



A INAPLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS PELO INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDADE SOCIAL (INSS) NA CONCESSÃO DO BPC (BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA)

Vagner dos Santos Teixeira¹
José Guilherme Ramos Fernandes Viana²

RESUMO

Este artigo trata das questões atinentes ao BPC (Benefício de Prestação Continuada) previsto na Lei Orgânica da Assistência Social. No cerne desta análise, está a renda *per capita* familiar do requerente limitada a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo que, por vezes, impede a concessão deste benefício, pois a autarquia (INSS) não analisa outros critérios sociais para auferir condição de hipossuficiência do necessitado, desprezando, as decisões dos Tribunais Superiores que vem adotando outros critérios sociais para a concessão do amparo estatal.

Palavras-Chave: Direitos Humanos; Renda Familiar; BPC, Lei Orgânica Da Assistência Social.

THE INAPPLICABILITY OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS BY THE NATIONAL INSTITUTE OF SOCIAL SECURITY (INSS) IN THE CONCESSION OF THE BPC (CONTINUED BENEFIT OF SUPPLY)

ABSTRACT

This article deals with the issues related to the BPC (Continuous Benefit Benefit) provided for in the Organic Law of Social Assistance. At the heart of this analysis is the per capita family income the applicant limited to $\frac{1}{4}$ the minimum wage, which sometimes prevents the grant this benefit, since the (INSS) does not analyze other social criteria to obtain a condition hyposufficiency the needy, despising, are the decisions of the High Courts that have adopted other social criteria allowing the granting state protection.

Keywords: Human Rights; Family Income; BPC; Organizational Law Of Social Assistance

INTRODUÇÃO

Em um Estado Democrático de Direito, o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana são e devem ser indissociáveis, pois por meio deles é que se pode promover o bem estar de todos os necessitados, o equilíbrio econômico e social para suplantar as desigualdades.

¹Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. (2016). Especialista em Direito Penal pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. (2017) . Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Fundação de Ensino para Osasco – UNIFIEO. (2010). Advogado. – drteixeira@hotmail.com

²Mestre em Direitos Humanos Fundamentais pelo Centro Universitário da Fundação de Ensino para Osasco-UNIFIEO. (2016). Especialista em Comércio Exterior Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (UNIFMU). Graduado em Direito pelo Centro Universitário da Fundação de Ensino para Osasco - UNIFIEO. (2010). Advogado. – cariolaviana@gmail.com



Desde a Revolução Francesa, ocorrida entre os anos de 1789 a 1799, já se apregoava os princípios da *Liberté, Égalité, Fraternité* (liberdade, igualdade e fraternidade) que mais tarde deram origem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que transformaram tais princípios em direitos.

Estes princípios ganharam força e atuaram como verdadeiras molas propulsoras para a afirmação da Revolução Americana, liderada por Thomas Jefferson em quatro de julho de 1779, que juntamente com os representantes dos treze estados deram o esteio à igualdade entre homens.

No âmbito dos Direitos Humanos, a Carta das Nações Unidas, promulgada no ano de 1945, reafirmou a fé nos direitos fundamentais, na dignidade e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres. O legislador brasileiro instituiu na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1, inciso III e a igualdade de todos os cidadãos perante a lei sem distinção de qualquer natureza no “caput” do artigo 5º.

Nesse diapasão, temos que a Constituição Federal Brasileira, de 1988, consagrou os direitos sociais como uma prestação legal imposta ao Estado. O ônus estatal, por meio de políticas sociais e participação privada, possibilita melhoria das condições de vida daqueles que são considerados hipossuficientes, vez que, a estes atribui o direito à alimentação, trabalho, saúde e a própria manutenção da vida, alicerces intrínsecos no princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Alicerçado nessas ideias, o presente trabalho foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo abordamos a gênese da ideia de seguridade social, desde a história do homem primitivo, que após dominar as técnicas de conservação de alimento, passou a estocá-los na tentativa de prevenir eventos futuros e, por fim, as transformações após a Segunda Guerra Mundial consolidadas pela OIT (Organização Internacional do Trabalho).

No segundo capítulo, analisamos os aspectos históricos da Seguridade Social no Brasil. Ao longo de décadas, as caixas de assistência foram crescendo e abrangendo diversas classes de trabalhadores até formarem um grande sistema de caixas assistenciais sem conexões entre si e, por fim, a criação do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS no ano de 1990.

No terceiro capítulo, destacamos o critério da renda *per capita* de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo utilizada pelo INSS e a posição dos Tribunais Superiores acerca deste parâmetro como requisito para concessão do benefício de prestação continuada.



No estudo utilizamos a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e o método dedutivo para se chegar à conclusão de que limitar a concessão do benefício de prestação continuada apenas com análise do requisito objetivo da lei, qual seja, a renda *per capita* igual ou inferior a 1/4 do salário mínimo é desprezar o preceito fundamental da dignidade humana insculpidos em todos os dispositivos Constitucionais de garantia dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

1 O SURGIMENTO E A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE SEGURIDADE SOCIAL.

Narra a bíblia que o povo Hebreu quando se viu sem fé e sem acreditar nas promessas divinas passou a guardar o maná (pães que caíam do céu) para satisfazer a fome dos dias que viriam. As benesses ocorrem por longos seis dias, nas manhãs o povo recebia os pães e pela tarde as carnes, contudo, Deus irado pela rebeldia de Seus escolhidos permitiu o apodrecimento de todo o alimento estocado. (NOVA VERSÃO INTERNACIONAL, 2010, pp. 75/77)

O instinto de sobrevivência é intrínseco a natureza humana, comportamento que pode ser analisado também no mundo animal. Naturalmente, o instinto de sobrevivência do homem foi aperfeiçoado na medida em que ao longo de sua existência descobriu e dominou novas técnicas e habilidades, certamente, fatos que o diferenciam das demais espécies.

Nesse sentido, Ibrahim (2015, p.2), afirma:

A preocupação com infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade. Desde os tempos remotos, o homem tem se adaptado, no sentido de reduzir os efeitos das adversidades da vida, como fome, doença e velhice, etc.

O conceito de proteção social teve sua gênese no seio das famílias primitivas, pois no passado era comum o aglomerado de pessoas de laços consanguíneos. Nestas comunidades familiares, cada indivíduo possuía uma responsabilidade, ficando a cargo dos mais jovens em pleno vigor físico, a missão de cuidar dos mais idosos e incapacitados. Nesse sentido, o homem médio sempre procurou meios de garantir sua alimentação e de sua família quando exposto a carência econômica, enfermidade, incapacidade laboral, diminuição ou perda de renda. Tais fatores levaram a necessidade de criação de instrumentos de proteção para confrontar as mazelas sociais, refletindo no mundo jurídico (IBRAHIM, 2015, p.2).



O assistencialismo, por assim dizer, inicia-se com o conceito de caridade, movimento criado pelas igrejas cujo objetivo era incentivar os mais abastados a socorrer aqueles que se encontravam em estado de indigência (IBRAHIM, 2015, p.2)

Em sua obra, dos Santos (2013. p.34) afirma que:

Nessa fase, não havia direito subjetivo do necessitado à proteção social, mas mera expectativa de direito, uma vez que o auxílio da comunidade ficava condicionado à existência de recursos destinados à caridade.

O conceito de caridade e auxílio ao necessitado começou a perder o vínculo na Inglaterra por volta do ano de 1601. A proteção aos necessitados ganhou maior dimensão com a atuação do Poder Público, ou seja, o Estado criou mecanismos sociais que permitiram o verdadeiro assistencialismo. O primeiro passo foi dado pela Rainha Isabel I, conhecida também como a “Rainha Gloriana”, que editou o *Act of Relief of the Poor* – Lei dos Pobres, imputando ao Estado a responsabilidade em amparar os comprovadamente necessitados. Com essa lei origina-se a assistência social ou assistência pública, propriamente dita. (DOS SANTOS, 2013., p.35)

A lei dos pobres impôs a igreja a responsabilidade em administrar um fundo que era formado pela arrecadação de uma taxa obrigatória oriunda da classe rica. Assim, o Poder Público implantava o binômio da igualdade solidária. A partir desse conceito surgiram as empresas de seguros de fins lucrativos garantidoras da proteção em situações de necessidades. Uma das primeiras formas de seguro surgiu no século XII o chamado seguro marítimo - reivindicação promovida pelos italianos. O desenvolvimento das bases técnicas de seguro deu origem a criação de novos segmentos tais como: seguro saúde, de vida, contra invalidez, danos e acidentes, contudo, era privilégio de uma minoria que possuía subsídios para quitar os prêmios, excluindo assim a proteção da grande massa de trabalhadores. A ausência de proteção a grande classe de proletariados, bem como, a revolução industrial, nos séculos XVIII e XIX impulsionaram a criação de um sistema de seguros cuja fiança da efetividade estava atrelada a distribuição dos riscos dos segurados deu a ideia de Seguridade Social. (DOS SANTOS, 2013, p.36)

Em 1883, nasce na Prússia, o seguro social fruto da proposta do Alemão Bismarck conhecido também como “chanceler de ferro”. Esta proposta resultou na Lei do Seguro Doença, que mais tarde deu origem ao Seguro Enfermidade, cujo objetivo principal era a proteção dos trabalhadores com as mesmas bases tal e qual é o seguro privado. Por esta razão, à classe operária era imposta a obrigatoriedade de contratação de um seguro que os



protegessem dos “perigos sociais”, ou seja, dos riscos incertos e futuros, tais como: doença, velhice, invalidez e morte. (KERTZAMAN, 2015, p.45)

Durante o século XX, a sistemática Bismarckiana estendeu-se pela Europa, contudo, sucumbiu diante das consequências causadas pela Primeira Guerra Mundial. Naturalmente, o número de órfãos, viúvas e combatentes feridos consumiram toda e qualquer reserva financeira principalmente na Alemanha e Áustria. (DOS SANTOS, 2013, p.38).

Em 1919, com a assinatura do Tratado de Versalhes, surgiu o a primeira tentativa de se implantar um regime universal de justiça social. Com a Fundação do *Bureau International Du Travail* (BIT) – Repartição Internacional do Trabalho – realizou-se a 1ª Conferência Internacional do Trabalho, que atribuiu o desenvolvimento da previdência social e a implantação em todas as nações do mundo civilizado. Como resultado dessa conferência, surgiu a primeira Recomendação para o seguro desemprego. A 3ª Conferência, realizada no ano de 1921, recomendou a extensão do seguro social aos trabalhadores da agricultura. A 10ª Conferência, realizada em 1927, estendeu as demais Convenções e Recomendações sobre o seguro desemprego aos trabalhadores das indústrias do comércio e da agricultura. Em 1933 e 1934 foram realizadas a 17ª e 18ª Conferências respectivamente. Suas recomendações consolidaram e regularam o seguro contra o desemprego. (DOS SANTOS, 2013, p.39)

A Segunda Guerra Mundial foi responsável por grandes transformações no conceito de proteção social. Em 1941, o governo Inglês, empenhando na reconstrução do país, formou uma Comissão liderada por Sir Willian Beveridge. (BBC, 2018, p.1)

O plano analisou o seguro social e seus serviços abrangendo as necessidades dos fundos e as previsões. Beveridge teve papel importante no desenvolvimento da legislação social na Europa e na América. (DOS SANTOS, 2013, p.40)

Foi em 1944, que a OIT³ (Organização Internacional do Trabalho) adotou a orientação para unificação dos sistemas de seguro social estendendo a todos os trabalhadores rurais e urbanos, inclusive seus familiares. Somente em 1952, na 35ª Conferência Internacional foi que a OIT aprovou a Convenção nº 102, denominada “Norma Mínima em Matéria de Seguridade Social”, cuja aprovação ocorreu na 35ª reunião da Conferência

³ **SITE OIT**, disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br> - OIT: foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Fundou-se sobre a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social. É a única das agências do Sistema das Nações Unidas com uma estrutura tripartite, composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores. A OIT é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações) As convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. Acesso em: 14 de fevereiro de 2018.



Internacional do Trabalho em Genebra 1952 e, entrou em vigor no plano internacional em 27 de abril de 1955. Foi Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 269 de 19 de setembro de 2008 e ratificado em 15 de Junho de 2009. (BBC, 2018, p.1)

2 OS ASPECTOS HISTÓRICOS DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL.

Durante o período colonial, tiveram início as benesses assistenciais aos necessitados. Em 1543, ocorreu o surgimento das Santas Casas de Misericórdia na cidade de São Vicente e em 01 de outubro de 1821, O Príncipe Regente Dom Pedro de Alcântara expediu Decreto que concedia aposentadoria aos mestres e professores após 30 de anos de efetivo serviço, assegurando o abono de $\frac{1}{4}$ (um quarto) dos ganhos aos trabalhadores que optassem pela continuidade laboral. (CASTRO, 2017, p.55)

No ano de 1888, o Decreto 9.912-A, de 26 de março, estabeleceu o direito de aposentadoria aos empregados dos Correios que completassem 30 anos de efetivo trabalho e idade mínima de 60 anos. (CASTRO,2017, p.55)

Os trabalhadores da Estrada de Ferro Central do Brasil também foram contemplados com o direito de aposentadoria cujos termos estavam estabelecidos no Decreto 221, de 26 de fevereiro de 1890, sendo o mesmo direito, estendido aos demais trabalhadores ferroviários do Estado em 12 de junho do mesmo ano, por meio do Decreto nº 565.(KERTZAMAN, 2017,p.47)

As aposentadorias concedidas a estes trabalhadores não tinham caráter contributivo, ou seja, tais trabalhadores não contribuía para o regime, vale dizer, que tais benesses eram deliberadamente concedidas pelo Estado, sem a necessidade de contribuição do segurado. (KERTZAMAN, 2017, p.47).

A obrigatoriedade das contribuições ganhou força com a publicação do Decreto Legislativo nº 4.682 de 24 de Janeiro de 1923, mais conhecido como Lei Eloy Chaves que, por meio deste Decreto, criou as Caixas de Aposentadorias e Pensões das empresas de construção de estradas de ferro existentes, assegurando o direito de aposentadorias aos trabalhadores e pensões aos seus dependentes, considerado pela doutrina majoritária o marco inicial da Previdência Social no Brasil. (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.55)

O sistema Eloy Chaves possuía semelhança ao modelo previdenciário alemão de 1883. Suas características essenciais eram a obrigatoriedade de contribuições dos trabalhadores; a regulamentação e administração de competência do Estado e a cobertura dos eventos prevista em lei, tais como as incapacidades, mortes e assistência a subsistência que,



gradativamente, foram surgindo outras caixas de assistência de segmentos econômicos diversos, merecendo destaque:

A Lei 5.109 /1926, estendeu os direitos aos trabalhadores portuários e marítimos. Aos trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos foram estendidos os mesmos benefícios por meio da Lei 5.485/1928. (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.56)

Nesse diapasão, o Decreto 5.128, de 31 de Dezembro de 1926, criou o Instituto da Previdência dos Funcionários Públicos da União; O Decreto 19.433, de 26 de Novembro de 1930, criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio com objetivo de fiscalizar e orientar a Previdência Social, inclusive, como órgão de recursos das decisões das Caixas de Aposentadorias e Pensões. (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.56)

Em 1930, O governo Getúlio Vargas suspendeu por meio do Decreto nº 19.540 de 17 de dezembro a concessão de qualquer aposentadoria e determinou a revisão geral dos benefícios face as inúmeras denúncias de corrupção nas concessões, marcando a primeira crise no sistema previdenciário. (NETO, 2013, p.51)

Em 1960, foi criado o Ministério do Trabalho e Previdência Social e promulgada a Lei nº 3.807 – LOPS - Lei Orgânica da Previdência Social, cujo projeto tramitava desde o ano de 1947, contudo, não teve o condão de unificar as caixas existentes, todavia, estabeleceu normas uniformes para o amparo a segurados e dependentes de vários Institutos existentes. (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.57)

Foi em 1º de Janeiro de 1967, que os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) foi unificado por meio do Instituto Nacional da Previdência Social – INPS, criado pelo Decreto – Lei nº 72, de 21 de Novembro de 1966 e, ao longo dos anos passou a incorporar outros benefícios que foram sendo criados tais como: o auxílio desemprego (1967), o seguro acidente de trabalho estabelecido pela Lei 5.316, de 14 de setembro do mesmo ano, (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.58)

A Lei nº 6.439/1977, trouxe importante transformação administrativa organizacional ao modelo previdenciário por meio do SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social, que distribuiu as atribuições entre diversas autarquias, surgindo assim, o IAPAS – Instituto de Administração Financeira da Previdência Social, cujo objetivo era arrecadar e fiscalizar o contribuinte e o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, cujo papel era de atender os segurados e seus dependentes na área da saúde.(CASTRO, LAZZARI, 2017, p.59)

Ao instituto Nacional Previdência Social – INPS coube a responsabilidade pelos pagamentos e manutenção dos benefícios previdenciários e à Fundação do Bem Estar do



Menor - FUNABEM – o atendimento e amparo aos menores carentes infratores (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.60)

Em 1990, foi criado o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS para substituir o INPS, IAPAS e, desde então, importantes alterações foram realizadas dentro da seguridade social tais como: a publicação da Lei nº 8.212/1991 que disciplina o plano de custeio da Seguridade Social, da Lei 8.213/1991 e Decreto 3.048/1999, ambos dispõem os Planos de Benefícios da Previdência Social e, por fim, a Lei 8.742 de 07 de Dezembro de 1993 que dispõe sobre a organização da Assistência Social Nacional. (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.61)

3 RENDA PER CAPITA x PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, consagrou a seguridade social no campo dos direitos sociais.

Ensina Waleska Cariola Viana que:

A Previdência Social integra o grandioso sistema da Seguridade Social que reúne ações nas áreas da Saúde, Previdência Social e Assistência Social[...] A ideia é a proteção do trabalhador idoso em razão deste estar mais suscetível a sofrer com a incapacidade fisiológica, a doença, a invalidez e o desemprego, o que faz com que a “idade avançada” seja um fator de risco. (CARIOLA VIANA, 2015, p. 203).

Diferentemente das outras áreas do sistema, a assistência social não possui fonte de custeio própria. O segurado não está submetido a regra da contrapartida, ou seja, não realiza contribuições, contudo, possui o direito de ser amparado pelo sistema no caso de evento futuro que o impeça de promover sua própria subsistência ou de tê-la por meio da família. (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.574)

Prevê o artigo 203 da Constituição Federal Brasileira de 1988, que a assistência social será custeada pela seguridade social. A seguridade Social, por sua vez, é financiada por toda a sociedade direta e indiretamente mediante recursos oriundos dos orçamentos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, nos moldes do artigo 195 da Carta Magna. (BRASIL, CF, 2018, p.78)



O inciso V do artigo 203 da Constituição Federal Brasileira de 1988, garante o pagamento de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que fizerem prova de não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família nos termos da Lei. (BRASIL, CF, 2018, p.79)

Nesse diapasão, em 07 de Dezembro de 1993, foi promulgada a Lei 8.742 que dispõe sobre a organização da Assistência Social no Brasil. Como premissa, a referida lei estabeleceu o dever do Estado de garantir a assistência aos hipossuficientes com o objetivo de Justiça social. (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.574)

Em seu texto original, a mencionada Lei, trazia estampado em seu artigo 20 o direito de percepção de um salário mínimo ao idoso com 70 anos de idade e a pessoa com deficiência incapaz de prover a sua própria manutenção ou de ser provida por sua família, desde que a renda mensal familiar *per capita* fosse inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, entendimento que vigorou até o final de 1997. (BRASIL, 2018, p.28)

Entre 01/01/1998 até 31/12/2003, houve mudança na faixa etária, passando a idade mínima de 70 para 67 anos. Em 2003, com a promulgação do Estatuto do Idoso por meio da Lei 10.741/2003, a idade mínima foi reduzida de 67 anos para os atuais 65 anos, permanecendo este requisito inalterado até os dias atuais. (KERTZAMAN, 2017, p.457)

Afirma Frederico Amado:

A redução da idade mínima para a concessão deste benefício assistencial decorre da concretização do Princípio da Universalidade de Cobertura e do Atendimento, pois apesar do crescimento da expectativa de vida dos brasileiros, houve uma extensão da proteção social em favor dos necessitados, na medida em que surgiram mais recursos públicos disponíveis. (AMADO, 2015, pp.45/46)

Já o conceito de deficiência foi amplamente consolidado por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008 – Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência cujo protocolo facultativo foi assinado na cidade de Nova Iorque em 30/07/2007. (AMADO, 2015, pp.48/49)

A lei 12.435, de 06 de Julho de 2011, após sua publicação alterou a Lei 8.742/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social, estabeleceu ao conceito de incapacidade um limite temporal de no mínimo 02 anos de natureza física, intelectual ou sensorial que impeça o deficiente de participar e interagir plenamente com a sociedade. (BRASIL, LEI 12.435/2011, 2018, p.10)



Fábio Zambitte Ibrahim, afirma:

Há clara intenção de adequar a legislação interna a Convenção de Nova Iorque, o que é acertado, embora desnecessário, pois o Decreto Legislativo nº 186/08, a previsão da LOAS já havia sido tacitamente derogada. (IBRAHIM, 2015.p.15)

Em seu bojo, a lei 12.435 trouxe uma significativa alteração no tocante ao cálculo da renda familiar apresentando um amplo rol de parentes que passou a considerar cônjuge ou companheiro, pais e, na ausência destes, madrastas ou padrastos, irmãos solteiros, filhos e enteados solteiros desde que estejam sob o mesmo teto. Embora a lei 8.213/1991, em seu artigo 16 trouxesse a previsão similar, na prática, gerava divergências de entendimentos, por exemplo quando o filho maior de 21 anos, mesmo ajudando no sustento da família não era considerado no computo da renda familiar por não constar no rol de dependentes do regime geral da previdência social RGPS. (IBRAHIM, 2015.p.15)

Em 31 de Agosto de 2011, foi sancionada a Lei 12.470, que alterou a recente regra prevista na Lei 12.435 do mesmo ano. Pela nova legislação (Lei 12.470/2011) a restrição temporal limitada a dois anos permaneceu, contudo, ocorreu a inserção do termo impedimento o que permitiu uma ampliação na concessão do benefício a outros segurados, até pelo fato de que o termo incapacidade é mais adequado à aptidão para o trabalho, o que não faria sentido para as crianças. (IBRAHIM, 2015.p.15)

O Decreto 8.805, de 7 de Julho de 2016, em seus artigos 12 e seguintes, trouxeram dois novos requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada quais sejam: a manutenção e a inscrição no Cadastro de Pessoa Física – CPF e no CadÚnico – cadastro único para Programas Sociais do Governo Federal. (BRASIL, DECRETO 8.805/2016, 2018, p.05)

O CadÚnico é procedimento realizado pelo CRAS – Centro de Referência de Assistência Social ligado as Secretarias de Assistências Sociais Municipais, destinadas especificamente à articulação dos serviços socioassistencias, programas sociais e proteção básicas as famílias com maior potencial de vulnerabilidade. (IBRAHIM, 2015.p.16)

Embora, todo o ordenamento jurídico pátrio ao longo dos anos tenha ampliado e definido novos conceitos que possibilitaram contemplar o maior número de incapazes e impedidos possíveis, o critério da renda *per capita* de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo ainda é o principal óbice na concessão do benefício assistencial no rito administrativo do INSS. (AMADO, 2015, p.53)



No ponto central do tema está a seguinte indagação: O critério da renda individual dos membros familiares pode ser flexibilizado? Deve o julgador ficar restrito ao critério da renda *per capita* na concessão do Benefício de Prestação Continuada?

O tema em questão foi pouco a pouco sendo enfrentado pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a TNU – Turma Nacional de Uniformização editou a Súmula nº 79 com o seguinte enunciado:

Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária a comprovação das condições socioeconômicas do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal. (BRASIL, 2018, p.19)

Diante da controvérsia que se estabeleceu, o Superior Tribunal de Justiça, firmou entendimento de que os magistrados não estão sujeitos somente a apreciação da renda familiar, pois a delimitação de valor da renda *per capita* do núcleo familiar não deve ser o único meio de prova da condição de miserabilidade do requerente. (CASTRO, LAZZARI, 2017, p.578)

Relata Frederico Amado:

No dia 10 de Agosto de 2011, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, firmou entendimento no sentido de admitir que o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo recebido por maior de 65 (sessenta e cinco) anos deve ser afastado para fins de apuração de renda mensal *per capita* objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. Outrossim, em 25 de Fevereiro de 2015, no julgamento do RESp. 1.355.052, decidiu em repetitivo a 1ª Seção do STJ que aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (lei 10.741/2003), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que o benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja, computado no cálculo da renda *per capita* prevista no artigo 20 § 3º da Lei 8.742/1993. (AMADO, 2015, p.58)

Por ser um tema pra lá de polêmico, o Supremo Tribunal Federal já havia enfrentado a questão de forma parcial. Em 27 de agosto de 1998, o STF julgou a ADI 1.232, trazia a baila a questão do critério de ¼ de salário mínimo como requisito limitador de concessão do benefício assistencial. Naquela época, o STF validou abstratamente o critério sob o fundamento de que cabia ao legislador infraconstitucional a competência para fixar critérios de concessão do referido benefício. Embora, a Suprema Corte tenha se pronunciado acerca do critério objetivo, não houve a manifestação expressa sobre a possibilidade de se utilizar de outros critérios para apuração do estado do segurado. (AMADO, 2015, p.58)



A Suprema Corte só se pronunciou em abril de 2013, ao julgar os Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963 – Tema 27 (meios de comprovação do estado de miserabilidade do idoso para fins de percepção de benefício de assistência continuada). Por maioria dos votos, o STF decretou a inconstitucionalidade material incidental do § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/1993 (LOAS) que prevê o critério legal da renda *per capita* familiar inferior a ¼ do salário mínimo para a caracterização da miserabilidade. (GOES, 2016, p.788)

Porém, o STF com objetivo de conceder um prazo razoável para que o Congresso Nacional aprovasse novo regramento para concessão do benefício tentou buscar o efeito *ex nunc ou pro futuro* fixando a data de 31/12/2015 para eficácia de sua decisão, todavia, não alcançou o quórum de 2/3(oito votos) para aprovar a referida modulação. (AMADO, 2015, p.59)

Fábio Zambitte Ibrahim afirma que:

Ainda que o legislador frequentemente utilize-se de parâmetros objetivos para a fixação de direitos, a restrição financeira pode e deve ser a ponderada característica do caso concreto, sob pena de condenar-se à morte o necessitado. Ainda que a extensão de benefício somente possa ser feita por lei, não deve o intérprete omitir-se à realidade social. A Concessão do benefício assistencial, nestas hipóteses, justifica-se a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual possui, com núcleo essencial, plenamente sindicável, o mínimo existencial, isto é, o fornecimento de recursos elementares para a sobrevivência digna do ser humano. (IBRAHIM, 2015, p.25)

Importante registrar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não é vinculante, ou seja, não proíbe a Autarquia (INSS) de utilizar o critério da renda *per capita* de ¼ do salário mínimo como requisito, motivo pelo qual, até hoje este critério vigora na concessão realizada no âmbito administrativo. (IBRAHIM, 2015, p.25)

Nesse sentido, o Decreto 8.805, de 07 de Julho de 2016 em seu artigo 14 parágrafo 5º estabelece que:

Na hipótese de ser verificado que a renda familiar mensal *per capita* não atende aos requisitos de concessão de benefício, o pedido deverá ser indeferido pelo INSS, sendo desnecessária a avaliação da deficiência. (BRASIL, DECRETO 8.805/2016, 2018, p.07)

Em sentido contrário, Frederico Amado afirma:

Que se o INSS afastasse o critério legal invalidado pelo STF, não haveria outro critério legal a adotar, haja vista a sua não aprovação pelo Congresso



Nacional, sendo válida a postura da autarquia previdenciária até que haja novidade legislativa sobre o tema.

Para conferir um mínimo de segurança jurídica ao INSS ou ao Poder Judiciário na aferição concreta da Miserabilidade, é necessário que o Congresso atue rapidamente na votação de um novo critério para substituir o §3º do artigo 20, da lei 8.742/1993, observados os limites orçamentários da União à Luz do princípio da Precedência da Fonte de Custeio. (AMADO, 2017, p.55)

Acerca do tema Marisa Ferreira dos Santos ponderou:

A melhor forma de avaliar a situação de necessidade ainda é por meio do montante que dos ganhos do grupo familiar caberá a cada um de seus integrantes.

Na linha desse entendimento, pensamos que o valor *per capita* a ser considerado, no caso, deverá ser o de um salário mínimo, pois esse é o valor escolhido pela Constituição para qualificar e quantificar o bem-estar social, assegurando os mínimos vitais à existência com dignidade. (DOS SANTOS, 2013, p.155)

A decisão do Supremo Tribunal Federal, bem como, do Superior Tribunal de Justiça não obrigou o INSS a adotar os critérios de avaliação das condições sociais na concessão do Benefício de Prestação Continuada, motivo pelo qual, segue a Autarquia na utilização do critério da renda *per capita* fixada em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo reforçada pelo recente Decreto nº 8.805, de 7 de Julho de 2016 que alterou o Decreto 6.214 de 26 de setembro de 2007 incluindo o parágrafo 5º no artigo 15 para estabelecer o critério da renda *per capita* familiar mensal.

Assim, por falta de uma legislação capaz de alterar os pressupostos legais exigidos na atual legislação, notadamente, na contramão do entendimento doutrinário e jurisprudencial segue o INSS aplicando o critério da renda familiar estabelecidas nas Instruções Normativas e Portaria conjuntas, motivo pelo qual, há considerável aumento das demandas no Poder Judiciário que transformam esta Justiça Especializada quase que em uma extensão do balcão de atendimento da Autarquia. (DOS SANTOS, 2013, p.155)

A proteção da dignidade da pessoa humana, inculcado como princípio fundamental no artigo 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, é considerado alicerce e fonte de todos os direitos fundamentais, portanto, deve ser a luz norteadora da ordem social e política de um Estado Democrático de Direito.



Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Valdir dos Santos Pio dissertaram, em artigo publicado pela Revista Mestrado em Direito da Edifio, sobre os aspectos históricos e atuais quanto a positivação dos direitos fundamentais, destacam que:

O constitucionalismo pode ser identificado em quatro modelos, em que o primeiro corresponde às declarações de direito que antecederam às próprias constituições dos Estados, citando por exemplo o caso da França, cuja Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, precede a constituição de 1791. O segundo modelo é caracterizado pela sucessão das declarações às constituições dos Estados, citando como exemplo o que ocorreu nos Estados Unidos da América, na ocasião da sua fundação, em que a Constituição é de 1787, a qual não afirmou, inicialmente, no seu contexto constitucional a declaração de direitos, mas esta veio a ser posteriormente, em 1791, com a aprovação das dez primeiras emendas à Constituição. O terceiro modelo, já no século XIX, é caracterizado em razão da declaração, a proclamação ou positivação dos direitos passar a integrar os textos constitucionais em forma de tópicos, ainda sob a ótica do Iluminismo do século XVIII, voltados aos direitos individuais, a exemplo das Constituições do Uruguai de 1830, Argentina 1853. No qual o modelo, que representa um desdobramento do anterior, verificado a partir do século XX, a característica está no fato de que as declarações de direitos vão se constituir como títulos ou capítulos iniciais ou mesmo preambulares das constituições a nortear a atuação e organização dos Poderes do Estado, com vista à consagração dos direitos, liberdades e garantias da pessoa humana positivados na carta política (FERRAZ, 2012, pp.251/252)

O envelhecimento e incapacidade física, intelectual e sensorial é direito personalíssimo, devem ser interpretados de maneira extensiva e, em conjunto com o vasto ordenamento jurídico pátrio que permitam a proteção, a igualdade, o acesso, a inclusão e assistência a este grupo de desamparados, ou seja, deve o operador do direito interpretar o conjunto de direitos positivados como instrumento capaz tutelar à dignidade e propiciar o mínimo de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2000, p.39)

O maior desafio que se apresenta nos dias de hoje, não é fundamentar os direitos intrínsecos ao ser humano, e sim de protegê-los.(BOBBIO, 2006, p.25) Trata-se de segurança humana, conceito amplamente consolidado no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) que elegeu sete componentes centrais (Segurança Econômica, Segurança Alimentar, Segurança Saúde, Segurança Ambiental, Segurança Cidadã, Segurança Comunitária, Segurança Política Jurídica), que se interligam e viabilizam o desenvolvimento e enriquecimento de indivíduos como pessoa. (OLIVEIRA, 2018, pp.131/133)

Este componentes devem ser norteadores na garantia dos direitos fundamentais, portanto, o critério da renda *per capita*, a Luz destes componentes, deve permitir ao necessitado capacidade de subsidiar alimentos, saúde e outros elementos fundamentais na



garantia da sua sobrevivência e do seu bem estar social como o mínimo de dignidade, ou seja, Segurança Humana. (OLIVEIRA, 2018, p.134)

Nesse sentido, a ONU – Organização das Nações Unidas definiu Segurança Humana como a proteção contra ameaças sistêmicas que podem atingir o cerne de todas as vidas humanas, cabendo ao Estado o ônus de fomentar tais condições por meio de políticas públicas (OLIVEIRA, 2018, pp.135).

CONCLUSÃO.

Concluimos que os procedimentos adotados pela Previdência Social na análise dos requisitos previsto na Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, para concessão do Benefício de Prestação Continuada, embora fundamentada na lei ordinária, não se coadunam aos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana.

Os Direitos Fundamentais e a Segurança Humana devem pautar o ônus estatal de prestar a assistência social à aqueles que estão mais vulneráveis e suscetíveis aos malgrados que a vida lhes reserva.

A Carta Magna positivou a proteção ao idoso e ao deficiente (físico e mental), portanto, ao legislador infraconstitucional coube a missão de regulamentar os procedimentos que viabilizem a concessão de tais amparos assistências.

Em um Estado Democrático de Direito, cujo ordenamento jurídico tem seu aprimoramento no reconhecimento da igualdade, fraternidade, no exercício dos direitos sociais individuais, no desenvolvimento da harmonia social e na busca de uma sociedade mais justa, é essencial que critérios rígidos e ampliados como o da renda *per capita* sejam cada vez mais flexibilizados sob a Luz dos Direitos Humanos Fundamentais.

O tratamento igualitário, digno da pessoa humana concernentes a verificação da miserabilidade ou estado de vulnerabilidade não está atrelado a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma legal. Cabe ao operador do direito aplicar a hermenêutica Constitucional ao caso concreto, ou seja, o operador do direito deve se pautar pelos princípios fundamentais humanos e, levar em conta o objetivo que o legislador buscou atender quando positivou a norma.

Dessa forma, não há outro meio de se analisar o critério da renda *per capita* senão pela ótica da situação fática do jurisdicionado aferindo o grau de sua vulnerabilidade social, ou seja, para concessão do benefício de prestação continuada é fundamental a análise mais extensiva dos fatores subjetivos do hipossuficiente tais como: idade, nível de escolaridade,



profissão, local da residência, além de outros fatores socioeconômicos e culturais que resultam na sua incapacidade social valorizando, acima de tudo, a Dignidade Humana.

Como um dia mencionou Émile Durkheim: “É preciso sentir a necessidade da experiência, da observação, ou seja, a necessidade de sair de nós próprios para aceder à escola das coisas, se as queremos conhecer e compreender”.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico. Direito Previdenciário. 7 ed. Salvador. JusPODIVM.2015.
- BBC. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2018.
- BIBLIA SAGRADA, Nova Versão Internacional. 14 ed. São Paulo: Vida Nova, 2010.
- BOBBIO, Norberto. Era dos Direitos. Campus. Rio de Janeiro:2006.
- BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 de Fev.de 2018.
- BRASIL. Decreto 8.805/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 E 24 de Fev. de 2018.
- BRASIL. Lei 12.435/2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 10 de Fev. de 2018.
- BRASIL. Lei 8.742/1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 19 E 20 de Fev. de 2018.
- CARIOLA VIANA, Waleska, Capítulo VII Da Previdência Social (artigos 29 a 32). *In FERRAZ, Ana Cândida da Cunha; BAPTISTA, Fernando Pavan; PINTO FILHO, Arioaldo de Souza*. Comentários ao Estatuto do Idoso: efetivação legislativa, administrativa e jurisdicional. Osasco: Edifício, 2015.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista Manual de Direito Previdenciário. 20 ed. Rio De Janeiro: Forense, 2017.
- DOS SANTOS, Marisa Ferreira, Direito Previdenciário Esquemático. 3ed. São Paulo: Saraiva. 2013.
- FERRAZ, ANNA Candida da Cunha; PIO, Valdir dos Santos. O direito à saúde como direito fundamental social e sua concretização. Revista Mestrado em Direito. Edifício; Osasco: 2012.
- GOES, Hugo. Manual de Direito Previdenciário.11ed. Rio de Janeiro. Ferreira. 2016.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte, Curso de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Impetus.2015.
- KERTZAMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário. 12 ed. Salvador: JusPODIVM.2015.



KELLY, Paul. O Livro da Política, São Paulo. Globo Livros, 1 ed., São Paulo: 2013.

LAZZARI, João Batista, Manual de Direito Previdenciário. 20 ed. FORENSE: Rio de Janeiro: 2017.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. Atlas, 3.ed. São Paulo: 2000.

OIT. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/>- Acesso em: 14 de fevereiro de 2018.

OLIVEIRA, Edmundo. O Universo da Segurança Humana. Coplad- Ilanud Publication. San José – Costa Rica: 2018.

TNU- Súmula nº 79. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/> - Acesso em 27/02/2018.