

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE MATO GROSSO DO SUL
UNIDADE UNIVERSITÁRIA DE PARANAÍBA**

Gracielli Cristina Jesus dos Reis

**LEI 8.742/1993- LOAS- LEI ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL-
APRECIÇÃO CRÍTICA QUANTO AO SEU CRITÉRIO DE MISERABILIDADE**

Paranaíba/MS

2015

Gracielli Cristina Jesus dos Reis

**LEI 8.742/1993 (LOAS)- LEI ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL-
APRECIÇÃO CRÍTICA QUANTO AO SEU CRITÉRIO DE MISERABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba como exigência parcial para Bacharelado do curso de Direito.

Orientador: Prof. Me. Christiano Francisco da Silva Vitagliano.

Paranaíba/MS

2015

GRACIELLI CRISTINA JESUS DOS REIS

**LEI 8.742/1993 (LOAS)- LEI ORGÂNICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL-
APRECIÇÃO CRÍTICA QUANTO AO SEU CRITÉRIO DE MISERABILIDADE**

Este exemplar corresponde à redação final do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado e aprovado para obtenção do título de bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitaria de Paranaíba.

Aprovado em 11/11/2015

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Christiano Francisco da Silva Vitagliano (Orientador)
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Prof(a). Marília Rulli Stefanini
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul(UEMS)

Prof(a). Denise Correia da Costa Machado Beserra
Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Aos meus pais, João Batista, Iolanda Reis e Tia Malú.

Em especial a minha mãe, grande motivadora a quem dedico total devoção.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pois sem o Senhor não teria forças para traçar tão longa jornada, por ser essencial em nossas vidas, autor do meu destino, socorro presente nas horas de angústia e dor, obrigada por atender as minhas infinitas preces, por ter permitido estar aqui e por todas as graças alcançadas.

Aos meus pais, João Batista, Iolanda Reis e Tia Malú, pelo exemplo de humildade, decência, honestidade, persistência, por ter me ensinado os valores e princípios formadores de minha personalidade, por todo amor e paciência dedicado a mim, alicerce indispensável e inegociável de tudo que sou.

Ao meu irmão que inicialmente foi grande companheiro de jornada.

Aos companheiros e amigos de curso, a Aline sempre meiga e suave, ao Almiro pela atenção e parceria diária, a Ana Emília nossa mineirinha sempre tão amorosa, ao Eduardo o cara mais chato que tanto adoro implicar, ao menino Felipe pelo respeito e atenção, ao nosso veterano/calouro Fernando, que veio dividir conosco o 5º e último ano, pela integração, carinho e respeito a todos, ao nosso eterno Promotor Higor Maike, sempre muito político, porém atencioso, amigo e parceiro, ao querido Jari, nosso Jaja, pelos momentos de alegrias diárias e ótimos churrascos, a Letícia nossa autoridade, ao Maicon garoto admirável e trabalhador, ao nosso Pastor Osmar, menino de fé, dedicado e sempre solícito, a querida e admirável Renata Rios, pela dedicação, amizade, companheirismo e amparo a turma, ao meu querido Rodolfo, sempre muito atencioso, carinhoso, amoroso, com seus beijos diários de boa noite.

Agradecer também, aos que iniciaram a grande jornada, e que dividiram momentos marcantes, mas por motivos diversos tiveram que nos abandonar, como não lembrar de Álvaro (Alvinho), Carlos Alexandre, Daniel, Fernando, Isabela, Janicleia, João, Julio, Joana, Larissa, Lucas, Moniqui, Marley, Renilda, Suelen, Sarah, Saulo, Oscar, Vitor Araujo e outros a quem peço perdão pela memória falha.

Em especial, aos eternos amores de minha vida, amigos do fundão, Ana Maria, Lhyzzie Kharollyne, Luiz Antônio, pelo privilégio de dividir várias noites em busca de conhecimento, pela confidencialidade, paciência, carinho, dedicação e claro pelas infinitas alegrias e risadas proporcionadas, amigos para toda a vida.

Desta forma, como não agradecer aos parceiros de festas, risadas, cervejas, caronas, trabalhos e claro muitos incentivos de diversas formas e jeitos, Flavia Claudiano, minha fiel escudeira minha irmãzinha pretinha, o terrível Leandro Mello que muito nos alegra com sua

irreverência e como não lembrar do Luiz suave e amoroso, Wilisvan Strege muito obrigada doce e lindo Índio de nossas vidas, pelo privilégio de tê-lo entre nós.

Agradecer também a meus grandes companheiros e incentivadores da Engenharia Agrônômica, que acreditaram e não me deixando desistir, Jucimar , Ludmila amigos de outras vidas e Renato Lustosa grande parceiro.

Ao meu Orientador Prof. Me Christiano Francisco da Silva Vitagliano, pela dedicação, transmissão de segurança, pela ajuda na bibliografia, pelo incentivo e críticas inteligentes e construtivas, que foram e sempre será de grande valia.

As Professoras Denise Correia da Costa Machado Beserra e Prof(a). Me Marilia Rulli Stefanini, membros da banca examinadora, pelos ensinamentos, paciência e generosidade, tornando possível a conclusão de tão difícil jornada.

A UEMS em nome de todos os professores, todos de notável cultura e zelo, pelo desenvolvimento da docência nesta Universidade e a todos os demais funcionários desta Instituição, que também são peças fundamentais.

Obrigada a todos pelo prazer de vossas presenças, e por fim posso dizer que participei de uma Universidade, pois aqui tive paz, obrigada pela honra de tê-los como personagens de minha história, por todos os momentos vividos, um carinho especial.

No fundo, todo homem sabe muito bem que ele, como *unicum* (único), está no mundo apenas uma vez, e que nenhum acaso tão curioso misturará pela segunda vez, numa unidade como ele, tão admirável e colorida variedade.

Ninguém pode construir para ti a ponte sobre a qual precisamente tu tens de passar sobre o rio da vida, ninguém além de ti mesmo. Decerto que há inumeráveis atalhos e pontes e semideuses que te querem carregar através do rio; mas apenas ao preço de ti mesmo; tu te darias em penhor e te perderias. Há no mundo um único caminho que ninguém pode trilhar além de ti: para onde conduz ele? Não perguntes, prossegue. Um homem jamais se eleva mais alto do que quando não sabe para onde seu caminho ainda o pode conduzir.

O que, até agora, verdadeiramente amaste, o que atraíu tua alma, o que a dominou e ao mesmo tempo a felicitou? Coloca diante de ti a série desse venerados objetos, e talvez eles te proporcionem, por sua essência e sucessão, uma lei fundamental própria de ti mesmo. Compara esses objetos, vê como um complementa, alarga, sobrepuja, transfigura o outro, como eles formam uma escada, sobre a qual tu agora te elevaste para ti mesmo; pois tua verdadeira essência não jaz profundamente oculta em ti, mas imensamente acima de ti...”

~ **Friedrich Nietzsche** (1844-1900), em “Schopenhauer como Educador”

RESUMO

A presente pesquisa, buscou uma apreciação dos parâmetros legais envolvendo o critério de miserabilidade da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)-Lei nº.8742/93 nos aspectos alusivos ao benefício assistencial de prestação continuada ao idoso que comprove não possuir meios de satisfazer suas necessidades ou de tê-la provida por sua família, bem como ao deficiente cujas famílias não possuem condição de garantir as necessidades básicas para manutenção e sobrevivência do mesmo

O problema em discussão refere-se ao critério utilizado para a aferição da miserabilidade para a concessão do benefício de prestação continuada tanto ao idoso como ao deficiente, lembrando sempre que o mínimo social é pressuposto para a cidadania.

Durante os estudos realizados constatou-se que os doutrinadores não divergem quanto ao benefício de prestação continuada, porém em contra partida as decisões jurisprudenciais são divergentes.

Palavras- Chave: Critério de Miserabilidade, Benefício Assistencial, Amparo Social, Idoso, Deficiente.

ABSTRACT

This research sought an assessment of the legal parameters involving the misery criteria of the Organic Law of Social Assistance (LOAS) -Law n ° .8742 / 93 in depicting aspects of the welfare benefit of continued provision for the elderly that proves you do not have means of satisfying your needs or have it provided by his family and the disabled whose families have no condition to guarantee the basic needs for maintenance and survival of the same

The problematic under discussion refers to the criteria used for the measurement of misery for granting the continued provision of benefit both to the elderly and the disabled, always remembering that the social minimum is a precondition for citizenship.

During the studies it was found that scholars do not differ as to the benefit of continued provision, but in the match against jurisprudential decisions are divergent.

Key words: Misery Criteria, Care Benefit, Social Support, Elderly, Disabled

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	10
1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO SOCIAL	12
1.1 Construção Histórica da Seguridade Social	12
1.1.1 Histórico Constitucional	15
1.2 Conceito e Origem da Seguridade Social no Brasil	15
1.3 A Ordem Social e a Evolução dos Direitos Sociais	21
2 ANÁLISE DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL	24
2.1 Tratamento Constitucional da Seguridade Social	24
2.1.1 Saúde	26
2.1.2 Previdência Social	26
2.1.3 Assistência Social	28
2.2 Considerações Acerca do Orçamento da Seguridade Social	30
2.3 Formas de Custeio	31
3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO DO CIDADÃO E DEVER DO ESTADO	33
3.1 A Assistência Social na Condução do Estado de Bem-Estar	33
3.1.1 Assistência Social como Fator de Inclusão Social e a Quem se Destina	34
3.2 Objetivos, Princípios e Diretrizes da Assistência Social – LOAS	35
3.3 Requisitos para Concessão do Benefício Assistencial – LOAS	38
3.3.1 Divergências Quanto a Concessão a Estrangeiro	41
3.3.2 Conceito de Idoso para Concessão de Benefício Assistencial	45
3.3.3 Conceito de Deficiência para Concessão de Benefício Assistencial	46
4 REQUISITO DE MISERABILIDADE	49
4.1 LOAS e o Critério de Miserabilidade	49
4.1.1 Problemática	50
4.2 Entendimentos dos Tribunais Quanto a Miserabilidade	53
4.3 Posição Pessoal	61
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	65

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1998 inovou ao referir-se ao direito a Assistência Social no mesmo patamar dos direitos a saúde e a previdência social, constituindo-se assim o tripé do sistema de seguridade social brasileiro.

Na visão de Horvath Junior(2012), Seguridade Social está associada a medidas assistenciais que visam à proteção das pessoas nas situações de necessidades e envolve a participação do Poder Público e da sociedade. Desta forma, “através da Seguridade Social o Estado fica obrigado a garantir que nenhum de seus cidadãos fique sem ter satisfeitas suas necessidades sociais mínimas”.

A assistência social é direito do cidadão é dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva que provê o mínimo social. Miguel Horvath Junior (2012), assim apregoa; “Os sujeitos protegidos são todos aqueles que não têm renda para fazer frente a sua própria subsistência, nem família que o ampare”.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), Lei nº 8742, de 7 de dezembro de 1993, foi criada com o objetivo de garantir uma política de proteção a quem necessita. Sua promulgação foi fruto dos esforços conjuntos de parlamentares, gestores, servidores públicos e representantes da sociedade civil.

Prestes a completar vinte e dois anos de vigência, a LOAS passou por significativos avanços, que consolidaram seus princípios e possibilitaram seu aperfeiçoamento.

Portanto, o singelo trabalho de conclusão de curso, explanará sobre a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), analisando o histórico da proteção e da seguridade social, as características para a concessão do benefício, os beneficiários, os valores destinados a estes, bem como a centralização da discussão em torno do critério de miserabilidade para fins de concessão do Benefício Assistencial.

Desta forma, a linha de raciocínio e abordagem para o desenvolvimento da seguinte pesquisa terá como fundamento o método hipotético-dedutivo (Assim, a abordagem do método hipotético-dedutivo visa buscar a verdade).

Necessário se faz apresentar à metodologia, que será utilizada para a presente pesquisa, sendo para tanto aquela de cunho científico, baseando-se no levantamento dos textos teóricos sobre a temática pesquisada. Será objeto do referido estudo a revisão de literatura por meio de consultas em doutrinas, artigos científicos, pesquisas, monografias, jurisprudências, periódicos e demais instrumentos autorizados.

Ademais, para seguir um roteiro na pesquisa, o presente estudo foi dividido em quatro capítulos: Aspectos Históricos da Proteção Social, Análise da Seguridade Social no Brasil, A Assistência Social como Direito do Cidadão e Dever do Estado, Requisito de Miserabilidade.

Portanto, o capítulo inicial, apresentará um breve estudo sobre os caminhos históricos percorridos da proteção social, bem como o histórico constitucional, o conceito e origem da seguridade social no Brasil, mencionando também rapidamente a ordem social e a evolução dos direitos sociais.

Para tanto, o segundo capítulo explanará sobre a seguridade social no Brasil, apresentando rapidamente, o tratamento constitucional da seguridade quanto à saúde, assistência social, previdência, bem como considerações relativas ao orçamento e a forma de custeio.

O terceiro capítulo, visa aprofundar sobre questões assistenciais como direito inerente ao cidadão e prerrogativa do Estado, mais especificamente sobre o detalhamento da assistência social, na condução do bem-estar, objetivando a inclusão social, bem como objetivo, princípios, diretrizes e requisitos expressos na LOAS.

Por fim, o quarto capítulo, apresenta o questionamento a cerca do requisito de miserabilidade, para a concessão do benefício de prestação continuada, deste modo é necessária uma análise jurisprudencial sobre tal critério econômico e a nova fixação quanto à condição de miserabilidade exposta pelos Tribunais Brasileiros.

Diante do exposto, a relevância da pesquisa se dá por analisar os requisitos quanto à renda familiar hoje aplicada, sendo de um $\frac{1}{4}$ do salário mínimo da renda *per capita* familiar, para a concessão do benefício assistencial ao idoso e deficiente conforme a Lei nº 8.742/93 e à luz da CF/88.

Tais fatos justificam a necessidade de uma análise criteriosa, a fim de demonstrar as lacunas na lei que permitam a utilização de uma margem de maior aplicação da lei quanto à renda, seja para maior.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROTEÇÃO SOCIAL

Abordar-se-á nesse capítulo uma visão ampla sobre o histórico da proteção social, para a *posteriori* esclarecermos com maior nitidez o instituto da assistência social.

1.1 Construção Histórica da Seguridade Social

Vislumbra-se em épocas remotas o reconhecimento do que se pode dizer um esboço de medidas assistenciais e da previdência social, um anseio protetivo ao indivíduo hipossuficiente, proporcionando uma certa segurança ao declaradamente carente. Observa-se que tais medidas foram tidas como o marco inicial para a seguridade social, um sistema de proteção tido como assistencialismo, presente desde a Antiguidade.

Portanto, mencionado no Código de Hamurábi (Babilônia), no Código de Manu (Índia) e da Lei das Doze Tábuas, passando pela era contemporânea, por meio das famosas Poor Laws (Lei de assistência aos pobres), inspiradas nas reflexões de Thomas More, na Inglaterra, em 1601 (Tsutiya, 2013).

Feijó Coimbra (2001), pontua que na antiguidade houveram várias tentativas em textos legais, objetivando de fato a proteção social, como vemos no trecho citado logo abaixo:

[...] um gradual e constante predomínio do egoaltruísmo sobre o egoísmo, ou seja, admissão, dia a dia aperfeiçoada, do sentido da responsabilidade social pelos danos que vulneram o membros da mesma coletividade, compreendendo que tais danos sempre na sociedade se refletirão. Como nos lembra Oscar Saraiva, as primeiras manifestações de proteção social se assinalam em épocas recuadas, pois em Teofrasto (228 a.C) encontra-se referência à associação existente em Héliade, cujos membros contribuíram para o fundo, à conta do qual era prestado socorro aos contribuintes que viessem a ser atingidos pela adversidade. Em Roma existiram associações de atividades similares, dedicadas a proteção de seus membros, como refere Jefferson Daiber, ao lado de instituições de caridade (Cód. de Teodósio-1.15.17.19 e 22- De Sacros Eccles) chamadas *brephotrophium*, *orphanotrophium*, *gerontocomium*, *xenodochium*, *nosocomium*. Mas também quanto ao trabalhador ativo é possível achar texto que cogitava da sua proteção. Senão no direito de Roma, ao menos na Lei Lombarda que incorporava a magnitude do edifício jurídico romana, o Édito de Rotário, vê-se a mais antiga concepção da responsabilidade patronal pelo acidente de trabalho, dando-se primeiro passo para descartar a idéia de culpa do fundamento da reparação devida por dano decorrente de atividade laboral, como anota Litala.

Portanto, na Roma Antiga, tem-se as linhas iniciais sobre a proteção social, surgindo assim as primeiros beneficiários das primeiras aposentadorias:

Desse modo, por exemplo, é conhecido de todos que as aposentadorias integram parte de um sistema em que se pretende a preservação da seguridade social. E as primeiras “aposentadorias”, no sentido como são conhecidas modernamente foram

concedidas aos veteranos do exército, nos antigos tempos romanos. Como forma de agradecimento pelos serviços prestados ao império, era-lhes concedida uma propriedade, de onde poderiam tirar sua subsistência por uma renda em dinheiro, que subsistia enquanto vivesse o beneficiário. É claro que aqui encontramos uma origem bem ampla diante de um conceito mais restrito atualmente fornecido as aposentadorias. No entanto, embora estejamos diante de uma medida dentre varias outras, de proteção social- ainda que contemplada apenas determinada categoria de pessoas-, não se pode dizer que, na Roma do império.(CORREIA,2008)

Tanto Roma como Grécia traçaram as linhas mestras na proteção social em relação ao homem. Por meio das instituições mutualistas que objetivavam prestar assistência a sua coletividade, com a devida contribuição para ajudar os necessitados. Para tanto, a família romana prestava assistência a seus membros, e mais a frente na Idade Média, surgiu às corporações profissionais que contribuíram para a criação dos seguros sociais (MARTINS, 2010)

Corroborando nesse sentido, ainda na Roma Antiga, a família romana tinha obrigação de dar assistência aos servos e clientes, através do *pater familias*, prestando com a contribuição de seus membros socorro aos necessitados. Já os soldados do exercito romano, recolhia parte do seu salário como contribuição para receberem em suas aposentadorias um pedaço de terra e as economias (MARTINS, 2007).

Ao longo da historia da civilização tem-se o afloramento da seguridade social, ocorrendo o conseqüente aprimoramento da previdência social e de serviços assistenciais. Neste sentido, a obrigatoriedade no custeio deste sistema foi à maneira mais adequada na operacionalização da seguridade social, ocorrendo desde os primórdios da historia da sociedade. Destaca-se para tanto, a obrigatoriedade da assistência aos pobres instituída por Carlos Magno durante a Idade Média (CORREIA, 2008).

Ibrahim (2009), traz em seu trabalho, que o histórico da seguridade social, esta atrelada a criação dos seguros marítimos que é freqüentemente citado nos estudos da evolução da proteção social, apesar do escopo voltado mais para a proteção da carga do que das pessoas envolvidas.

Com o mesmo condão histórico Sergio Pinto Martins (2007), cita as confrarias compostas por membros de mesma profissão ou categorias, que também se preocuparam em instituir determinada contribuição visando proteção futura. Observe parte do texto:

[...] eram as associações com fins religiosos, que envolviam sociedade de pessoas da mesma categoria ou profissão, tendo por finalidade objetivos comuns. Quando tinham características religiosas, também chamadas de guildas. Seus associados pagavam taxas anuais, visando ser utilizadas em caso de velhice, doença ou pobreza.

Em 1601, a Inglaterra editou a *Poor Relief Act* (Lei de amparo aos pobres), que instituiu a contribuição obrigatória, compulsória para fins sociais, consolidando outras leis sobre assistência pública. O indigente tinha direito de ser auxiliado pela paróquia. Os juízes da comarca tinham o poder de lançar um imposto de caridade, que seria pago por todos os ocupantes e usuários de terras, e nomear inspetores em cada uma das paróquias, visando receber e aplicar o imposto arrecadado.(MARTINS, 2007)

Para tanto, a assistência pública e a beneficência, tinham oscilações de amplitudes, comandadas pelas políticas de cada país, até o surgimento da Revolução Francesa(1789) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, onde se obtém a pedra fundamental da seguridade social moderna. Miguel Horvath Junior (2007), em sua obra Direito Previdenciário elenca uma serie de acontecimentos que pontuam a evolução da Seguridade Social no século XX, entre as quais destaca-se:

Em 1917, a promulgação da Constituição do México que, em seu artigo 123, previa o seguro social; em 1919, a promulgação da Constituição de Weimar/ Alemanha; também em 1919, a criação da Organização Internacional do Trabalho(OIT); em 1935 nos Estados Unidos o Presidente Roosevelt criou a seguridade social com o Social Security Act; entre 1942 e 1944, na Inglaterra o Lord Beveridge criou o projeto de seguridade social(assistência social, saúde e previdência); em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos que em seus artigos 22, 25 e 28 destacam o direito à segurança social e em 1952 a convenção nº 102 da OIT, versando sobre norma mínima para a seguridade social.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, teve como um dos objetivos afirmar que a seguridade social é direito de todos, tornando universal o sistema. Várias outras leis traçaram o mesmo espírito da universalização social, muito antes da Declaração Universal, como em 1883 com Otto Von Bismarck na Alemanha:

[...] surge o primeiro sistema de seguro social, envolvia seguro doença, seguro de acidentes do trabalho, seguro de invalidez e proteção à velhice, mediante contribuição do Estado, dos empregados e dos empregadores, iniciando-se aí a tríplice forma de custeio, em prática ate hoje(VIANNA,2007)

Assim no modelo bismarckiano os trabalhadores abriam mão de uma parte do seu salário para serem depositados em um fundo, sendo este usado quando houvesse necessidade para arcar com saúde, renda para quem não pudesse mais trabalhar, e para desempregados. E a partir desse sistema ouve a irradiação para todo o continente Europeu.

Atualmente o modelo vigente mundial de proteção social estatal vem sendo substituído, em alguns países latino americanos, por políticas previdenciárias organizadas sem a participação estatal, como o que ocorreu no Chile e depois Colômbia, Uruguai e Peru, diferentemente no Brasil (NUNES, 2009).

1.1.1- Histórico Constitucional

A primeira Constituição a incluir o sistema protetivo da seguridade social foi a Constituição mexicana em 1917, depois em 1918 a Constituição soviética assegurava os direitos previdenciários aos cidadãos e em seguida veio a conhecida Constituição de Weimar, em 1919. O tratado de Versalhes criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), também em 1919. Esse órgão evidenciou a necessidade de instituir a Previdência Social (MARTINS, 2007).

A despeito de já existir um sistema de Seguridade Social, somente houve irradiação dessas idéias para outros continentes a partir do famoso Relatório Beveridge, em 1942, na Inglaterra. Em meio às agruras da ocupação de Londres, pelos nazistas, o Lord Beveridge idealizou um sistema universal de proteção do berço ao túmulo. Uma proteção básica, suficiente para que o trabalhador e sua família pudessem sobreviver sem maiores desconforto, o período de desemprego, doença, morte, etc. As idéias contidas no famoso Relatório Beveridge foram adotadas, em 1946, na Inglaterra. É necessário realçar neste momento a diferença entre o modelo bismarkiano(1883) e o beveridgeano(1942), uma vez que esses dois sistemas foram adotados em todo o mundo, O beveridgeano é universal, protege todos os cidadãos. Por outro lado, o modelo bismarckiano nada mais é que um seguro social, protegendo somente aqueles que contribuem para o sistema. Quem não tem disponibilidade financeira fica excluído (TSUTIYA, 2013).

A universalidade característica do Plano Beveridge, que visava atender a todas as pessoas e não somente quem tivesse contrato de trabalho, atacando assim também a indigência, trouxe um exagero do Estado sobre as políticas particulares, levando a várias despesas, ocorrendo um retrocesso em algumas situações, lembrando que o contexto neoliberal em que o Estado atuava como interventor como também patrocinador das políticas sociais (MARTINS, 2007).

Por fim há que se destacar que a amplitude e benevolência de tal plano, motivou duras críticas em relação ao Estado de Bem-estar, não tendo atingido a almejada assistência em diversos países que o adotaram, sucumbindo antes de alcançar o objetivo maior proposto.

1.2- Conceito e Origem da Seguridade Social no Brasil

Necessário se faz conceituar a denominação seguridade social.

Para o dicionário jurídico a seguridade social é explanada como sendo o conjunto integrado de ações e iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social.

Já para Maria Helena Diniz (2005), é necessária uma conceituação mais ampla sobre seguridade social, onde Estado e sociedade se interagem, traçando princípios e diretrizes em busca do bem estar social para todos que dela necessite. Observe o que explana renomada doutrinadora:

É o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinando a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social. A seguridade social obedece aos seguintes princípios e diretrizes: a) universalidade da cobertura e do atendimento; b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; d) irredutibilidade do valor dos benefícios, de forma a preservar-lhe o poder aquisitivo; e) equidade na forma de participação de custeio; f) diversidade da base de financiamento; g) caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa com participação da comunidade em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

Deste modo, podemos afirmar que a expressão Seguridade Social denota preocupação com o futuro, objetivando assistência a quem for atingido por transtornos que a vida possa impor, e que desta forma tenha suporte a garantir ou manter a própria subsistência. Cita-se Sergio Pinto Martins (2010):

É de se ressaltar que a atual Constituição, ao se referir à segurança, foi clara no sentido de se utilizar da expressão “segurança pública”, envolvendo a polícia, para a preservação da ordem pública (art. 144 da Lei Maior). Quando o Estatuto Supremo quis se referir à seguridade, e não à segurança, empregou a expressão “seguridade social”, tal qual se observa nos arts. 194 a 204.

Lembre-se que a idéia essencial da Seguridade Social é dar aos indivíduos e a suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte, etc.), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, proporcionando meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas.

Logo, a Seguridade Social deve garantir os meios de subsistência básicos do indivíduo, não só mais principalmente para futuro, inclusive para o presente, independentemente de contribuições para tanto. Verifica-se, assim, que não tenham condição de manter a própria subsistência.

Como apresentado anteriormente pelo celebre doutrinador a Constituição Federal de 1988, “Constituição Cidadã”, traz normatizado e discriminado em seu artigo 194 o conceito

sobre seguridade social e seus princípios, explanando toda sua abrangência e amplitude que visa atingir a seguridade social. Para tanto se faz necessário citá-lo na íntegra:

Art.194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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

I- universalidade da 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 do benefício;

V- equidade na forma de participação no custeio;

VI- diversidade da base de financiamento

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

Já para o então renomado doutrinador Marcus Orione (2008), delinea certa complexidade a conceituação da expressão seguridade social, apontando perspectivas diferentes, pois, seu conteúdo jurídico é mutável devido às constantes evoluções nas relações humanas. Sendo assim tem-se:

a) Perspectiva política- a seguridade social tem em primeiro plano e como finalidade a proteção da necessidade social, ou seja, estende-se a toda a sociedade e tem como principal prestador o Estado, em missão fundamental.

b) Perspectiva jurídica- Quanto a perspectiva jurídica, refere-se esta ao meio ou instrumento com que se pretende almejar a finalidade de proteção as necessidades sociais, por meio de uma organização normativa instrumental e das relações jurídicas decorrentes.

c) Em face da sociedade atual- pode-se, hoje, afirmar que o conceito de seguridade social equivalente a Previdência Social (destinada apenas, à prestação dos chamados seguros sociais) está ultrapassado, cedendo lugar a uma noção assistencial, que supera todas as deficiências contidas na estrutura da Previdência Social, inclusive o mecanismo clássico do seguro privado. Portanto, a seguridade social passa a ser concebida como “um instrumento protetor, garantindo o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população, abolindo todo o estado de necessidade social em que possam se encontrar”. Trata-se, na nossa Constituição, de noção que inclui a previdência, a assistência e a saúde.

Deste modo entendem Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2006), que a seguridade social abrange um conjunto dos poderes públicos e da sociedade especificamente nas áreas de saúde, assistência social e previdência, conforme a Constituição Federal, organizada pelo Sistema Nacional que compreende os “[...] conselhos setoriais, com

representantes da União, dos Estado, do Distrito Federal, dos Municípios e da sociedade civil”.

Para tanto destaca-se que, o objetivo primordial da Seguridade Social, fomentado pelo Estado e sociedade é amparar os necessitados e seus familiares quando estes já não podem se sustentar por algum motivo. A real idéia da seguridade social é apresentada por Sergio Pinto Martins (2007):

[...] em que a pessoa tem o direito a benefício ou serviços, sem necessariamente ter contribuído para o sistema. No entanto, não é o que se observa na constituição, pois em relação à Previdência Social é preciso contribuição por parte do próprio segurado(art 201), mas em relação a Assistência Social é desnecessária a tal contribuição(art 203). Mostra-se, assim um contra-senso dentro do sistema adotado pela nossa Lei Maior.

É portanto, bastante ampla a Seguridade Social, podendo até mesmo confundir-se com um programa de governo, um programa de política social. Na verdade, o interessado tem de suportar suas próprias necessidades. Apenas quando não possa suportá-las, é que subsidiariamente irá aparecer a Seguridade Social para ajudá-lo. O preâmbulo da Constituição francesa, de 27-09-1946, mostra, vg, que todo ser humano que, em razão e sua idade, estado físico ou mental, esteja incapacitado para o trabalho, tem direito de obter da coletividade os meios convenientes de existência.

Nos dizeres de Ricardo Lobo Torres (2007), é necessário explanar sobre a distinção quando falamos sobre efetivação dos direito sociais e a segurança jurídica como mecanismo inerente a resguarda dos direitos individuais, como vemos logo abaixo:

“A seguridade social compreende as ações e prestações do Estado tendentes a garantir os direitos sociais dos cidadãos, protegendo-os contra o risco do trabalho e as contingências da própria existência humana(velhice, maternidade, desemprego involuntário, etc.). Distingue-se perfeitamente da segurança jurídica, que abrange as garantias dos direito fundamentais e pode compreender as prestações positivas para a sua defesa, inclusive contra os risco de vida. Segue-se daí que a proteção estatal à vida, à propriedade, à locomoção, ao mínimo existencial e as condições necessárias ao exercício da liberdade, bem como a assistência aos miseráveis (e não aos pobres) enquadram-se na idéia de segurança dos direitos individuais, ao passo que a proteção aos direitos sociais e aos riscos provenientes da idade, do trabalho ou das demais contingências existências entendem como seguridade social”.

Seguindo essa linha assistencial social, o legislador deixa clara a proteção estatal quanto à seguridade elaborando normas específicas, como a Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS(Lei nº 8742/93), que traz em seu artigo 1º, a assistência como sendo um direito do cidadão e dever do Estado, diz ainda ser uma política de Seguridade Social não contributiva, que proverá os mínimos sociais, e que será realizada através de um conjunto de ações de iniciativa pública e privada, a fim de garantir o atendimento às necessidades básicas.

A Referida Lei Orgânica, apresenta também os princípios norteadores elencados em seu artigo 4º, princípios estes balizadores para a efetivação do que de fato foi normatizado, como a supremacia de atendimento respeitando a rentabilidade, a busca pela universalidade estendia a todos que necessite, resguardando a dignidade humana e preservando a igualdade, para tanto cita-se na íntegra:

Art.4º(...)

I- Supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

II - Universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas.

III- Respeito a dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como a conveniência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade.

IV- Igualdade de direito no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V- Divulgação ampla e benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo poder público e dos critérios para sua concessão.

O nobre doutrinador Sergio Pinto Martins (2005), traz a assistência social, como sendo, portanto, um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinadas a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.

Há que se ressaltar, que tal política normatizada é relativamente jovem, fruto de grandes embates políticos pós ditadura, discussões e pontuações advindas dos direitos sociais, visando a dignidade da pessoa humana.

A pesquisadora Adriana de Almeida Menezes (2010), faz uma análise da questão no Brasil, e pode-se dizer que a proteção social em nosso país teve início com a assistência privada de obras religiosas e a benemerência particular. Até então, não havia políticas públicas no sentido de proteção social.

Em seu artigo, Artur da Costa Nunes (2009), diz que, no Brasil, o seguro social nasceu com a organização privada, o que foi paulatinamente apropriado pelo Estado mediante políticas de intervenção estatal. As primeiras entidades que atuaram na seguridade social foram às santas casas de misericórdia. Seguindo os passos mutualistas, em 1835 foi criado o Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral), primeira entidade de previdência privada do país.

Pontua Augusto Massayuki Tsutiya (2013), quando diz que, para a análise da evolução histórica da Seguridade Social no Brasil, necessário se faz considerar a Constituição vigente em cada época. Diferentemente de outros países, como os Estados Unidos, que só tiveram uma Constituição escrita, ou a Inglaterra, que nem mesmo Constituição escrita tem, o Brasil já editou sete delas (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988), para alguns oito por considerarem a Emenda Constitucional de 1969.

Diante do exposto Augusto Massayuki Tsutiya (2013), traça uma linha temporal constitucional a respeito da evolução da Seguridade Social como vemos assegurar:

- **Constituição de 1824**, a primeira Constituição preconiza a instituição de socorros públicos para quem deles necessitasse. Em 1835 cria-se o Montepio Geral dos Servidores do Estado(Mongeral), no sistema mutualista. Além deste, o Código Comercial, no artigo 79, garantia remuneração de três meses para comerciantes acidentados.

- **Constituição de 1891**, introduziu na legislação brasileira o termo “aposentadoria”. Esse benefício era previsto para os servidores em caso de invalidez a serviço da nação e não precisava de contra partida pecuniária.

O Decreto Legislativo n. 4682 de 24/01/1923, decreto este conhecido como Eloy Chaves, é considerado o marco na Previdência Social do Brasil. Foi a primeira norma no Brasil a instituir a Previdência Social, com a criação das Caixa de Aposentadorias e Pensão dos Ferroviários, de nível nacional. Previa aposentadoria por invalidez ordinária(equivalente à aposentadoria por tempo de serviço), pensão por morte e assistência médica.

- **Constituição de 1934**, introduziu varias formas de proteção ao trabalhador, à gestante, ao idoso, ao invalido. A principal novidade foi a introdução da forma tríplice de custeio (público, empregado e empregador) com contribuição obrigatória. Os funcionários públicos foram os maiores beneficiados. Foi a primeira constituição a se referir a “previdência” embora sem o acompanhamento da palavra “social”.

- **Constituição de 1937**, não trouxe grandes novidades.

Trocou a palavra “previdência” por “seguro social”. Toda positavação sobre a matéria estava contida em duas alíneas: “I- instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidente de trabalho; II- as associações de trabalhadores tem o dever de prestar aos seus associados auxilio ou assistência, referentes as praticas administrativas ou judiciais relativas ao seguro de acidentados de trabalho e aos seguros sociais”.

- **Constituição de 1946**, novamente a substituição de “seguro social” por “previdência social”. Referia-se o seu art. 157, XVI, “ previdência, mediante a contribuição da União, do empregador, do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”. O inciso seguinte dizia: “obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra acidentados de trabalho”.

- **Constituição de 1967**, a constituição trouxe como novidade a precedência do custeio em relação à criação de novos benefícios. Assim, toda vez que o legislador introduzir novo benefício, obrigatoriamente deverá indicar a fonte de custeio. O seguro de acidente de trabalho foi integrado ao sistema previdenciário pela Lei n. 5.316, de 14/09/1967.

- **Constituição de 1988**, Com certo atraso a Seguridade Social foi finalmente positivada na carta magna. No Titulo VIII – Da Ordem Social, no Capitulo II, o constituinte houve por bem criar o sistema de proteção social embasado na filosofia do Lord Beveridge. Portanto oficializou-se a Seguridade Social, sistema instituído com a finalidade de dar a todos proteção em relação á Saúde, Previdência Social e Assistência Social.

O sistema é denominado “Seguridade Social”. No entanto, verifica-se que somente a Saúde e a Assistência Social se inserem nessa filosofia. Por outro lado, a Previdência Social conserva ainda a ultrapassada filosofia introduzida por Bismarck há mais de um século, qual seja, a de seguro social.

Desta forma observamos que, para o direito comparado o Brasil adotou um sistema de Seguridade Social (Lord Beveridge), voltado para os direitos sociais, mas pode se dizer que somente “para inglês ver”, haja vista que a Previdência Social conserva ainda a ultrapassada idéia de seguro social bismarkiano (Bismarck) (TSUTIYA,2013).

1.3- A Ordem Social e a Evolução dos Direitos Sociais

Grandes perturbações sociais levaram à alteração dos modelos estatais, principalmente no que se atine à promoção de políticas públicas socializadoras, a teoria dos direitos fundamentais está extrinsecamente ligada a fatos marcantes degradadores da ordem social. Essa evolução é tamanha, que a doutrina já se acostumou em dividi-la em gerações: primeira, segunda, terceira, etc, tomando como parâmetro o marco cronológico que se efetivaram no mundo jurídico da realidade social (NIGRO,2010)

Em seu livro, *A Era do Direito*, Bobbio (1992), menciona sobre a identificação das gerações de direitos fundamentais. Já para uma doutrina mais atualizada, fala-se hoje em dimensões de direitos fundamentais, pois o nome geração dá a ideia de que uma supera a outra, portanto, diante de tal constatação há que se falar em dimensões, haja vista que uma agrega a outra.

A primeira geração ou dimensão é aquela em que se saía de um estado autoritário para entrar em um estado democrático de direito, evidenciando-se os direitos fundamentais, as liberdades públicas e os direitos políticos, traduzindo o valor da liberdade, sendo possível identificá-los a partir da Carta Magna de 1215, do Bill of Rights de 1688 e da Declaração Americana (1776) e Francesa (1789), documentos que traziam em sua essência direitos de cunho liberal, direitos civis e políticos nos quais os direitos individuais começam a ser evidenciados quando o Estado sai das relações privadas (LENZA, 2010).

Diferentemente da primeira a segunda dimensão, possui uma nova perspectiva, em que há ausência de interferência estatal, em consequência, um abuso do detentor do poder econômico desencadeando, assim, a Revolução Industrial européia. Assim, o momento histórico cedeu espaço a movimentos pelas reivindicações por direitos sociais como

trabalhistas e de assistência social, direitos que começaram a ser desencadeados. Os documentos que marcaram este momento histórico foram a Constituição de Weimar da Alemanha (1919) e o Tratado de Versalhes (1919) (LENZA, 2010).

Portanto, para Pedro Lenza (2010), quando se fala em terceira dimensão, estamos diante da ideia de preservacionismo ambiental, proteção dos direitos ao consumidor, e o ser humano passa a ser inserido em uma coletividade e a ter direitos de solidariedade. Há nesta dimensão a evidenciação de novos direitos ou direitos transindividuais, em que os interesses transcendem ao indivíduo, com valores de solidariedade, fraternidade, protegendo os direitos da coletividade. Modernamente emerge das relações sociais a necessidade de uma quarta dimensão, que são aqueles voltados à própria existência do ser humano, com ênfase na área da Engenharia Genética, pesquisa com células-tronco e manipulação de patrimônio genético.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, por se tratar o presente trabalho sobre assistência, temos que o marco estabelecido como fim da Segunda e início da Terceira Geração de Normas da Seguridade Social é justamente a Convenção nº 102 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativa à fixação de normas mínimas de seguridade social, adotada em Genebra em 28 de junho de 1952, já referenciada anteriormente, representando uma evolução das prestações introduzindo a ideia de um nível mínimo e de metas que a seguridade social deve buscar. Posteriormente, com a Convenção nº 128, de 29 de junho de 1967, que versa sobre prestações de invalidez, velhice e pensões, bem como pela Recomendação nº 131 de mesma data, foi se estabelecendo um grau de proteção mais elaborado sob o ponto de vista do alcance da proteção e das prestações garantidas.

Fundamentando o parágrafo anterior, Ana Helena Nunes Nigro 2010, trás que o pós-guerra instaurou uma constante crise social e para amenizar surgiu os direitos sociais que foram alçados ao status de direitos fundamentais, e sob, a força normativa constitucional o principio da dignidade da pessoa humana, foram os verdadeiros propulsores de uma justiça social isonômica, suplicadoras de políticas publicas efetivas no combate as desigualdades sociais.

Para tanto Barile (1984), em suas pesquisas descreve a função dos direitos fundamentais na Carta Magna, no combate as injustiças sociais:

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Portanto a Constituição Federal de 1988, evoluiu sobremaneira no que se refere aos direitos sociais, ao inseri-los como verdadeiros direitos fundamentais de força normativa e vinculante, concedendo aos cidadãos a faculdade de exigir do Poder Público, ações afirmativas necessárias à garantia do mínimo digno existencial. A nossa Carta Cidadã normatizou a Seguridade Social sob um conjunto interligado de políticas públicas, oriundas tanto do Estado como da sociedade, com a finalidade de assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social (NIGRO, 2010).

Assim, percebe-se que esses, dentre outros, são os fundamentos do Estado brasileiro, portanto, assevera-se que a dignidade da pessoa humana, se relaciona ao valor supremo moral e ético, levando consigo todos os direitos fundamentais inerentes ao homem (DIAS, 2011).

E segundo J.J Canotilho (1998), “A dignidade da pessoa humana (...) significa (...) o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, o indivíduo com limite e fundamento do domínio político da República”.

Para Horvath (2005), é necessário fazer comparações para o devido entendimento, portanto, “Uma coisa que tem preço pode ser substituída por outra que lhe seja equivalente, mas quando está acima de qualquer preço, por não haver outra que lhe seja equivalente, tem-se a chamada dignidade”.

Conclui-se na visão de Clara Angélica Gonçalves Dias (2011), que os direitos e garantias fundamentais, o acesso a um sistema pleno de seguridade social digno, sendo visto como um indicador da percepção ao respeito da dignidade da pessoa humana só será efetivo e inteiramente respeitado na sociedade se essa o assumir como um valor essencial, não permitindo que se banalize e se desrespeite todos os direitos e garantias que, ao longo da história foram conquistados através de severas e árduas lutas sociais.

Portanto, vistos os assuntos pertinentes a relevância que a pesquisa dispensa no momento atual, e com embasamento necessário ao prosseguimento deste singelo trabalho, passará no próximo capítulo a tratar de uma análise mais profunda sobre a seguridade social no Brasil, bem como o tratamento constitucional, etc.

2 ANÁLISE DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

A Seguridade Social, mencionada em quase todo copo do texto Constitucional de 1988, nasceu do ventre das lutas dos trabalhadores e dos movimentos sociais incessantes que visavam reivindicar a reestruturação das políticas sociais, pautada no bem-estar social.

Neste sentido, não podemos negar que o texto constitucional apresentou significativas mudanças no tratamento dado às políticas sociais, assegurando-as como direito a quem dela necessitar.

2.1 Tratamento Constitucional da Seguridade Social

A vibrante e última Constituição ovacionada, no momento de sua aprovação, como “Constituição Cidadã”, trouxe transformações expressivas no que diz respeito à proteção social, e seguridade social, visando implementar políticas sociais no Brasil.

O estudo realizado à cerca da análise da Seguridade Social no Brasil demonstra claramente que o conceito da Seguridade se confunde com a previsão legal expressa ineditamente em seus artigos 194 a 204 da Carta Magna de 1988, podendo conceituá-la assim como exposto no art.194, para tanto, “A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, e à assistencial social.”

Portanto, o Poder Público conjuntamente com a sociedade se incumbiram de desenvolver ações que visam assegurar os três pilares da Seguridade Social, que são regidos por leis próprias e mantidos por instituições diversas.

Desta forma, Santos (2011), entende que:

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

Desde modo, Ricardo Lobo Torres (2007), definiu o instituto da Seguridade Social, e traçou inteligente observação quanto à separação entre a efetivação dos direitos sociais e a segurança jurídica que resguarda os direitos individuais, onde para ele:

“A Seguridade Social compreende as ações e prestações do Estado tendentes a garantir os direitos sociais dos cidadãos, protegendo-os contra os riscos do trabalho e as contingências da própria existência humana (velhice, maternidade, desemprego involuntário, etc). Distingue-se perfeitamente da seguridade jurídica, que abrange a garantia dos direitos fundamentais e pode compreender as prestações positivas para sua defesa, inclusive contra os riscos da vida. Segue-se daí que a proteção estatal à vida, à propriedade, à locomoção, ao mínimo existencial e às condições necessárias ao exercício da liberdade, bem como a assistência aos miseráveis (e não aos pobres) enquadram-se na idéia de segurança dos direitos individuais; ao passo que a proteção aos direitos sócias e aos riscos provenientes da idade, do trabalho ou das demais contingências existenciais entende como a seguridade social”.

Necessário se faz trazer à baila, a definição utilizada por Sergio Pinto Martins (2007), sobre a Seguridade Social em que explana portanto para ele como sendo:

Um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Tais princípios e regras vão de encontro com o exposto no parágrafo único do artigo 194, da Constituição Federal, que traz a organização ao Poder Público e explicita os objetivos seguidos. O constituinte traça as diretrizes e princípios confirmando a universalidade de cobertura e atendimento a todos residentes no Brasil sendo brasileiros ou não, garantindo ainda a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviço as populações urbanas e rurais, mitigando o princípio da isonomia para corrigir ocorridos históricos desabonadores através de medidas protetivas direcionados a cada segmento laboral. Cabe ainda ao Legislador conjuntamente com os órgãos colegiados a prestação seletiva e distributiva dos benefícios, observando a capacidade do Estado dentro da conhecida figura da reserva do possível, definindo assim os riscos sociais que deveram ser protegidos.

Art. 194.

[...]

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

I - universalidade da 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Entretanto, além dos mencionados objetivos do artigo 194, parágrafo único da CF/88, o Legislador atentou-se a diversidade da base de financiamento, prevista no artigo 195, da CF com caráter democrático, mediante gestão quadripartite. O referido artigo traz um rol amplo de contribuições, prevenindo e mantendo a sustentabilidade do sistema, de forma a garantir a manutenção dos beneficiários para a atual e futuras gerações que desfrutarão do direito social (MAFRA,2005).

2.1.1- Saúde

O direito a saúde também tem caráter assistencial e universal devendo ser acessível a todos independente de condições financeiras ou contribuição, ou seja, os serviços prestados nesta área devem ser gratuitos e universais, sem exigir pecúnia por parte do paciente, haja vista que o Sistema Único de Saúde (SUS), tem seu funcionamento fomentado pelos recursos do orçamento da Seguridade Social.

Deste modo, a Constituição Federal assegura a saúde como direito de todos e dever do Estado, mediante políticas assistenciais que visem dirimir possíveis dificuldades quanto à concessão, portanto é assegurada no rol taxativo dos artigos 196 a 200. Para tanto cita-se o art.196 que descreve:

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”.(BRASIL, 1998)

Nas argumentações de Fabio Zambitte (2007), a saúde é autônoma possuindo uma amplitude maior que demais ramos protetivos, pois, não faz restrições a seus assistidos, sendo estendida a todos, demonstrando claramente sua universalidade, como vemos logo abaixo:

A saúde é segmento autônomo da seguridade social, com organização distinta. Tem o escopo mais amplo de todos os ramos protetivos, já que não possui restrição à sua clientela protegida – qualquer pessoa tem direito ao atendimento providenciado pelo Estado – e, ainda não necessita de comprovação de contribuição direto.

2.1.2- Previdência Social

Dentro da Seguridade Social a previdência social é o segmento de maior amplitude, deste modo, observando o sistema de contributividade e os benefícios a ele inerentes, só terão

direito ao repasse os beneficiários que de fato contribuíram para a formação de todo o sistema previdenciário.

Por outro prisma, para se ter direito aos benefícios, é necessário ser segurado, ou seja, ter contribuído com o custeio do sistema e claro atingir os requisitos necessários para pleitear o benefício almejado.

Nesse sentido, Fabio Zambitte (2007), apresenta dois diferentes regimes previdenciários, um destinado a beneficiar trabalhadores celetistas e o outro regime, atende os servidores públicos dos entes federativos, como vemos a seguir por ele explanado:

No Brasil há dois regimes básicos de Previdência Públicas, ambas de filiação obrigatória e caráter contributivo, são eles: o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), regendo a previdência dos trabalhadores celetistas, ou seja, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de que trata o art. 201 da CF/88 e o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS), aplicável aos servidores públicos efetivos dos Entes Federativos, de que trata o art. 40 da Lei Maior.

O Regime Geral da Previdência Social, como exposto por Fabio Zambitte (2007) tem suas diretrizes fixadas no art. 201, da CF/88, trazendo a obrigatoriedade de filiação e contribuição, buscando manter o equilíbrio financeiro do sistema:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Merece salientarmos, que o também chamado RGPS, tem legislação ampla e complexa, porém, é necessário destacarmos especialmente as Leis nº 8212/91, que se refere a custeio e a Lei nº 8213/91, que trata sobre os benefícios.

Desta forma, a segunda modalidade de regime previdenciário é estabelecido como sendo o Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), que possui suas diretrizes elencadas no artigo 40 da CF/88, o qual tem como titular servidores públicos. in verbis:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Portanto, após citá-los, salientamos que a diferença entre ambos os regimes esta, claro, além da contribuição, no princípio da solidariedade que rege o RPPS, pois, este se concretiza através de gerações (servidor ativo e inativo).

De igual forma e não menos importante, cita-se os planos previdenciários privados ou complementares que obteve igual atenção pelos constituintes, destinando e traçando diretrizes elencadas no artigo 202, da Constituição Federal, dando aval as entidades privadas na elaboração de seus planos, sendo este facultativo, como vemos a seguir:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

2.1.3- Assistência Social

A assistência social é regulamentada pelo artigo 203, da Constituição Federal, e será prestada a quem dela precisar, descrevendo os objetivos da assistência social, como a proteção à família, à maternidade, à adolescência, e à velhice, visando à diminuição da desigualdade social e regional.

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.

Desde modo, é necessário salientar que, o objetivo maior da assistência social é atender aos necessitados (hipossuficientes) prestando benefícios aos assistidos, mesmo que não tenham contribuído para o sistema.

Assim sendo, temos que ressaltar que o Benefício de Prestação Continuada, é medida protetiva de Assistência Social e visa à garantia, de um salário mínimo de benefício mensal aos que vivem a margem da sociedade, seja por questões variadas que os levem a necessidade da assistência, visando prover sua subsistência.

O referido Benefício de Prestação Continuada nasce em outros institutos, como a Lei nº6179/1974, de assistência previdenciária que mais tarde foi substituída pela Lei nº 8213/1991, cedendo espaço e em partes fomentando o Benefício de Prestação Continuada, surgindo assim a Lei nº 8742/1993, a chamada LOAS- Lei Orgânica de Assistência Social.

Portanto, a Assistência Social é regulamentada pela Lei nº 8742/93- Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e suas diretrizes quanto a recursos estão estabelecidas no art. 204, da CF/88 e em seus incisos, os quais pregão a descentralização, onde a esfera federal coordena e a estadual e municipal executa, sempre com participação da sociedade através de organizações representativas, para a formulação de tais políticas.

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.

(...).

Políticas de assistência como o Benefício de Prestação Continuada - LOAS, apesar de não demandar contribuição por parte dos assistidos, tem sua concessão e administração feita pelo INSS com gestão própria, para onde devera ser encaminhados todos os pedidos via administrativamente através de formulários específicos do INSS ou via judicial, após concessão esses serão revisados e atualizados de acordo com o artigo 21 da LOAS.

Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. (Vide Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

§ 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no caput, ou em caso de morte do beneficiário.

§ 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.

§ 3º O desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 4º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento

Portanto, tal benefício, de acordo com os parágrafos seguintes do referido artigo, poderá cessar caso, a dificuldade em que passa o assistido cesse, também em caso de morte, e

poderá haver cancelamento se constatada irregularidades em sua concessão, porém o benefício será concedido se atendidos os requisitos dispostos no regulamento.

2.2- Considerações Acerca do Orçamento da Seguridade Social

O orçamento da seguridade social advêm, ou seja, esta previsto no Texto Constitucional de 1988 em seu artigo 165, §5º, a lei orçamentária anual prevê, além da seguridade outros orçamentos.

Na visão de Ricardo Lobo Torres, a harmonização entre os diversos orçamentos, que o constituinte optou por integrar na mesma Lei Orçamentária, o orçamento fiscal, a seguridade social e dos investimentos das estatais, fez com que logra-se êxito quanto ao controle da utilização indevida de recursos, como previsto (art.167, VIII), porém dificultou a diferenciação das fontes de financiamento da seguridade social com as do Tesouro Publico, repassadas pela Receita Federal e pelo INSS, ate a criação da receita através da Lei nº 11.457/2007.

A Lei Orçamentária nº 13.080/ 2015, em seu artigo 36, explana sobre o orçamento destinado a atender as ações sociais, como saúde, previdência e assistência social, obedecendo o exposto entre outros no caput do artigo167.

Art. 36. O Orçamento da Seguridade Social compreenderá as dotações destinadas a atender às ações de saúde, previdência e assistência social, obedecerá ao disposto no inciso XI do caput do art. 167 e nos arts. 194, 195, 196, 199, 200, 201, 203, 204 e 212, § 4º, da Constituição Federal e contará, entre outros, com recursos provenientes:

(...)

§ 3º As despesas relativas ao pagamento dos benefícios assistenciais a que se refere o caput do art. 40 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, mantidas as suas fontes de financiamento, serão realizadas à conta do Fundo Nacional de Assistência Social.

(...)

Ainda sobre o orçamento, há que se destacar a Lei Orgânica da Seguridade Social que traz em seu artigo 11 a composição do todo orçamentário da Seguridade Social, que é de responsabilidade da União, das contribuições sociais e outras fontes, como vemos retratado a seguir:

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - receitas das contribuições sociais;

III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

- a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço; (Vide art. 104 da lei nº 11.196, de 2005)
- b) as dos empregadores domésticos;
- c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição; (Vide art. 104 da lei nº 11.196, de 2005)
- d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;
- e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

Entendemos portanto, que todo regime deve observar e obedecer a um equilíbrio financeiro(custeio), para garantir segurança a longo prazo permitindo assim, assistência a todos seus assistidos.

2.3- Formas de Custeio

Com a evolução social segundo Tsutiya (2013), as conquistas dos direitos sociais pós Revolução Francesa, o Estado assume papel protecionista, mais social, garantindo e reconhecendo assim a seguridade como um direito fundamental, amparando o cidadão em determinados períodos de sua existência, como na velhice e na doença, necessitando de fontes financiadoras para atingir o almejado bem estar social.

O texto Constitucional dispõe que a seguridade social, será custeada de forma direta e indireta pela sociedade, nos termos da lei, mediante arrecadação proveniente dos orçamentos dos entes federativos, União, Estado, Distrito Federal e Municípios. Assim sendo a Constituinte declara que toda a sociedade é responsável pelo financiamento da seguridade social. (TSUTIYA, 2013)

Deste modo, temos que a fonte de Custeio da Seguridade Social esta assegurada e expressa no caput do artigo 195 e em seus incisos e parágrafos da Constituição Federal de 1988 e que a coletividade suportará de forma direta e indireta o financiamento da seguridade.

Nota-se:

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

Os recursos captados de tal financiamento, advêm de contribuições de empresas, recolhidos de folhas salariais e demais rendimentos como receita ou faturamento e lucro, e também de trabalhadores e segurados, excetuando-se as contribuições sobre aposentadorias e

pensões sob o regime geral de previdência social, como vemos no inciso I e alíneas e inciso II:

Art.195.(...)

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

A redação Constitucional deixa claro que é responsabilidade da sociedade, e que várias são as fontes de financiamento das contribuições sociais, vinculada ao sistema dando assim sustentabilidade. Há de se observar e ressaltar que a forma de custeio também é regida pela Lei nº 8212/91, que é conhecida por “Lei de Custeio” da Seguridade Social (TAVARES, 2012).

Nos apontamentos inteligentes de Augusto Massayuki Tsutiya (2013), ele afirma a preocupação do legislador em assegurar e fomentar o custeio da Seguridade. Note-se:

“Tendo em vista a importância da Seguridade Social (saúde, assistência social e previdência social), quis o constituinte assegurar o seu completo financiamento, nas hipótese das receitas obtidas pelas fontes próprias (Contribuições sociais do segurado, empresas/empregador e outros) não serem suficientes. Nesse caso o déficit será coberto por verbas previstas no orçamento da Seguridade Social, que comporá obrigatoriamente a lei orçamentária anual”.

Portanto, esse equilíbrio quanto à forma e fontes de custeio é fundamental para a manutenção e sobrevivência de qualquer regime, que visa o social, garantindo assim a continuidade de forma sustentável, sendo exigência da Carta Constitucional, e que se não cumprida será de inteira responsabilidade da União.

3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO DO CIDADÃO E DEVER DO ESTADO

A assistência social em uma visão geral engloba um conjunto de medidas, ações e serviços sociais (princípio da solidariedade), que se destinam a amparar à família, aos carentes, e a velhice. Portanto, visa fomentar promoções políticas de integração ao mercado trabalho, inclusão de portadores de deficiências e essencialmente a segurança de um salário mínimo mensal, aos portadores de deficiência e ou aos idosos que dele necessite por não poder prover seu sustento e de sua família.

3.1- A Assistência Social na Direção do Estado de Bem-Estar

Das lutas e revoluções históricas, nasce à necessidade de um Estado protecionista assumindo lugar de Estado do Bem-estar Social ou também conhecido como Estado Providência que busca para si garantir um padrão mínimo existencial digno a sociedade, através da positivação constitucional.

O referido texto Constitucional atesta em seu artigo 6º, trazendo a preocupação com os direitos sociais na condução ao bem-estar, descrevendo que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010) (BRASIL, 1988)

De outra forma Pedro Lenza (2010), vai além e diz que, essas garantias expressas constitucionalmente são direitos fundamentais, direitos de segunda geração “[...] que concretizam a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil.”.

Na mesma linha de raciocínio Marcelo Tavares (2003), vai além e explana sobre a Assistência Social dizendo ser um direito fundamental de obrigação estatal. Note-se:

A Assistência Social é um direito fundamental e, para o Estado, um dever a ser realizado por meio de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da existência humana, tais como a maternidade, a infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações.

Em busca da efetiva concretização deste direito Sergio Pinto Martins (2007), apresenta seu posicionamento quanto ao embate contra a pobreza garantindo o mínimo social. Deste modo:

Para realizar a assistência social de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia de um padrão social mínimo, ao provimento de condições para atender a contingência social e à universalização dos direitos sociais.

Entretanto, observando os posicionamentos doutrinários e outros apontamentos, se faz necessário dizer que as políticas assistenciais estão longe de ser meramente eleitoreiras, tão pouco surgiram e suprem todas as necessidades inerentes aos menos favorecidos, pois como vimos são garantias mínimas fundamentais e sem elas favoreceremos e acordaremos com a elitização social, privilégio de poucos se esquecendo do exercício incessante da busca pela inclusão e amparo social digno aos cidadãos que da assistência necessitam e que esta, luta para se concretizar de fato como suporte.

3.1.1- Assistência Social como Fator de Inclusão Social e a Quem se Destina

A Assistência Social é dever legal e constitucional, e os beneficiários são cidadãos com alta dependência estatal, cita-se à família, à maternidade, à infância, à adolescência, idosos e deficientes sem a mínima condição de subsistência, portanto é dever do Estado, garantir o mínimo existencial suficiente para a completa dignidade, liberdade e igualdade, protegendo-os da marginalização.

O renomado doutrinador Wladimir Novaes Martinez conceitua a Assistência Social como sendo:

“um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, constituindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecendo alimento e outras prestações que precisem. Não só complementa os serviços da Previdência Social, como amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades providas”.

Diante do arcabouço assistencial, a principal política de Assistência Social consiste no Benefício de Prestação Continuada (BPC), que busca atender justamente os que viveriam as margens da sociedade se não fossem assistidos, porém, muito longe da igualdade material, mas visando atingir com um mínimo, a dignidade descrita na Carta Maior.

Surgiu então para regulamentar o Benefício Assistencial a então criada Lei nº 8.742/1993, conhecida como LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social), uma lei específica que se destina a atender dois segmentos sociais frágeis: os idosos e deficientes chamando-os e incluindo-os a sociedade com determinados valores de prestação assistencial.

Para tanto, os escritores Paulo Afonso Brum Vaz e José Antônio Savaris (2009), exterioriza os valores reais mínimos a que tem direito e destinado aos beneficiários:

Por tratar-se de prestação pecuniária mensal, no valor de um salário mínimo, devido aos beneficiários compreendidos na LOAS(idosos e deficientes) hipossuficientes, que comprovem a fatídica situação, cujo caráter é alimentar ou de subsistência. Na Carta Constitucional, é garantido quando comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

Portanto, constata-se que infelizmente no Brasil, o cenário da assistência social nos mostra uma realidade onde o número de pessoas carentes e o índice de desigualdade social é preocupante, e as oportunidades são infinitamente desiguais, desta forma a assistência social é necessária e justificável buscando trazer um mínimo de conforto existencial aos beneficiários que dela necessite, sempre embasada e protegida pelos princípios, objetivos e diretrizes da Lei Orgânica de Assistência Social- LOAS.

3.2- Objetivos, Princípios e Diretrizes da Assistência Social – LOAS.

A Seguridade Social tem como espécie a Assistência Social, que se destina a garantir as pessoas desprovidas economicamente à concessão de um mínimo existencial para sua sobrevivência.

Desta forma, a Lei Orgânica de Assistência Social nº 8.742 de 1993, em seu artigo 1º, traz sua conceituação própria sobre assistência social, frisando ser espécie não contributiva, prevendo o mínimo social de responsabilidade conjunta entre Estado e sociedade.

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

Visando atender as necessidades básicas elencadas no 1º artigo da referida lei, se faz necessário expor os objetivos trazidos e atendidos pela assistência social, a Lei 8.742/93

exposto pelo artigo 2º, em seus incisos, alíneas e parágrafo único, destacando a proteção social e a garantia de vida melhor como espírito maior do exposto artigo. Como observamos:

Art. 2º A assistência social tem por objetivos: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos; (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

O referido artigo 2º em seu parágrafo único, determina como de fato a Assistência Social deverá enfrentar a pobreza, mitigando-a e promovendo a universalização dos direitos sociais garantidos pela Constituição.

Art.2º(...)

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

De igual modo, não podemos deixar de mencionar, que os objetivos norteadores da Assistência Social estão normatizados também no Texto Constitucional em seu art.203, e que a Constituição já previa em seu inciso V, a Lei Orgânica de Assistência Social como um direito do cidadão. Observe:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Diante do exposto, nota-se que o constituinte criou um benefício e no texto legal estipulou seu valor em um mínimo, deixando sua regulamentação para a legislação infraconstitucional, como de fato ocorreu com a vigência da Lei Orgânica de Assistência Social.

Portanto, a referida legislação infraconstitucional em seu segundo capítulo, versa sobre os princípios e diretrizes da assistência social, e em seu artigo 4º, primeira seção aponta a importância de sua previsão para a compreensão da alma assistencial garantindo-lhe maior legitimidade, mas que para atingir tal objetivo é necessário antes se ater os princípios norteadores da assistência. Cita-se:

Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

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

Entretanto, notamos também que o legislador embasado pela norma constitucional atentou e estabeleceu no artigo 5º da Lei Orgânica de Assistência Social as diretrizes da assistência social, determinando os caminhos a serem observados, descentralizando a política assistencial, inclusive com participação da população na formulação de políticas e no controle, por meio de organizações representativas, respeitando a primazia da responsabilidade do Estado.

Art. 5º A organização da assistência social tem como base as seguintes diretrizes:

- I - descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo;
- II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis;
- III - primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo.

Por fim, percebemos que os constituintes se preocuparam em elaborar uma norma infraconstitucional, que em um primeiro momento mostra-se a que veio, portanto, deixando claro nos artigos iniciais os objetivos, princípios e diretrizes da Lei Orgânica de Assistência Social, que embasaram possíveis pedidos de assistência.

3.3- Requisitos para Concessão do Benefício Assistencial - LOAS

Como prevê a Constituição Federal e já citada anteriormente, artigo 203, V, trás assegurado a garantia de um salário mínimo mensal de benefício às pessoas portadoras de deficiência ou idosas, que comprovem a dificuldade ou até mesmo a ausência de meios de suprir sua subsistência.

O Benefício Assistencial possui resquícios históricos em outras legislações securitárias pátria, como, o amparo previdenciário, instituído pela Lei n.º. 6179/74, posteriormente substituído pela renda mensal vitalícia da Lei n.º. 8213/91, que por fim cedeu lugar ao benefício de prestação continuada, insculpido na Lei n.º. 8742/93-LOAS (NIGRO, 2010)

Desta forma, frisa-se que a concessão e administração do referido benefício são realizadas pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), com regulamentação própria, e como já explanada anteriormente, o benefício uma vez concedido será revisto a cada dois anos conforme a própria legislação assim determina.

Como dito anteriormente o grande objetivo da Lei Orgânica de Assistência Social é conceder o benefício assistencial a quem de fato necessite, e que de alguma forma não possua meios de supri-la, porém, caso essa condição se extingue de qualquer forma ou a situação o favoreça sendo novamente inserido no mercado de trabalho, a concessão do benefício será interrompida, destacando assim o cunho emergencial de socorro aos que passam por situações de fragilidade socioeconômica, almejando sempre a dignidade humana.

Portanto, a Lei Orgânica de Assistência Social prevê em seu artigo 20, os requisitos para o amparo social e de que forma o benefício de prestação continuada, poderá ser concedido às pessoas que o pleiteiam se cumprido os requisitos característicos para a concessão. 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. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

O referido art.20 em seu § 3º, considera merecedor do benefício de prestação continuada, os idosos com 65 anos de idade e portadores de deficiência, cujas famílias possuam renda mensal per capita inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo vigente, por cada membro do grupo familiar, assim sendo a miserabilidade é legalmente presumida. Cita-se

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Para tanto, quando se fala em família a Lei Orgânica de Assistência Social utiliza subsidiariamente o mesmo conceito de família que a Lei 8213/91 em seu art.16, expressa sobre seus dependentes para concessão do benefício social. Observemos:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
 I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;
 II - os pais;
 III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

Entretanto, quando falamos sobre decisões dos tribunais quanto ao grupo familiar, notamos que a definição sobre família muda, não ficando adstritos ao conceito do artigo 16, até porque a sociedade esta em constante evolução e portanto tem decidido que:

Turma Nacional de Unificação dos Juizados Especiais Federais (TNU):
 EMENTA PROCESSO CIVIL - ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. CONCEITO DE FAMÍLIA. **1. Ao apurar o grupo familiar do requerente, o juiz não está adstrito ao rol do art. 16 da Lei n. 8.213/91, que, neste caso, é meramente exemplificativo, podendo, diante do caso concreto, ser alargado ou diminuído,** de acordo com a sua equitativa apreciação, e tendo em visto o art. 5º da Lei n. 11.340/2006. 2. Caso de retorno dos autos ao juízo de origem para, diante do caso concreto, fazer a adequação do julgado. 3. Recurso conhecido e provido em parte. (PEDILEF 200770950064928, JUÍZA FEDERAL MARIA DIVINA VITÓRIA, TNU - Turma Nacional de Uniformização, 19/08/2009).(MACIEL 2011)

Diante da celeuma, sobre a definição de família, e na tentativa de encerrar com a polêmica, a norma infraconstitucional sofreu reformas sobre o assunto, legalizada pela Lei nº

12.435/2011, dando amplitude a seguinte redação do art.20, parágrafo 1º da LOAS, como vemos a seguir:

Art.20. (...)

§ 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.

No que concerne à comprovação da renda mensal per capita, o Art. 13 do Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, regulamenta a necessidade de comprovação do quesito renda per capita mensal, que nada mais é que, o atestado de necessidade de suporte estatal (Assistência Social) para atingir um mínimo de dignidade humana.

Art. 13. A comprovação da renda familiar mensal **per capita** será feita mediante Declaração da Composição e Renda Familiar, em formulário instituído para este fim, assinada pelo requerente ou seu representante legal, confrontada com os documentos pertinentes, ficando o declarante sujeito às penas previstas em lei no caso de omissão de informação ou declaração falsa.

Assim sendo, tal quesito é rigoroso, porém, distante das necessidades básicas de um ser humano, e que, para se apurar a renda familiar per capita, deve-se averiguar o total de rendimentos brutos auferidos por todos os integrantes do grupo familiar. Ressalte-se que há alguns valores que não integram tal cálculo, conforme previsto no Decreto nº 6.214, de 2007, cuja atual redação do artigo 4º, assim preconiza (XEXÉ, 2014).

Art. 4º. Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

“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. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

Seguindo mesma linha de raciocínio, com o advento da mini-reforma da previdência de 2015, outras alterações legais foram feitas em alguns segmentos tutelados pelo INSS, com a Lei 13.146 de 07/07/2015, que aprova o Estatuto da Pessoa com Deficiência, resultando

mudanças nas Leis 8.213/91 e na LOAS 8.742/93, alterando o art.20 em seu parágrafo 9º. Observe mudanças trazidas com a nova redação:

Art.20. [...]

§ 9º Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere o § 3º deste artigo. Alterada pela LEI N º 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015 - DOU DE 7/07/2015

Por fim, com a nova normatização, tanto os rendimentos do trabalho de aprendiz, como o estágio supervisionado ficaram excluídos para cálculos de renda per capita, o que não ocorria com a redação anterior, esta exclusão advém da relação temporal que permeia a situação aprendiz e estágio supervisionado, podendo cessar a qualquer momento.

3.3.1- Divergências Quanto a Concessão a Estrangeiro

A legislação Orgânica de Assistência Social, não faz nenhuma restrição quanto à concessão de benefício a estrangeiro residente no Brasil, que esteja vivendo sem o mínimo de dignidade. Porém o Instituto Nacional de Seguro Social, mesmo trazendo a concessão em sua instrução normativa não o tem concedido a estrangeiros não naturalizados, mas que esteja residindo no país, sob a alegação do §2º do Art.619 da Instrução Normativa nº 84/2002.(BUDANT. 2011) Que dispõe:

Art. 619.[...]

§ 2º São também beneficiários os idosos e os portadores de deficiências, estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem, e os indígenas.

No mesmo sentido reitera Carlos Gustavo Moimaz Marques (2009), utilizando-se da interpretação literal do dispositivo expresso no Art.1º da Lei 8742/93 de que somente os cidadãos poderiam usufruir de proteção assistencial, até porque o Art. 195, § 5, da CF/88 pondera que aos estrangeiros não há nenhuma prestação assistencial a se fazer até porque a legislação não traçou formas de custeio de tal benefício.

Porém, quem é cidadão? Toda essa divergência decorre dos entendimentos doutrinários sobre o conceito de cidadão, para tanto José Afonso da Silva (2008), diz que: “Cidadão é o individuo titular dos direitos políticos aptos a votar e ser votado e responder por

suas conseqüências”. Alexandre Moraes (2011), é enfático ao definir cidadão como sendo: “cidadão é o nacional, ou seja, brasileiro nato ou naturalizado no gozo dos direitos políticos”.

Portanto, se faz necessário antes de tudo, diferenciar estrangeiro irregular de estrangeiro residente para fins de concessão do BPC/LOAS. Isto porque para se permanecer em território brasileiro é necessário a concessão do visto de permanência.

Nos ensinamentos de Rezek (1998), ao dispor sobre o ingresso e a permanência de estrangeiros no território nacional, traz que vários países dispensam o uso de visto de permanência por ser convencionado de forma bilateral entre eles. Como vemos a seguir:

“Diversos são os países que, mediante tratado bilateral ou mero exercício de reciprocidade, dispensam a prévia aposição de um visto – por suas autoridades consulares no exterior – nos passaportes de súditos de nações amigas. O Brasil não requer visto de entrada para os nacionais da maioria dos países da América latina e da Europa ocidental. O ingresso de um estrangeiro com passaporte não visado faz presumir que sua presença no país será temporária: jamais a dispensa do visto poderia interpretar-se como abertura generalizada à imigração”.

Deste modo, para que de fato ocorra à permanência de estrangeiro em solo nacional, este deverá preencher alguns requisitos legais que estão previstos no Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815, de 1980, como vemos a seguir, respeitando de forma categoria o disposto no Estatuto. In verbis:

Art. 16. O visto permanente poderá ser concedido ao estrangeiro que pretenda se fixar definitivamente no Brasil.

Parágrafo único. A imigração objetivará, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando à Política Nacional de Desenvolvimento em todos os aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos. (Redação dada pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

Art. 17. Para obter visto permanente o estrangeiro deverá satisfazer, além dos requisitos referidos no artigo 5º, as exigências de caráter especial previstas nas normas de seleção de imigrantes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração.

Entretanto, os portugueses estão dispensados da necessidade de visto de permanência, por força de Tratado Internacional, aos Portugueses residentes em território nacional, estes deverão ser tutelados pela Assistência Social, portanto, gozarão do direito a concessão do LOAS.

Tal direito esta tutelado na Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses, Decreto nº 70.391/1972 que reconhece a igualdade entre brasileiros

e portugueses em seu artigo 1º que assim dispõe:

“Art . 1º Os portugueses no Brasil e os brasileiros em Portugal gozarão de igualdade de direitos e deveres com os respectivos nacionais.”

Portanto, tais divergências quanto à concessão do benefício, caem por terra diante do raciocínio justificado pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, ao afirmar que os estrangeiros residentes no Brasil têm as mesmas garantias e direitos fundamentais dos brasileiros natos. E se observarmos os princípios fundantes da Assistência Social (Universalidade e Solidariedade) consagrados no artigo 203 da CF/88, veremos que será concedido assistência a quem dela necessite, independente de contribuição.

Para tanto a Constituição abre sua redação, afirmando ser um Estado democrático de direito com fundamentos na dignidade da pessoa humana (art.1º, III), objetivando a construção de uma sociedade livre, justa e solidaria (art.3º, I), sem preconceito de origem raça, cor, sexo, idade, ou qualquer outra forma de discriminação (art.3º, IV) e principalmente a cooperação entre os povos (art.4º,IX).

A cerca de decisões quanto à concessão de benefício de prestação continuada- LOAS, a estrangeiros, os Tribunais têm entendido pela necessidade de assisti-los, como vemos na transcrição do recurso extraordinário a seguir que:

No Recurso Extraordinário 587.970, cuja ementa segue transcrita:
“ASSISTÊNCIA SOCIAL - GARANTIA DE SALÁRIO MÍNIMO A MENOS AFORTUNADO - ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS - DIREITO RECONHECIDO NA ORIGEM - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de conceder a estrangeiros residentes no país o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Carta da República.” (RE 587970 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 25/06/2009, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-04 PP-00742). (STF-2015)

O Recurso Extraordinário 587970 ainda aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal. Vale trazer ainda à sentença proferida pelo Excelentíssimo Dr. José Carlos Motta, DD. Juiz Federal do Juizado Especial Federal Previdenciário, ao apreciar o processo n.º 2002.61.84.011686-8, movido por estrangeiro em face do INSS e União Federal, em que se pleiteia a concessão do benefício mensal de prestação continuada, previsto no art. 203, V da Carta Magna:

" Igualmente não tem razão o INSS quanto ao fato do autor ser estrangeiro, já que ele reside há quase 50 anos no Brasil e a legislação relativa ao benefício não faz discriminação entre estrangeiro e brasileiro". Diante do exposto, julgo procedente o pedido para condenar o INSS a implantar em favor do autor o benefício assistencial previsto no art. 20, da Lei 8742/93, a partir de maio de 2003, no valor de um salário mínimo".(MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL,2014)

De igual forma, demonstrando consciência humanitária Fábio Zambitte Ibrahim (2010), se mostra a favor da concessão de benefício assistencial aos estrangeiros, até por que é uma prestação necessária ao mínimo existencial, independente de nacionalidade. Observe seu posicionamento:

(...) “dentro da realidade nacional, acredito que a exclusão de estrangeiros legalmente residentes no país não seria também proporcional, especialmente por vunerar a abrangência necessária do sistema, fragilizando possível grupo carente somente motivado pela nacionalidade, grupo este formado, com frequência, pólos mais necessitados da seguridade social, como que os colocando em situação de inferioridade frente aos nacionais. A exclusão somente poderia ser admitida se houvesse comprovação cabal, por parte da União, de flagrante falência do sistema (e não simples alegações), não havendo, hoje, qualquer motivação sustentável para a não extensão da prestação a estrangeiros legalmente residentes. Não há razoabilidade para tamanha discriminação, ainda mais ao se tratar de prestação necessária ao mínimo existencial”.

Deste modo, a matéria em questão ainda causa variadas controvérsias, porém a melhor forma de afastar injustiças é analisar caso a caso, realizando uma fiscalização minuciosa a fim de afastar possíveis fraudes ao sistema assistencial, lembrando sempre dos direitos sociais norteadores de situações subjetivas pessoais ou de grupos, defeso e assegurado em cláusulas pétreas, não podendo de forma alguma ser objeto de emendas com tendências a atacá-los e abolí-los.

Por fim, não podemos deixar de citar a inteligente afirmação de Miguel Horvath Júnior (2005), atestando que o Brasil “deixou de ser um Estado previdência que garante apenas proteção aos trabalhadores para se tornar um Estado de seguridade Social que garante proteção universal à sua população”, e a quem dela necessite.

3.3.2- Conceito de Idoso para Concessão de Benefício Assistencial

A conceituação de idoso para fins de concessão de amparo assistencial evoluiu no decorrer dos últimos anos principalmente após a promulgação da “Constituição Cidadão” de 1988.

Em um primeiro momento a Lei n°. 6179 de 11 de dezembro de 1974, trazia expresso que o benefício assistencial somente seria concedido, a maiores de 70 (setenta) anos ou inválidos. Nos primeiros anos da Constituição de 1988, tal lapso temporal ainda persistiu inclusive no artigo 20 da Lei Orgânica de Assistência Social- LOAS, que vigorando entre 1996 e 1997. Veja a redação anterior:

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 de tê-la provida por sua família.

Já no ano seguinte, em 1998, como previsto no artigo 38 da Lei Orgânica da Assistência Social, a idade mínima para concessão do benefício foi reduzida para 67 anos e posteriormente para 65 anos a partir de 2000.

Entretanto, mesmo com mudanças seguidas, foi necessária a criação de estatuto, portanto, somente com o advento da criação do Estatuto do Idoso (Lei n°. 10.741 de 01 de outubro de 2003), é que ficou definido em seu artigo 34, que idoso seria a pessoa com mais de 65 anos de idade.

“Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, 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.

Desta forma, recentemente os legisladores da Lei n° 12.435 de 06 de julho de 2011, pois fim a divergência entre as legislações, alterando a redação do caput do artigo 20 da (Lei n°. 8.742/93- LOAS) e equiparando-o ao Estatuto do Idoso (Lei n°. 10.741/03), deixando claro que o benefício assistencial é devido ao idoso com 65 anos ou mais, nos seguintes termos:

“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”.

Por fim, ressalta se que passou-se a considerar pessoa idosa para concessão de Benefício de Prestação Continuada, aquela com idade mínima de 65 anos ou mais, porém, somente será beneficiário se sua renda familiar mensal per capita for inferior a ¼ do salário mínimo, e não receber outro benefício vinculados a regime de previdência.

3.3.3- Conceito de Deficiência para Concessão de Benefício Assistencial

Os assistidos ou beneficiários são aquelas pessoas portadoras de deficiência, porém, para alguns autores como Tsutiya(2008) “o benefício assistencial se destina somente a portadores de deficiência que o torne incapacitado para a vida independente e para o trabalho”.

Em seu artigo, José Colonheis(2011), trás o questionamento quanto a concessão de benefício as pessoas deficientes, devido a diferenciação que tanto INSS (Instituto Nacional de Seguro Social) quanto o Código de Direito Civil faz a respeito da pessoa portadora de deficiência. A redação explana que o conceito de “incapacidade” para o Direito Civil é diferente do conceito de “deficiência” para o Benefício Assistencial no INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), no Direito Civil há o entendimento de que pessoa deficiente é a pessoa que não consegue ter a percepção do que ocorre a sua volta Contudo para o INSS se uma pessoa consegue realizar alguma atividade por menor que seja, entendes que está apta a não receber o benefício assistencial, já que isso ocorra, necessário se faz a incapacidade para o trabalho e para a vida independente.

Para Silvio de Salvo Venosa (2003), a de se conceituar doutrinariamente a incapacidade civil acerca da finalidade da curatela como sendo:

A finalidade da curatela é principalmente conceder proteção aos incapazes no tocante a seus interesses e garantir a preservação dos negócios realizados por eles com relação a terceiros, (...) O principal aspecto é o patrimonial, pois o curador protege essencialmente os bens do interdito, auxiliando em sua manutenção e impedindo que sejam dissipados. Nesse sentido, fica realçado o interesse público em não permitir que o incapaz seja levado à miséria, tornando-se mais um ônus para a Administração.

Deste modo, as dificuldades para se estabelecer quais indivíduos se encaixariam nas condições referentes à incapacidade para o trabalho e vida independente, tanto para o INSS, quanto para o Código de Direito Civil, motivou o ajuizamento de varias Ações Civil Públicas. Como observamos na Ação Civil Pública nº 2007.30.00.000204-0, perante a seção da Justiça Federal do Acre, os autores Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União em desfavor do Instituto Nacional do Seguro Social.

Com estas razões, acolho parcialmente o pedido dos autores contido na inicial para Determinar que o INSS, por todas as agências, ao apreciar pedidos de concessão de benefício assistencial previsto no artigo 20 da LOAS considere, para fins de comprovação da deficiência e como definição da incapacidade para a vida

independente, a incapacidade econômica do postulante de prover a própria manutenção por outros meios que não o trabalho, de modo que a capacidade do postulante para praticar atos da vida cotidiana (banhar-se, comer, vestir-se, caminhar), por si só, não seja determinante para o indeferimento do pedido.(JFAC, ACP nº 2007.30.00.000204-0, Juiz Federal Jair Antunes Fernandes, data da publicação)

Diante desta, a Instrução Normativa INSS nº 20 de 10/10/2007, publicada no DO em 11 de outubro 2007, estabeleceu critérios a serem adotados para a concessão de benefícios, porém, esta foi revogada pela Instrução Normativa INSS Nº 77 de 21/01/2015 e que trás em seu artigo 624 a análise do direito para a concessão de benefício, aos portadores de deficiência como sendo

Art. 624. Para efeito da análise do direito ao benefício, serão consideradas como:
II- pessoa portadora de deficiência aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho, em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênita ou adquirida;

Para tanto, se faz pertinente apresentar que com a nova redação dada pela Lei 12.470/2011, que alterou o artigo 20 da lei 8.742/93, e parágrafos citados, introduziu novamente um novo conceito de deficiência, acrescentando também os impedimentos de natureza mental, intelectual ou sensorial, já que estes na maioria dos casos configuram um abismo nas relações e interações sociais, dificultando a participação plena e efetiva nos círculos sociais a que pertence.

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.

§ 10º. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

Portanto, com essa nova redação e diante de tantos embates e nenhum consenso, os legisladores sentiram necessidades em elaborar uma nova diretriz mais clara que ampare as pessoas com deficiência, criando assim o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13.146 de 07 de julho de 2015, a referida lei trouxe modificações a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), novamente, dando nova redação ao parágrafo 2º do artigo 20º. Como vemos:

Art.20. [...]

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Alterada pela LEI N º 13.146, DE 6 DE JULHO DE 2015 - DOU DE 7/07/2015

Diante de tantas modificações, os Legisladores buscaram introduzir adaptações visíveis, quase que copia fiel à Lei nº 11.470/2011, artigo 20, §2º, previstas na Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil faz parte sendo signatário, que definia em seu art.1º que “Pessoas com deficiências são aquelas que têm impedimentos 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”. Note que com o advento da nova Lei nº 13.146/2015, houve mudança no que se refere às interações com barreiras, o que na antiga lei eram necessárias diversas barreiras, com nova lei isso se modificou simplificando a fase probatória quanto à caracterização de deficiência.

Por fim, não há que se falar ou discutir, até porque já esta pacificada jurisprudencialmente, que a incapacidade total ou parcial é irrelevante, e que devemos analisar sim a presença de impedimentos que dificulte a interação, com uma ou várias barreiras, que possa vir a obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas de seu convívio.

4- REQUISITO DE MISERABILIDADE

4.1- LOAS e o Critério de Miserabilidade

O artigo 3º da Constituição Federal preconiza serem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos.

Necessário se faz transcrever a norma constitucional, confirmando o que foi dito anteriormente:

“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.”

Constata-se que esse espírito fraterno exposto pela Constituição de 1988, veio imbuído também no artigo 203, trazendo em sua redação a existência de um benefício assistencial, claramente demonstrado em seu inciso V, a garantia de um salário mínimo a quem comprove não possuir meios de prover sua subsistência.

Portanto, tal benefício consiste em uma garantia constitucional de um salário mínimo a quem de fato comprovar não possuir meios ou forma de prover à própria manutenção ou tê-la provida por seus familiares, o referido benefício esta normatizado como vemos abaixo:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
(...)
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Deste modo, ressaltamos que a garantia desse salário mínimo esta vinculada a comprovação do critério de miserabilidade exposto no contexto do art. 20 da Lei nº. 8.742/93, Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS, que prevê o benefício assistencial, e a delimitação de que o benefício será devido somente a idosos e portadores de deficiência, cuja

renda familiar per capita não ultrapasse a quantia de um quarto do salário mínimo, como observamos na leitura do dispositivo §3º do art. 20, transcrito:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

(...)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Vale destacar na visão do pesquisador Colonheis (2011), que a formalidade que se exige para a concessão do benefício de prestação continuada, é puramente administrativa e de fato exercida pelo INSS, porém, necessário se faz entender a sistemática adotada por tal órgão para se chegar ao cálculo de miserabilidade, para isso o requerente fica obrigado a declarar seus rendimentos e quantas pessoas compõem o núcleo familiar, e de posse destes dados o INSS realiza o somatório de todos os rendimentos declarados, dividindo este total pelo número de pessoas que compõe a família. Desta forma, constatando os rendimentos como sendo inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, considerar-se-á preenchido o requisito de miserabilidade.

Para tanto, conclui-se que é justamente o preenchimento de tal requisito explanado pela normatização da Lei Orgânica de Assistencial Social, a partir de sua vigência, que trouxe questões que os legisladores não imaginavam quanta discussão geraria em torno de seu requisito balizador, e que para atingir o direito a pleitear a assistência social (garantia de um salário mínimo), o requisito de miserabilidade que em princípio seria o facilitador para a concessão por ser objetivo, passou a se tornando o maior dificultador, e diante disso e por isso o critério de miserabilidade é ainda hoje matéria de grandes e problemáticos embates doutrinários e jurisprudenciais.

4.1.1 Problemática

Nos estudos científicos de Sanctis Junior,(2011), o requisito de miserabilidade é o mais tormentoso e polêmico do benefício assistencial de prestação continuada, gerando questionamentos judiciais e doutrinários acerca do tema, mesmo após decisões do STF.

Neste sentido, para Santis Junior (2011), há uma inversão de poderes, o poder judiciário deixa de interpretar e aplicar as normas jurídicas, para legislar , insultando assim os

defensores ferrenhos da doutrina separatista dos poderes, favorecendo e fomentando argumentos de defesa usados pelo Instituto Nacional do Seguro Social- INSS.

A problemática se refere, notadamente, aos limites do Poder Judiciário na interpretação de normas jurídicas, em especial aquelas que atingem diretamente os indivíduos considerados hipossuficientes, como ocorre em situações que envolvem a assistência social.

Isso porque os defensores mais ferrenhos da doutrina da separação dos poderes sustentam que ao Poder Judiciário caberia apenas a verificação acerca da presença dos requisitos objetivos previstos em Lei.

Se estiver ausente qualquer desses pressupostos, o benefício deveria ser indeferido, uma vez que, do contrário, o Poder Judiciário estaria usurpando função constitucional típica do Poder Legislativo, em clara violação ao cânone da separação dos poderes.

Essa tese vem sendo sustentada repetidas vezes pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o qual invoca que caso reste demonstrado que a renda *per capita* familiar é superior a um quarto do salário mínimo vigente, o benefício deverá ser indeferido.

Desta forma, o texto constitucional traçou exigências e necessidades de provas por parte do idoso e portador de deficiência, buscando comprovar ser hipossuficientes e não sendo provida sua manutenção pela família, diante disso ao legislador coube decidir a difícil tarefa acerca da normatização do critério miserabilidade.

Para tanto, ao tratarmos da incapacidade de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, conforme o §3º do art. 20 da Lei 8.742/93, inicia-se a celeuma em torno do Benefício de Prestação Continuada, “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”, como a redação dada pela Lei 12.435/2011.

Porém, analisando o Estatuto do Idoso em seu artigo 34, parágrafo único, acentua que o benefício a que o idoso tem direito não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* para concessão de novos benefícios.

Necessário se faz transcrevê-lo conforme trecho a seguir:

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. (Vide Decreto nº 6.214, de 2007)

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.

Entretanto, a não observância do legislador quanto o Estatuto do Idoso e a LOAS, criou uma lacuna trazendo ainda mais combustível para acaloradas discussões quanto à

concessão do benefício, ocorre aqui de fato uma desigualdade entre idosos e deficientes, haja vista que o grupo familiar que houver deficientes recebendo benefício, este será levado em conta para a aferição do cálculo de renda per capita, o que não ocorre no caso de concessão para idoso em conformidade com o Estatuto do Idoso.

De igual forma e opinião, explana Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves,(2015):

Uma crítica que se faz é que o legislador acabou criando uma desigualdade, visto que caso haja no grupo familiar alguém que perceba o benefício assistencial na condição de deficiente, o mesmo é levado em conta no cálculo da *per capita* na eventual concessão de outros benefícios assistenciais, o que não acontece no caso de concessão para idoso em conformidade com o Estatuto do Idoso.

Portanto, ocorre que o critério de miserabilidade por diversas vezes foi tratado de forma ambígua ou contraditória em suas normatizações legais, haja vista a Lei 9.533 de 1997 que autoriza o Poder Executivo a propiciar apoio financeiro aos Municípios que instituam e criarem ações sócio-educativas garantindo uma renda mínima, tal requisito é instituído pelo artigo 5º inciso I, de renda per capita mensal de ½, para a caracterização de miserabilidade.

Art. 5º Observadas às condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente:

I - renda familiar per capita inferior a meio salário mínimo;
(...)

Desta forma, a maneira como vem sendo aplicada a Lei 8.742/93, e as várias divergências legais, nos mostra que o principal objetivo não está sendo cumprido, que é beneficiar quem de fato é hipossuficiente (miserabilidade), pois diante das análises e aplicação estrita da lei, exclui possíveis beneficiários que estão à margem do mínimo exigido e aumentando a desigualdade, fomentando embates no judiciário com pedidos de concessão.

Diante de tal situação, ao interpretar de forma ampla os requisitos que regem a concessão de benefícios assistenciais, ou seja, de forma mais elástica para tentar minimizar a desigualdade e injustiças, o Poder Judiciário levaria em conta, além dos pressupostos de ordem objetiva, outras circunstâncias de ordem subjetiva trazidas ao processo, e que autorizem a conclusão de que aquela pessoa se encontra em um estado de miserabilidade, e que não pode ter o seu sustento amparado por si ou pessoa de sua família (SANCTIS JUNIOR, 2011)

Por fim, para frisar e pontuar o que foi dito anteriormente, destacamos o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes (2013), que defendeu a possibilidade de o Tribunal “exercer um novo juízo” sobre a ADI- 1232-1/DF- 1998 (pacificou-se o entendimento de que a renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo era requisito obrigatório para a concessão do benefício assistencial.), considerando que nos dias atuais o STF não tomaria a mesma decisão, diante da dinamicidade que o direito vive em função da sociedade em crescente evolução. O ministro observou que ao longo dos últimos anos houve uma “proliferação de leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais”. Citou diversas normas, como a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; e a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola.

4.2- Entendimento dos Tribunais Quanto a Miserabilidade

Nas palavras de Luiz Damasceno (2014), em busca de satisfazer e minorar a exclusão social que os possíveis beneficiários da Lei 8.742/93, visava amparar, estabeleceu um critério objetivo gerando várias controvérsias, e desta surgiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.232/DF, em 24/02/1995, pelo então Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira de Alvarenga, por meio da qual se questionou a constitucionalidade do mencionado critério objetivo fixado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

“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 A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.” (ADIN- 1232-1/DF – Tribunal Pleno - Julg. 27.8.1998 - DJ 1º.6.2001 – Min. Ilmar Galvão e para o acórdão Min. Nelson Jobim)

Diante do exposto, Supremo Tribunal Federal (Rel. Ministro ILMAR GALVÃO e para o acórdão Ministro NELSON JOBIM) pronunciou-se acerca da compatibilidade do §3º, do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 com o dispositivo constitucional do art. 203, V, tendo reconhecido que se trata efetivamente de competência legal o estabelecimento de critérios para concessão do benefício, não havendo óbice para fixação de critérios objetivos e tal

juízo teve eficácia “*erga omnes*” pela constitucionalidade de tal dispositivo (DAMASCENO, 2014).

Nesse sentido, Sanctis Junior (2011), em seu trabalho afirma que o STF, quando julgou a constitucionalidade do art. 203, inciso V, da CF, preconizava ser norma constitucional de efeito limitado, que para isso necessário seria regulamentação infraconstitucional, que estabeleceria os requisitos e pressupostos para concessão de tal benefício, porém as instâncias inferiores continuaram discordando do entendimento do Superior Tribunal Federal. Observe seu posicionamento:

Consoante se extrai da aludida ementa, o Supremo Tribunal Federal, quando o julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade, acabou por reafirmar que o artigo 203, inciso V da Constituição Federal é norma constitucional de eficácia limitada, que depende de regulamentação infraconstitucional para irradiar os seus efeitos.

Asseverou ainda que competiria à legislação ordinária estabelecer os requisitos e pressupostos para a concessão do benefício de amparo assistencial ao idoso e ao portador de deficiência, não havendo qualquer inconstitucionalidade no fato de a Lei 8.742 de 1993 ter escolhido o limite de um quarto do salário mínimo para fins de renda *per capita*.

Entretanto, a despeito de ação ter sido julgada improcedente e de tal decisão possuir efeitos vinculantes e *erga omnes*, já que se trata de controle concentrado de constitucionalidade, as instâncias inferiores do Poder Judiciário continuaram considerando que esse não seria o único meio de se provar a miserabilidade exigida para a concessão do benefício, consoante já exposto.

Deste modo, por haver controvérsias nos julgamentos das instâncias inferiores, o INSS ajuizou várias reclamações e interpôs recursos extraordinários perante o Egrégio Tribunal, contra as decisões contrárias a ADI.

Diante dos relatos, o Supremo Tribunal Federal, após a decisão de constitucionalidade, continuou julgando procedentes as reclamações ajuizadas pela Autarquia Federal, conforme ementa a seguir transcrita:

“EMENTA: PREVIDÊNCIA SOCIAL. Benefício assistencial. Lei nº 8.742/93. Necessitado. Deficiente físico. Renda familiar mensal per capita. Valor superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. Concessão da verba. Inadmissibilidade. Ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI nº 1.232. Liminar deferida em reclamação. Agravo improvido. Ofende a autoridade do acórdão do Supremo na ADI nº 1.232, a decisão que concede benefício assistencial a necessitado, cuja renda mensal familiar per capita supere o limite estabelecido pelo § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742/93. **Rcl 4427 Mc-Agr / RS - Rio Grande Do Sul. Ag.Reg.Na Medida Cautelar Na Reclamação Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 06/06/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.**”

Em um mesmo sentido, o seguinte precedente da Suprema Corte acerca da matéria:

“ASSISTÊNCIA SOCIAL - INCISO V DO ARTIGO 203 DA CARTA FEDERAL - LEI Nº 8.742/93 - CONSTITUCIONALIDADE - PRECEDENTE DO PLENÁRIO. É constitucional a insuficiência tarifada do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 - visão da ilustrada maioria, proclamada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF. (AI 467633 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/04/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00069 EMENT VOL-02283-06 PP-01148).

Porém, com posicionamentos contrários as decisões do STF, duro e sempre inclinado a favorecer a Autarquia Federal em suas decisões finais, as cortes inferiores se posicionavam contrárias e sensíveis a problemática existencial humana, primando pela justiça assistencial.

Deste modo, acerca da matéria se faz necessário apresentar o posicionamento e o entendimento da jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, contradizendo o STF conforme ementa a seguir transcrita:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº. 8.742/93. ABONO ANUAL INDEVIDO. BENEFÍCIO PERSONALÍSSIMO E INACUMULÁVEL. REVISÃO. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1 - Comprovada a incapacidade para o trabalho através de laudo pericial 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 Decreto nº 6.214/07. 2 - 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. 3 - 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. 4 - 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. 5 - Benefício personalíssimo e inacumulável com qualquer outro da Previdência Social ou de regime diverso, salvo o da assistência médica. 6 - Nos termos dos arts. 21 da Lei nº 8.742/93 e 42 do Decreto nº 6.214/07, o benefício deve ser revisto a cada 2 (dois) anos, para a avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem. 7 - Havendo requerimento administrativo, o benefício assistencial deve ser concedido a partir de tal data. No entanto, dada a ausência de impugnação da parte autora e, em observância ao princípio da *non reformatio in pejus*, deve ser mantido como *dies a quo* a data do ajuizamento da ação, nos termos da r. sentença monocrática, não havendo, portanto, que se falar em prescrição parcelar. 8 - Correção monetária das parcelas em atraso nos moldes do Provimento nº 64/05 da Corregedoria-Geral da

Justiça Federal da 3ª Região, da Lei nº 6.899/81 e das Súmulas nº 148 do Colendo Superior Tribunal de Justiça e nº 8 deste Tribunal. 9 - Tendo o INSS sido citado já na vigência do atual Código Civil, os juros de mora são devidos à razão de 1% (um por cento) ao mês, contados a partir da citação, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil e art. 406 do Código Civil, c.c. o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional. 10 - Honorários advocatícios reduzidos para 10% (dez por cento) sobre a soma das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, de acordo com o entendimento desta Turma. 11 - Apelação parcialmente provida. Parecer do MPF acolhido. Tutela antecipada mantida. AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1367067. DESEMBARGADOR FEDERAL NELSON BERNARDES.”

De igual forma, seguindo mesma linha de raciocínio o também Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se contrário a Suprema Corte, decidindo ser possível o beneficiário comprovar a miserabilidade por outros meios.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.

AFERIÇÃO DA RENDA PER CAPITA POR OUTROS MEIOS QUE NÃO O CRITÉRIO DE 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ.

1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a condição de hipossuficiência para fins de obtenção de benefício assistencial pode ser aferida por outros meios de prova além da limitação legal relativa ao requisito econômico previsto na Lei nº 8.742/93.

2. Concluindo o Tribunal de origem, com fulcro nas provas produzidas, que a parte autora faz jus ao benefício assistencial porquanto demonstrada a situação de miserabilidade da entidade familiar, a inversão do julgado esbarra no enunciado nº 7 desta Corte.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1265039/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/09/2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL.

AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS.

VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. NÃO APLICAÇÃO.

Entretanto, a polêmica após a decisão positivista e favorável do STF a ADI 1.232-1/DF, a matéria se tornou ainda mais problemática, palco de grandes discussões, a ponto de o Superior Tribunal Federal voltar atrás em nova decisão proferida no ano de 2013, do instituto da repercussão geral ao RE 567985/MT, que culminou na mudança de posicionamento da Corte Maior, entendendo-se pela declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade do

dispositivo no art.20, § 3º da LOAS, o qual já havia sido declarado constitucional na ADI 1.232-1/DF.

Portanto, é oportuno ressaltar a transcrição da ementa do Recurso Extraordinário 567.985, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em sua nova decisão, 15 anos após voto favorável a ADI 1.232-1/DF;

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo” . O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO- RE 567.985, RELATOR MINISTRO MARCO AURÉLIO, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PLENÁRIO 18/04/2013)

Seguindo mesma linha, a redação do também Recurso Extraordinário 580.963, julgado pela Suprema Corte com mesmo entendimento, repensando e retroagindo em seu posicionamento, tratando como inconstitucional o requisito da renda *per capita* de um quarto do salário mínimo, como critério para concessão do benefício.

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 580.963, Relator Ministro Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal, Plenário, 18/04/2013)

Diante dos recursos citados, o STF traz renovação, mudança oportuna e declaradamente contrária a que vinha defendendo e decidindo em razão da matéria, no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família, porém, tal declaração

de inconstitucionalidade ocorre parcialmente e sem pronúncia de nulidade, o que equivale a dizer que produzirão efeitos, e que estes efeitos são *ex-nunc*, ou seja, não retroagirão.

Deste modo, observamos que apesar do critério de miserabilidade ter sido consagrado pelo legislador, o STF constatou que este, restou superado pelo tempo e evolução da sociedade, portanto, apresentando-se completamente defasado, para de fato definir a miserabilidade exposta pela LOAS.

Diante do explanado apresentamos que, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ajuizou a reclamação contra decisão proferida pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco, nos autos do Processo no . 2005.83.20.009801-7, que concedeu ao interessado o benefício assistencial previsto no art. 203, inciso V, da Constituição, alegando que houve violação à decisão proferida pela mesma corte na ADI 1.232, portanto nesta ação a Suprema Corte declara a constitucionalidade do §3º. do art. 20 da Lei no . 8.742/1993. .(KNOERR,2013).

Observe o ementado:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re) interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões

judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso a Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (STF - Rcl: 4374 PE, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013

Portanto, a referida Reclamação 4374/PE, teve como relator o Ministro Gilmar Mendes que em seu voto lembrou que a decisão tomada na ADI no . 1.232, foi proferida no ano de 1998, ou seja alguns anos após edição da LOAS, que se deu em 1993, em um momento econômico e social totalmente diferente do que vivemos hoje. Na década de 1990, a renda familiar per capita no valor de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo foi adotada como um critério objetivo de caráter econômico-social, resultado de uma equação econômico-financeira levada a efeito pelo legislador tendo em vista o estágio de desenvolvimento econômico do país no início da década de 1990. (KNOERR, 2013).

Percebemos pela leitura da ementa, o que já havíamos afirmado anteriormente, o STF, em suas decisões se rendeu as significativas mudanças advindas da evolução da sociedade e por isso fez com que a Suprema Corte se posiciona-se de forma contrária ao que vinha decidindo.

Entretanto, tais decisões do Supremo Tribunal ainda causa mal-estar 22 anos, após a criação da LOAS, ao ponto de não formularem novas regulamentações por falta de quórum, como vemos a seguir, na transcrição, a tentativa do então Ministro Gilmar Mendes em resolver definitivamente tal polêmica:

O ministro Gilmar Mendes propôs a fixação de prazo para que o Congresso Nacional elaborasse nova regulamentação sobre a matéria, mantendo-se a validade das regras atuais até o dia 31 de dezembro de 2015, mas essa proposta não alcançou

a adesão de dois terços dos ministros (quórum para modulação). Apenas cinco ministros se posicionaram pela modulação dos efeitos da decisão (Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello).

O ministro Teori Zavascki fez uma retificação em seu voto para dar provimento ao RE 580963 e negar provimento ao RE 567985. Segundo ele, a retificação foi necessária porque na sessão de ontem ele deu um “tratamento uniforme” aos casos e isso poderia gerar confusão na interpretação da decisão. O voto do ministro foi diferente em cada um dos REs porque ele analisou a situação concreta de cada processo.

Em suma, resta dizer que, a concretude dos casos, levados aos Tribunais em todo o país, e os muitos que chegam a Suprema Corte, seja por reclamação ou através de recursos extraordinários, demonstra claramente a ineficiência da norma para atestar a hipossuficiência dos beneficiários

Em apertada síntese, reconhecendo a insuficiência, os tribunais comprovam de fato a condição de miserabilidade de quem pleiteia o benefício de prestação continuada por outros meios de prova que não somente o critério objetivo de $\frac{1}{4}$ de renda per capita que a lei determina. Frisa-se que com as novas decisões não ocorreu à declaração de inconstitucionalidade total do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, mas sim parcialmente, apenas reconhecendo a possibilidade de avaliação do critério objetivo, conjugado com outros fatores idôneos que indique o estado de necessidade do cidadão, estabelecendo assim critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais.

Por fim, Rodrigo Allan Coutinho Gonçalves (2015), traz que a própria Advocacia-Geral da União editou Instrução Normativa para guiar os Procuradores Federais responsáveis pela representação judicial do INSS no sentido de seguirem o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores e acabar ou ao menos amenizar de vez a discussão em torno de tal critério, buscando uma interpretação menos objetiva.

4.3 - Posicionamento Pessoal

Ao vislumbrarmos o outro como ser digno de percepção, colocamos em prática a alteridade, portanto, partiremos de um pressuposto básico que o homem social interage e interdepende entre si, e é esse contato com o outro que se faz necessário assisti-lo em suas mais frágeis necessidades (miséria).

E a miséria constatada pelos juízes, e de forma dramática pelos Tribunais, é inadmissível, inaceitável e incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana tratada pela CF/88, princípio este atestado no art. 1º, inc. III, da referida Carta Maior, de igual forma a política assistencial (ainda não exercida de fato) que predominava ou que ainda

predomina, definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é contrária aos princípios postos no art. 3º e seus incisos, e o não reconhecimento do caso concreto pelo Poder Judiciário das alternativas que a Constituição oferece para que o cidadão não morra, é destoante com o Direito Fundamental (art.5º, da Constituição Federal).

Movimentações favoráveis do STF, que visa aplicar todas as ferramentas em busca de fato pela justiça social, têm surtido efeito após longos anos de discussões a cerca da miserabilidade, espero sinceramente que os efeitos advindos destas movimentações, gerem novas visões e posturas mais sensíveis diante de casos concretos de hipossuficiência e que se encerre a celeuma em torno da miserabilidade.

Acredito que diante de uma sociedade em constante ebulição, não há mais lapso temporal nem espaço para normatizações de tamanha pequenez, tão pouco interpretações kelseniana a cerca da miserabilidade defendida e legalizada, estamos tratando aqui de pessoas que gritam por sobrevivida, portanto $\frac{1}{4}$ de renda per capita como critério para concessão de tal benefício esta longe de ser valoroso.

Na simplória opinião de quem redigi, a política pública de Assistência Social, funciona ainda como política paliativa, longe da efetivação dos princípios constitucionais, que visa à erradicação da miserabilidade, a significativa redução da desigualdade social e a promoção do bem-estar. Portanto, seria utópico afirmar que tal política de Assistência Social é a verdadeira política de inclusão e distribuição de renda.

Por fim, em crescentes tentativas para superar a desigualdade social, o Estado e a sociedade, juntos precisam desenvolver ações afirmativas, buscando realizar e implantar de fato os direitos fundamentais de todos, fazendo com que os indivíduos beneficiários participem, da vida em sociedade, das políticas sociais e do sistema como um todo.

CONCLUSÃO

O Estado que ambiciona de fato ser um Estado de Direito deve voltar-se de forma singular para a efetivação dos direitos fundamentais consagrados pela Suprema Carta Constitucional. Para que o Estado brasileiro aproxime-se do ideal de Estado de Direito, a efetivação dos direitos fundamentais é indispensável, por conseguinte, apresenta-se também imperiosa a concretização do direito à assistência de fato, e a efetiva inclusão social (CANOTILHO, 2003)

A Assistência Social como norma constitucional, trouxe em seu arcabouço quem dela necessita, mas para tal inclusão, ao beneficiário necessário se faz provar não possuir renda capaz de mantê-lo ou tê-la suprida por sua família. Portanto atenções especiais se voltam aos idosos e portadores de necessidades especiais, através do dispositivo legal Lei Federal nº 8.742 de 1993.

A mencionada Lei Federal, LOAS- Lei Orgânica de Assistência Social, traz a regulamentação necessária, estabelecendo os critérios norteadores para a concessão do benefício de prestação continuada, que é destinado a idosos e portadores de deficiência incapacitados para a vida independente, estabelece ainda como aferição o critério de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo de renda per capita por pessoa para a concessão de um salário mínimo mensal ao beneficiário.

O presente trabalho, visa demonstrar o lapso temporal dos constantes embates jurídicos a cerca da miserabilidade, que advêm da constatação de $\frac{1}{4}$ de renda per capita por pessoa dentro do grupo familiar como critério para a concessão do benefício de prestação continuada.

Observou-se na pesquisa, que por diversas vezes tal critério foi empecilho para efetivação da assistência, o motivo movimentou discussões acaloradas acerca da constitucionalidade do referido critério de miserabilidade, quesito este utilizado como meio único de comprovação da situação fática da miserabilidade. E por esse motivo o Supremo Tribunal Federal foi chamado a resolver a celeuma em torno das alegações de inconstitucionalidade de tal critério exposto no artigo 203, inciso V da CF, o fato é que na ocasião, o STF entendeu pela constitucionalidade do referido dispositivo.

Entretanto mesmo após decisão da Suprema Corte, os juízes de primeira instância, além dos desembargadores dos Tribunais e corrente da majoritária doutrina, entenderam que se não há inconstitucionalidade por se tratar de lei federal, que limita mandamento

constitucional, então a comprovação de miserabilidade poderia ser comprovada por outros meios mais elásticos.

Deste modo, analisando dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, há de se concluir que o legislador abre uma lacuna interpretativa quando frisa que a expressão explanada na redação do inciso V, do art.203 da CF, “*conforme dispuser a lei*”, deixa clara a elasticidade dada à interpretação por parte dos juristas, buscando suprir através de outras normas regulamentadoras, um meio mais justo a concessão do benefício que não o critério de ¼ de renda per capita.

Para tanto cita-se, as leis as quais demonstram uma maior sensibilidade ao tratar o critério de miserabilidade com maior amplitude como (Lei 10.689/2003 e a Lei 10.836/2004), que trazem consigo sensíveis mudanças afim de melhorar a Assistência Social.

De igual forma o STJ, sinaliza reiteradamente que é necessário a adoção de outros critérios que não somente a renda per capita, para a aferição de miserabilidade, tais como gastos com remédios, alimentação especial, necessidade de cuidador, etc, sem mencionar que nos tempos atuais um salário mínimo com renda per capita por pessoa já é insuficiente para a manutenção digna de idosos e portadores de deficiência.

No mesmo sentido no julgamento do RE nº567.985-3/MT, o STF acabou acatando e decidindo a inconstitucionalidade do inciso 3º, do art.20, da Lei 8.742/93, considerando que tal critério se revela insuficiente ante as transformações sociais.

Por fim, ressaltamos que o critério de miserabilidade trazido na Lei 8.742/93 não sofreu alteração legislativa significativa, ainda que a legislação e a jurisprudência tenham evoluído para ampliar esse conceito, embora se mostre necessária e urgente a padronização das políticas assistenciais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, Tradução de: L'età dei diritti.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> acesso em julho de 2015.

BRASIL. **DECRETO Nº 70.391, DE 12 DE ABRIL DE 1972**. Promulga a Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 14 abr. 1972. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70391.htm> acesso em julho de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 6174, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1974**. Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6179.htm> acesso em agosto de 2015

BRASIL. **LEI Nº 6.815, DE 19 DE AGOSTO DE 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. 21 ago. 1980. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L6815.htm> acesso em julho de 2015

BRASIL. **LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm> acesso em julho de 2015

BRASIL. **LEI Nº 8742, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e da outras providencias. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm> acesso em julho de 2015

BRASIL. **LEI Nº 9.533 - DE 10 DE DEZEMBRO DE 1997** -Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Disponível em <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1997/9533.htm>> acesso em setembro de 2015.

BRASIL. **INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 84, DE 17 DE DEZEMBRO DE 2002 – DOU DE 22/01/2003** – Republicada – Revogada. Disciplinar procedimentos a serem adotados pelas áreas de Benefícios e Arrecadação.<Disponível em <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/index.asp>> acesso em julho de 2015

BRASIL. **LEI Nº 10.689 DE 13 DE JUNHO DE 2003**. Cria o Programa Nacional de Acesso a Alimentação – PNAA. Disponível em <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%2010.689-2003?OpenDocument> acesso em setembro 2015.

BRASIL. **LEI Nº 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> acesso em agosto de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 10.836, DE 9 DE JANEIRO DE 2004.** Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm> acesso em setembro.2015.

BRASIL. **DECRETO Nº 6.214, DE 26 DE SETEMBRO DE 2007.** 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. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm#art4> acesso em julho de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 12.435, DE 6 DE JULHO DE 2011.** Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2011-2014/2011/Lei/L12435.htm> acesso em agosto de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 13.080, DE 2 DE JANEIRO DE 2015.** Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2015 e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2015-2018/2015/Lei/L13080.htm> acesso em julho de 2015.

BRASIL. **INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS Nº 77 DE 21/01/2015.** Disponível em <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=280473>> acesso em agosto de 2015.

_____. Ministério Público Federal Gabinete da Procuradora Regional dos Direitos do Cidadão. Sentença proferida pelo Dr. José Carlos Motta, DD. Juiz Federal do Juizado Especial Federal Previdenciário. Disponível em <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/areadeatuacao/destrangt/ACP%20%20direito%20do%20estrangeiro%20ao%20beneficio%20de%20prestacao%20conti.pdf>> acesso em julho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232/DF. Relator: Min. Ilmar Galvão, Relator p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, DJ 01-06-2001 PP-00075. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>> acesso em setembro de 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Acre- AC. Ação Civil Publica (JFAC, ACP nº 2007.30.00.000204-0, Juiz Federal Jair Antunes Fernandes, data da publicação. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31445/1432%20MARCELLO%20BUDANT.pdf?sequence=1>> acesso em setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 587970 RG/SP, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 25/06/2009, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-04 PP-00742. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/32571/amparo-assistencial-ao-estrangeiro>> acesso em setembro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. (AI 467633 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/04/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00069 EMENT VOL-02283-06 PP-01148).

_____. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4427 Mc-Agr / RS - Rio Grande Do Sul. Ag.Reg.Na Medida Cautelar Na Reclamação Relator(a): Min. CEZAR PELUSO Julgamento: 06/06/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.”

_____. Supremo Tribunal Federal, Rcl 4374, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, Acórdão Eletrônico dje-173 divulg 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013 Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>> acesso em setembro.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário- RE 567.985-3, Relator Ministro Marco Aurélio, Supremo Tribunal Federal, plenário 18/04/2013. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24.SCLA.+E+567985.NUME.%29+OU+%28RE.ACMS.+ADJ2+567985.ACMS.%29&base=baseAcordados&url=http%3A%2F%2Ftinyurl.com%2Facljv3b>>acesso em setembro de 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. STF - Rcl: 4374 PE , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013.Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2621386>> acesso em julho de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 580.963, Relator Ministro Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal, Plenário, 18/04/2013. Disponível em<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em: setembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. (AgRg no REsp 1265039/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/09/2011). Disponível em< <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21075338/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1265039-rs-2011-0160890-6-stj/inteiro-teor-21075339>>acesso em setembro de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. AC - Apelação Cível – 1367067. Desembargador Federal Nelson Bernardes. Disponível em<<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/42392238/trf-3-judicial-i-interior-13-04-2012-pg-865>> acesso em setembro de 2015.

BUDANT, Marcelo. **Benefício Assistencial: Análise Crítica de Questões Atuais**. Trabalho de Conclusão de Curso. UFPR, Curitiba- PR 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista, **Manual de Direito Previdenciário**. 7. Ed. rev. conforme as emendas constitucionais e a legislação em vigor até 10/01/2006. São Paulo; Ltr, 2006.141.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=479b4864e55e12e0>> acesso em set. de 2015.

COLONHEIS, José Rodrigues. **Benefício Assistencial e a Problemática Acerca do Critério da Miserabilidade**. Trabalho de conclusão de curso. Bacharel em Direito, Faculdades OPET, Curitiba- PR, 2011.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 11ª.ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.p.2.

CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p.2.

DAMASCENO, Luiz Rogerio da Silva. Benefício assistencial: redefinição do conceito de miserabilidade pelo STF. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3935, 10 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27385>>. Acesso em: 24 set. 2015.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves, Aplicabilidade do princípio constitucional da dignidade humana como direito fundamental nas relações sociais e na cobertura do Sistema da Seguridade Social. **Qualit@s Revista Eletrônica** ISSN 1677 4280 Vol.1. No 1 (2011).

Dicionário Jurídico. Planejado organizado e redigido por JM. Othon Sidou. 10. Ed. Rio de Janeiro; Forense universitária, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. 2. Ed.rev., atuale aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Rodrigo Allan Coutinho. **O benefício assistencial previsto na Lei 8.742/93 (LOAS) e o conceito de miserabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52028&seo=1>>. Acesso em: set. 2015.

HORVATH Junior Miguel. **Direito Previdenciario**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.39.

HORVART JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5º ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 14ª ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

KNOERR, Fernando Gustavo. **Mudanças no Posicionamento do STF: Novo Parâmetro Para o Critério de Miserabilidade na Concessão do Benefício Assistencial ao Idoso e a Redução da Idade pela Nova Lei dos Portos**. UFPR, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACIEL, Marina dos Anjos Pontual. **A lei nº 12.435/2011 e a mudança no conceito de família para fins de concessão de benefício assistencial de prestação continuada.** Conteúdo Jurídico, Brasília -DF: 16 jul. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.32876&seo=1>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

MAFRA., Francisco. Da Ordem Social: o art. 195 da CF/88. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 22, ago 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=333>. Acesso em Jun 2015.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O Benefício de Prestação Continuada: Reflexão Sobre o Trabalho do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos à Seguridade Social.** São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Raquel da Silva. **Assistência Social no Brasil: Benefício de Prestação Continuada LOAS (Lei Orgânica de Assistência Social).** Biguaçu, junho de 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 24.ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.3.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2004

MENDES, Gilmar Ferreira, **STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso.** 18 de abril de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354> acesso em setembro de 2015.

MENEZES, Adriana Almeida de. **Direito Previdenciário-** Impetra; Salvador, JusPODIVM, 2012, 524 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NIGRO, Ana Helena Nunes. **O Benefício Assistencial Sob a Ótica da Dignidade da Pessoa Humana.** João Pessoa (PB) 2010

NUNES, Arthur da Costa. **Relativização da Renda Per Capita para Concessão do Amparo Assistencial.** João Pessoa, Janeiro de 2009.

OIT, **Organização Internacional do Trabalho.** Disponível em http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_102.pdf acesso em junho de 2015.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público.** São Paulo: Saraiva, 1998, 7ª Ed. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26594/o-estrangeiro-residente-no-brasil-e-a-concessao-do-beneficio-assistencial-de-prestacao-continuada/3#ixzz3gUhRmkfF>> acesso em julho de 2015.

SANCTIS JUNIOR, Rubens José Kirk de. A polêmica envolvendo o conceito de miserabilidade para a concessão do benefício de amparo assistencial (LOAS). In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10897>. Acesso em set 2015.

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

SILVA, José Afonso da . **Curso de direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social** . 14.ed., rev. e atual.- Niterói-RJ: Impetus, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.p.215.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, volume IV; Os Tributos na Constituição. 3º ed. **Revista Atualizada**- Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 579.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4º.ed.- São Paulo: Saraiva, 2013.

TSUTYIA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. Ed. Saraiva, 2º ed., São Paulo, 2008.

VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antônio. **Direito da Previdência e Assistência Social: Elementos para Compreensão Interdisciplinar**. 1. ed. São José, SC: Editora Conceito Editorial, 2009.p.255-256.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito de Família**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 424.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 2º. Ed. São Paulo: LTr Editora, 2007.p.23.

XEXÉO, Leonardo Monteiro. Estrangeiro no Brasil tem direito a LOAS?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3874, 8 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26594>>. Acesso em: julho 2015.

