legislação ordinária posteriormente reitera-se esta definição no Decreto

1.744/95, art. 2º, II: “para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, que congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”.

Identificamos no ordenamento jurídico que a evolução do conceito de “deficiência” foi revisada na Lei 12.435/11, esta alterou o art. 20, §2º com a ressignificação conceitual da pessoa deficiente, sendo previsto (inc.I) “como aquele que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”.

Ainda recentemente com a edição da Lei 12.470/11, a Lei 8.742/93 sofreu alterações no conceito da deficiência, art.3º, “A Lei 8.742/93, que passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 20(...) § 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”.

Constatamos ainda que para fins de recebimento do BPC a notoriedade da deficiência está relacionada à temporariedade da incapacidade para a vida independente e para o trabalho por um prazo mínimo de dois anos ou mais; e a sua impossibilidade de participação e inclusão social.

No âmbito do direito previdenciário, exige-se menos: qualquer segurado que seja incapacitado totalmente para o exercício da atividade laborativa (não para a vida independente)faz jus ao auxílio-doença (caso a incapacidade seja temporária), ou por invalidez (se permanente a incapacidade).

No que é pertinente ao benefício assistencial, não basta a incapacidade laborativa, porque a lei impõe a incapacidade também para a vida independente. Sendo assim, há *exigência maior* porque o benefício da LOAS é ofertado sem que haja qualquer contraprestação do beneficiário. É a sociedade que assume a obrigação inviável à família, ao passo que o benefício previdenciário exige contraprestação pecuniária (contribuição) e carência (conforme o caso).

O requisito referente à renda justifica-se por ser o amparo social um benefício excepcional e um recurso que deve ser concedido às pessoas em situação total de miserabilidade.

Temos atenuantes jurisprudenciais deste requisito objetivo, na medida em que, à vista das condições particulares de cada grupo familiar, autoriza-se a concessão, mesmo quando ultrapassado o limite legal.

Deste modo, tem-se que a renda familiar per capita até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para a presunção absoluta de miserabilidade, mas não é um critério absoluto. Trata-se de um limite mínimo, motivo pelo qual a renda superior a este nível não afasta o direito ao benefício se a miserabilidade for comprovada por outros meios.

5. ANÁLISES INFRACONSTITUCIONAIS E SOCIAIS ABRANGENTES À CONCESSÃO DO BPC

5.1 A Família

Considera-se núcleo familiar "Art. 20 - (...) § 1º Para os efeitos do disposto no caput, entendendo-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)". O conceito de família do texto disposto entende-se como família o conjunto de pessoas que estão elencadas na Lei 8.213 de 1991, art. 16.

Conforme dispõe na CF/88, Art. 226, o § 3º e § 4º - A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e as demais serem comprovadas.

Para haja essa superação, devemos visar a finalidade do conceito de família da LOAS e verificar se o conjunto de pessoas é "incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa".

Pela inclusão de pessoas no conceito de família, é possível demonstrar que, no caso concreto, a família da pessoa portadora de deficiência ou idosa é tão ou mais incapaz de prover sua manutenção do que exige a lei para obtenção do amparo assistencial.

5.2 A renda per capita

Através destes estudos, constata-se a que há maior controvérsia no cálculo da renda per capita, porque temos doutrinadores que entendem que o requisito deve ter o entendimento legalista, e considerar para aquisição de benefício de prestação continuada a renda per capita do grupo familiar; o que já fora elencado anteriormente; considerando que seja inferior à $\frac{1}{4}$ de salário mínimo. De outro lado, temos aqueles que apesar da ADIN 1232[11], quando o Supremo Tribunal Federal julgou o dispositivo como constitucional, os doutrinadores e os magistrados concordaram que essa regra pode e deve ser mais elástica, levando em consideração o estado de miserabilidade que encontra-se o necessitado, de modo a cumprir o preceito constitucional de amparo e manutenção da dignidade do mesmo.

A garantia do mínimo social estaria ligada as condições mínimas para que se possa conceber a idéia de existência humana digna. Assim, caso o núcleo familiar em que inserido o postulante aufera renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, deve-se ter uma presunção absoluta de seu estado de pobreza.

Sobre isto, a presunção pela desnecessidade à percepção do benefício é relativa, devendo ser demonstrado tal estado pela parte requerente. O nível de pobreza é determinado mediante averiguação da renda por pessoa do núcleo familiar, já mencionado. A família, segundo a lei, é considerada necessitada se a renda em questão for inferior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo.

É importante salientar que ao quebrar o critério legal para incluir outras pessoas no núcleo familiar, devem-se incluir as pessoas que realmente trazem receitas ou despesas para a família.

A regulamentação do dispositivo constitucional, exigida no próprio art. 203, V, não deveria criar limitações além da prova de necessidade. Esta regulamentação deveria se ater aos procedimentos viabilizatórios da medida. Deste modo, o INSS fere o próprio princípio da Dignidade Humana, expresso no art. 1º, III, CF.

Para o Instituto, o que interessa não é a garantia de que a família necessitada consiga efetivamente o montante para suprir as necessidades de manutenção do idoso ou do deficiente.

A rigidez da autarquia justificada em seu déficit, é descabida por não seremos idosos ou os portadores de necessidades especiais os responsáveis pelo prejuízo na Previdência ou na Assistência Social.

O INSS deveria realizar a leitura atenta do art. 20, §3º, da Lei 8.742/93, e observar que o limite de renda familiar ali determinado refere-se à presunção de necessidade econômica de quem recebe, mensalmente no seu valor total.

5.3 Interpretações sociais e jurídicas no cômputo da renda per capita.

Defendemos que o critério utilizado para o cômputo da renda familiar per capita não deve ser apurado de forma puramente aritmética. É preciso considerar as condições pessoais do requerente, bem como de seu grupo familiar.

A renda per capita de 1/4 do salário mínimo, embora sirva como referencial para a aferição da situação familiar, não impede que, judicialmente, sejam reconhecidos outros indicadores que revelem a necessidade de amparo assistencial ao deficiente ou ao idoso.

Não raro o benefício assistencial de prestação continuada é indeferido pela Autarquia Previdenciária sob o fundamento de não enquadramento no §3º do art. 20 da Lei nº. 8.742/93, considerando a renda per capita do grupo familiar igual ou superior à ¼ do salário mínimo.

Com relação ao portador de deficiência, embora a renda per capita da família seja superior à ¼ do salário mínimo, é claro na maioria dos casos, que a condição de saúde debilitada do requerente demanda gastos, sobretudo com medicamentos, e necessidades de gêneros alimentícios, que se mostram nas dificuldades em decorrência da baixa renda, haja vista a hipossuficiência do núcleo familiar.

A respeito do Idoso, a lei nº. 10.741/2003 - Estatuto do Idoso – em seu art. 34, interpretamos a redução da idade para 65 (sessenta e cinco) anos para concessão ao idoso do benefício, e em seu parágrafo único que acabou por excluir o benefício de prestação continuada já concedido a outro idoso do grupo familiar do cômputo da renda per capita para efeitos da concessão.

Cabe a exclusão de benefício de valor mínimo recebido por inválido do grupo familiar, ainda que não seja idoso nem deficiente e ainda que o benefício seja de

cunho previdenciário, o qual também fica excluído do grupo para fins de cálculo da renda familiar per capita.

Quanto a concessão do benefício ao portador de deficiência, preenchido o requisito da incapacidade, devem ser excluídos da apuração da renda do núcleo familiar os benefícios previdenciários.

Sendo assim, nas situações em que a renda familiar per capita for superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, deve-se subtrair os gastos despendidos em virtude da deficiência que acomete o requerente, onde restarão poucas condições financeiras para viver com dignidade, estando preenchido, dessa forma, o requisito da hipossuficiência econômica.

Observa-se que o benefício assistencial é concedido à criança incapaz, o entendimento jurisprudencial predominante é de que este, além de ser concedido pela incapacidade que acomete o menor, também serve de complemento à renda do grupo familiar, possibilitando o mínimo necessário à sobrevivência de quem necessita.

Na análise de LAZZARI (2011, p. 707), afirma-se que “posteriormente à Lei nº. 8.742/93 sobreveio a Lei nº. 9.533/97[12] que, ao autorizar o Poder Executivo conceder apoio aos Municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, estabeleceu critério mais vantajoso para analisar objetivamente a miserabilidade, qual seja, renda familiar per capita inferior à $\frac{1}{2}$ salário mínimo(art. 5º, I)”.

Na mesma esteira, a Lei nº. 10.689/03[13] que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA), determina em seu art. 2º, §2º, que os benefícios do PNAA serão concedidos para unidade familiar com renda mensal per capita inferior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo preceito maior e mais benéfico em comparação à exigência da LOAS.

Em razão disto, não se pode ignorar no ordenamento jurídico, que o benefício assistencial objetiva também suprir a falta dos meios necessários à subsistência.

Deve-se estabelecer tratamento igual ao critério de aferição de miserabilidade para garantir o benefício a quem verdadeiramente tem direito.

Desse modo, o fato da renda per capita do grupo familiar ser superior à ¼ do salário mínimo não comprova o verdadeiro grau de miserabilidade do mesmo.

Utilizar critérios objetivos na legislação, com o intuito de preencher requisitos e, consequentemente, conceder direitos, na maioria das vezes é conduta insegura e infundada do legislador, principalmente quando negada sua interpretação.

Segundo IBRAHIM (2011, p. 14), “mesmo o legislador fazendo uso de parâmetros objetivos para fixar direitos, a restrição financeira deve ser ponderada considerando as características de cada caso”.

Portanto, o intérprete não pode se omitir diante da realidade social, e constatada a insuficiência, os juízes e tribunais já dão como comprovada a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios.

Não há de se declarar inconstitucional o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhecer a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão, uma vez que temos posicionamento de tribunais de que o disposto no § 3º do art. 20 não é o único critério para comprovar a condição de miserabilidade da família do requerente, não impedindo de usar outros fatores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das discussões por conta das disposições da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), nota-se que a concessão de benefícios àqueles que se enquadram nas perspectivas elencadas na referida legislação tornou-se um modo que transformará e condicionará, a partir das desigualdades das pessoas, o direito à dignidade, tendo em vista, que o tratamento a estas pessoas, diferente, às possibilita alcançar o mínimo necessário para viver dignamente.

A concessão ou não, dos benefícios trazidos tanto pela LOAS, quanto pelo Estatuto do Idoso, não é algo a se impedir ou dificultar com burocracias, pois as pessoas que deles precisam muitas vezes não suportariam a cansativa espera, tanto no administrativo, quanto no judicial, podendo se eternizar.

Assim, devem-se os entes autárquicos buscar além de tais benefícios outras formas de garantir a celeridade, flexibilidade e desburocratização a essas pessoas firmando os direitos que lhes são garantidos em nossa Carta Magna; transformando suas vidas, garantindo-lhes o necessário para plena vida social.

A desatenção às observações expostas; e o que podemos esperar é uma vasta demanda de processos judiciais e administrativos a cerca da matéria em questão pelo fato do INSS infringir o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, expresso no art. 1º, III, da respeitável Constituição Federal.

Para que se evite essa avalanche processual à autarquia previdenciária, deve-se a prudente leitura atenta ao dispositivo citado; observando o limite de renda familiar e a necessidade econômica de quem ora está recebendo.

§3º do art. 20 da Lei nº 8.742, *in verbis*:

*“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.”*

E ainda atentar-se ao julgamento do ADIN 1232 do Supremo Tribunal Federal, praticando a concordância de que essa regra pode e deve ser mais elástica; considerar o estado de miserabilidade que se encontra o necessitado e deste modo cumprir o preceito constitucional de amparo ao necessitado e manutenção da dignidade do mesmo.

Torna-se evidente que a concessão do referido benefício busca consolidar a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade material, conferindo aos beneficiários as mínimas condições para ter uma vida digna, sobretudo após as alterações trazidas pela Lei nº. 12.435/2011.

A Assistência Social foi criada com a finalidade de amparar e beneficiar os hipossuficientes, aqueles incapazes de sobreviver sem auxílio.

O critério do cômputo da renda familiar *per capita* não é, e não pode ser o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade exigida.

Deste modo, os critérios estabelecidos em lei para a concessão do benefício assistencial não devem ser utilizados apenas objetivamente, pois cada caso

necessita ser analisado em suas particularidades, objetivando verificar a real situação de hipossuficiência do requerente e da sua família.

Segundo entendimento consolidado, deve-se aplicar analogicamente o art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), de modo a excluir o montante auferido por pessoa idosa a título de benefício assistencial ou previdenciário no valor de um salário mínimo, quando do cálculo da renda per capita do núcleo familiar, visto que tal valor é esgotado na própria subsistência daquele que o percebe em qualquer benefício recebido por membro do grupo familiar, no valor de um salário mínimo devendo ser igualmente excluído do cálculo para apurar a hipossuficiência.

Assim, a não observância à amplitude dos critérios e suas aplicações, e, por conseguinte validações e reconhecimento de outros meios para a concessão do benefício assistencial, não se impedirá de ser por via judicial a satisfação do pleito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MENEZES, Adriana. *Livro Direito Previdenciário*. Ed. JusPODIVM, edição 201, fls. 493.

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios Previdenciários**. 4^a ed. rev. e atual. com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009. p. 567 e 570.

GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. *Benefício por Incapacidade& Perícia Médica*, Editora Juruá, 2012.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário 8^a Ed*, Editora Quartier Latin, 2010.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11ed. Santa Catarina: Conceito Editora, 2009.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício Assistencial ao Idoso e ao portador de deficiência(LOAS) – Teoria e Prática**. Ed Juruá, 2012

ÍBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito previdenciário**. 16^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARQUES, Rosa Maria. **A Previdência Social no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. Atual. São Paulo: Atlas, 2004.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade São Paulo - UNIESP; Advogado Associado do escritório RJM Advogados Associados, pós graduando MBA em Direito Imobiliário na Faculdade Legale.

NOTAS

[1] Constituição Federal de 1988
(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

[2] *Lei Orgânica da Assistência Social - Lei nº 8742/93*

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm

[3] *Lei nº 8213/91* - Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm

[4] *Lei nº 12435/11* - Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato20112014/2011/Lei/L12435.htm

[5] *Lei nº 12.470/11* - Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm

[6] *Decreto nº 6214/07* - Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato20072010/2007/decreto/d6214.htm

[7] *Decreto nº 6.564/07* - Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, e dá outras providências.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato20072010/2008/Decreto/D6564.htm

[8] *Lei nº9720/98* - Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, e dá outras providências.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9720.htm

[9] *Lei nº10.741* - Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm

[10] *Decreto nº1.744 de 08 de dezembro de 1995- DOU DE 11/12/95- REVOGADO pelo DECRETO nº 6214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá doutras providências.*

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1744.htm

[11] *ADIN nº1232*

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/740504/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1232-df>

[12] *Lei nº 9.533/97* – Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9533.htm

[13] *Lei nº 10.689/03* - Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.689.htm