

ESTHÉR RODRIGUES DE ASSUMPÇÃO

**A LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO FUNDAMENTO DE MISERABILIDADE
À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E O
DESCUMPRIMENTO DOS DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS**

TEÓFILO OTONI - MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2015

ESTHÉR RODRIGUES DE ASSUMPÇÃO

**A LIMITAÇÃO IMPOSTA PELO FUNDAMENTO DE MISERABILIDADE
À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E O
DESCUMPRIMENTO DOS DIREITOS E GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de Concentração: Direito Previdenciário.
Orientadora: Prof. Vanusa Chaves.

TEÓFILO OTONI - MG
FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI
2015



FACULDADES UNIFICADAS DE TEÓFILO OTONI

NÚCLEO DE TCC / CURSO DE DIREITO

Reconhecido pela Portaria 321 de 28/12/2012 - MEC

FOLHA DE APROVAÇÃO

A monografia intitulada: *A limitação imposta pelo fundamento de miserabilidade à concessão do benefício de prestação continuada e o descumprimento dos direitos e garantias constitucionais,*

elaborada pela aluna Esther Rodrigues de Assumpção,

foi aprovada por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito das Faculdades Unificadas de Teófilo Otoni, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Teófilo Otoni, 26 de novembro de 2015



Professora Orientadora: Vanusa Soares Chaves
em Banca substituída pelo Prof. Guilherme Fernandes Guimarães, que assina



Professor Examinador: Gláuber Ferrz



Professora Examinadora: Hazel Ena do Socorro Santos

Dedico este trabalho à minha família, sobretudo aos meus pais Clemente e Elizete, que estiveram sempre presentes me apoiando e me incentivando a alcançar meus objetivos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, que me iluminou em todos os caminhos, orientando-me em qual direção seguir.

Aos meus pais, Clemente e Elizete, pelo apoio, incentivo, compreensão, amor e por um dia terem acreditado em mim e me proporcionado à chance de realizar os meus sonhos. Amo muito vocês!

A minha irmã, Rayssa, pelo carinho e principalmente pelo companheirismo, sempre estando ao meu lado quando precisei.

A minha orientadora Vanusa Chaves, pela paciência, dedicação e sabedoria que muito me auxiliou para a conclusão deste trabalho.

Às preciosas amigas da faculdade: Mirian e Luciana, obrigada pela amizade de muitos anos.

“O longo voo das aves no inverno ultrapassa todas as dificuldades, porque as aves conhecem seu destino.”

Mahatma Ghandi

RESUMO

A presente monografia está concentrada na área de Direito Previdenciário, o título refere se “A Limitação imposta pelo fundamento de miserabilidade à concessão do benefício de prestação continuada e o descumprimento dos direitos e garantias constitucionais”, a metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica, onde utilizou se a consulta à legislação específica do tema, jurisprudências e o parecer de doutrinadores, tendo como objetivo fundamental abordar o Benefício de Prestação Continuada, instituída pela Lei nº 8742 de 7 de dezembro de 1993 , conhecida popularmente como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e definir quais são os requisitos utilizados para a concessão do benefício , assim como analisar os requisitos de concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, instituídos pela LOAS ,que restringiram o alcance do benefício previsto no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988. Desse modo fica demonstrado que o critério de miserabilidade no se faz eficaz, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Requisito da Miserabilidade; Benefício de Prestação Continuada; Idoso; Pessoa com deficiência; Lei Orgânica da Assistência Social.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	11
1.1 BREVE HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA.....	11
1.2 CONCEITO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	13
1.3 OBJETIVOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	16
2 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.....	18
2.1 CONCEITOS E REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO.....	18
2.2 CESSAÇÃO DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO.....	21
2.3 BREVE HISTÓRICO SOBRE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO IDOSO.....	21
2.4 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO DEFICIENTE.....	23
3 O IDOSO NA SOCIEDADE ATUAL.....	26
3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO.....	26
3.2 O IDOSO NA COMPOSIÇÃO FAMILIAR.....	28
4 OS PRINCÍPIOS E O CRITÉRIO DE MISERABILIDADE.....	30
4.1 A PROTEÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.....	30
4.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	31
4.3 O CRITÉRIO DE MISERABILIDADE PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO	

DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.....	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	39
REFERÊNCIAS.....	41

INTRODUÇÃO

A presente monografia aborda o tema “A limitação imposta pelo fundamento de miserabilidade à concessão do benefício de prestação continuada e o descumprimento dos direitos e garantias constitucionais”, tendo como alvo analisar o Benefício Assistencial, conhecido popularmente como o Benefício da Prestação Continuada, concentrando-se na área de Direito Previdenciário. Para obter o resultado descrito, a metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, onde se utilizou-se a consulta à legislação específica do tema, jurisprudências e o parecer de doutrinadores.

O Benefício da Prestação Continuada está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 203, inciso V onde refere que a assistência social será prestada a quem necessitar garantindo-lhe um salário mínimo de benefício, e na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) Lei nº 8.742/93.

O Benefício da Prestação Continuada é um Benefício Assistencial de caráter não contributivo.

Conforme a Constituição Federal de 1988, todas as pessoas em situação de necessidade, possui o direito a assistência social.

Hoje vivemos em uma sociedade onde é flagrante o desrespeito à dignidade da pessoa humana, às profundas desigualdades sociais, nas quais a dessemelhança prevalece de forma injusta e a maior parte da população é de baixa renda, não tendo acesso à educação, à saúde, à moradia, etc.

Desse modo, o Benefício Assistencial foi criado com o intuito de ajudar as pessoas hipossuficientes a terem suas necessidades básicas satisfeitas, garantindo assim, que as mesmas possam ter uma vida mais digna.

Um dos critérios para que seja concedido o Benefício de Prestação Continuada é o requisito econômico previsto no artigo 20, §3º da Lei Orgânica da Assistência Social, o qual se refere à renda *per capita* da família que deve ser inferior a ¼ do salário mínimo. Muito se discute sobre esse critério e dentro dessa discussão, destaca-se a afirmativa de Pedro Lenza o qual diz que o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o critério econômico, mesmo assim o INSS insiste em aplicá-lo.

Desse modo, tem-se o seguinte problema: O critério de miserabilidade estabelecido pelo artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/93, atende aos princípios norteadores da assistência social?

A Presente monografia encontra-se dividida em quatro capítulos. O primeiro capítulo aborda um breve estudo sobre o histórico, conceitos e objetivos da assistência social.

O segundo capítulo refere-se aos conceitos, requisitos e cessação ao Benefício da Prestação Continuada ao idoso e ao deficiente.

O terceiro capítulo destaca o idoso e os seus direitos fundamentais.

O quarto capítulo diz respeito ao critério de miserabilidade para a concessão do Benefício de Prestação Continuada e a proteção dos princípios constitucionais.

Por fim, será abordada uma possível solução ao problema mencionado, visando atender às necessidades básicas dos necessitados.

1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL

1.1 BREVE HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

As primeiras formas de proteção social Brasileira tinham um caráter beneficente. A assistência social era voltada para a proteção dos necessitados, havia muitas desigualdades sociais e pobreza, dessa maneira, a assistência social era constituída excepcionalmente na caridade desempenhada pela sociedade que dava ajuda aos necessitados através das agremiações religiosas.

Conforme comenta Pedro Lenza (2013, p.27):

A assistência social no Brasil tem sua origem histórica fundada na caridade e muitas das vezes, dirigida pela Igreja, pois em vários momentos de necessidades, as pessoas acudiam-se da solidariedade religiosa dos demais membros da sociedade.

Foi através da forte influência da Igreja Católica que a assistência social surgiu. Nessa época, a igreja passou a ajudar as pessoas necessitadas por meio da caridade. “Na Idade Média, a intensa influência da religião, através do princípio da fraternidade, incentivou à prática assistencial com a difusão das confrarias que apoiavam as viúvas, os órfãos, os velhos e os doentes” (CARVALHO, 2006, p. 15).

Nos estados liberais, a proteção estatal se dava especialmente através de tímidas medidas assistencialistas aos pobres, que figuravam mais como liberalidades governamentais do que como direito subjetivo do povo; uma postura típica da época (AMADO, 2015, p.40).

Nessa fase, não havia direito subjetivo do necessitado à proteção social, era mera expectativa de direito, uma vez que o auxílio da comunidade ficava condicionado à existência de recursos destinados à caridade (LENZA, 2013, p.27).

Com o passar do tempo, as desigualdades sociais, a miséria e a pobreza foram aumentando e a igreja passa a não dar conta de ajudar todas as pessoas necessitadas, sendo assim, fez-se essencial a intervenção do Estado.

Conforme comenta Frederico Amado (2015, p.40):

Com o advento do estado providência, de meras liberalidades estatais, as medidas de assistência social passaram à categoria de mais um dever governamental, pois o Poder Público passou a obrigar-se a prestá-las a quem delas necessitar.

Com o aumento das necessidades sociais foi necessário a desvinculação entre o auxílio ao necessitado e a caridade, surge na Inglaterra no século XVII o *Act of Relief of the Poor*- Lei dos Pobres. A lei reconheceu que cabia ao Estado amparar os comprovadamente necessitados. Desse modo surge a assistência social (LENZA, 2013, p.27). “A Lei dos Pobres, nascida na Inglaterra, em 1601, originou a primeira disciplina jurídica da assistência social ao criar o dever estatal aos necessitados” (AMADO, 2015, p.40).

Em termos de legislação Brasileira, a doutrina majoritária avalia como marco inicial da previdência social a publicação do Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro, de 1923, mais conhecida como Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de aposentadoria e pensões nas empresas de estradas de ferro existentes, mediante contribuições dos trabalhadores, das empresas do ramo e do Estado, assegurando aposentadoria aos trabalhadores e pensão a seus dependentes em caso de morte do segurado, além de assistência médica e diminuição do custo de medicamentos. Entretanto, o regime das “caixas” era ainda pouco abrangente, e, como era estabelecido por empresa, o número de contribuintes foi, por vezes, insuficiente. Em matéria de assistência social foi criada a Legião Brasileira de Assistência - LBA, em 1942, através do Decreto-lei nº 4.890/42 (CASTRO; LAZZARI, 2010, p.69).

A constituição Federal de 1988 representa um divisor de águas no que se refere aos direitos da cidadania, sendo um marco fundamental para a assistência social, que em seu artigo previu os direitos essenciais a ela. “A Constituição Brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país” (PIOVESAN, 2009, p. 196).

Sendo assim, na Constituição Federal de 1988, a assistência social vem prevista nos artigos 203 e 204, destacando-se, em termos infraconstitucionais, a Lei 8.742/93 (LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social).

A Lei orgânica de assistência social garante ao cidadão o direito a assistência e define ser dever do Estado prestá-la ao cidadão. Conforme prescreve o artigo 1.º da Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993, do seguinte modo:

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.

A assistência Social constitui um meio fundamental para a sobrevivência de muitas pessoas necessitadas, sendo assim, conclui-se que a assistência social compõe “como estratégia essencial no combate à pobreza, à discriminação, às vulnerabilidades e à subalternidade econômica, cultural e política em que vive a maior parte da população brasileira” (YASBEK, 2008, p. 20-21).

1.2 CONCEITO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social surge com o fundamento de combater as injustiças sociais, tendo previsão legal no artigo 203 caput da Constituição Federal de 1988 na

qual aduz “será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”.

A assistência social deverá promover a inclusão do beneficiário na sociedade, fazendo com que, a partir do pagamento do benefício, a vida do beneficiário possa ser melhor.

A assistência social foi concebida com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais existentes na população, com o intuito de acabar com a miséria e garantir uma melhor qualidade de vida para as pessoas que não possuem condições de se manterem. Segundo Hugo Goes (2011, p.8): “a seguridade social irá tratar dos hipossuficientes, destinando pequenos benefícios às pessoas que nunca contribuíram para o sistema”.

A assistência social para a Constituição Federal é um instrumento de mudança social e não simplesmente assistencialista, pois promove a integração e a inclusão do beneficiário na vida comunitária. O artigo 203 da Constituição Federal de 1988 foi regulamentado pela lei nº 8.742, de 07.12.1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), alterado pela lei nº 12.435, de 06.07.2011, que conceituou a assistência social como Política de Seguridade Social não contributiva. Sendo assim Pedro Lenza (2013, p.117) afirma que:

A assistência social provê os mínimos sociais, realizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. Isso significa que deve garantir ao assistido o necessário para a sua existência com dignidade.

É possível definir a assistência social segundo Frederico Amado (2015, p.42):

como as medidas públicas (dever estatal) ou privadas a serem prestadas a quem delas precisar, para o atendimento das necessidades humanas essenciais, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social, quando este não puder ser aplicado ou se mostrar insuficiente para a consecução da dignidade humana.

Fábio Zambitte Ibrahim também conceitua (2015, p. 12) assistência social:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar (art.203 da CRFB/88), ou seja, àquelas pessoas que não possuem condições de manutenção própria. Assim como a saúde, independe de contribuição direta do beneficiário. O requisito para o auxílio assistencial é a necessidade do assistido.

O conceito da assistência social também pode ser extraído da própria lei (lei nº 8.742/93) a qual a define:

Lei 8.742/92 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 atendimento às necessidades básicas.

O conceito de assistência social, também pode ser retirado do art. 4º da Lei nº 8.212/91, dispõe que:

Art. 4º: A assistência social é política social que prevê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à seguridade social.

Sérgio Martins (2010, p.478) também conceitua a assistência social:

Como um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinados a estabelecer a política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando a concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.

A assistência social foi criada com o alvo de diminuir as desigualdades sociais existentes entre a sociedade e garantir que as pessoas necessitadas possam viver com o mínimo existencial.

Desse modo, conclui-se que a assistência social nasce para garantir uma melhor qualidade de vida para as pessoas mais necessitadas, passa a existir para reduzir as desigualdades sociais e regionais, porque se destina a combater a pobreza, a criar as condições para atender contingências sociais e a universalização dos direitos sociais (LENZA, 2013, p.119).

1.3 OBJETIVOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Um dos objetivos principais da Assistência Social é proteger as pessoas que não possuem condições de se manterem. A assistência social foi criada para amparar as pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade social. Desse modo, no artigo 203, da Constituição Federal de 1988, estão enumerados os objetivos da assistência social:

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

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e realização 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 possuírem meios de prover a própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família. (BRASIL, 2015).

Incumbe falar que os objetivos do artigo 203, da Constituição Federal de 1988 estão organizados também no artigo 2º, inciso alínea “e” da Lei Orgânica da Assistência social, nº 8.742/93.

A Assistência Social tem como objetivo garantir a sobrevivência das pessoas mais frágeis da sociedade, garantindo o recebimento de um salário mínimo, para que essas pessoas possam sobreviver com dignidade. Segundo a autora Marisa Ferreira (2011, p.225):

pelos objetivos, conclui-se que a Assistência Social não é, na verdade, meramente assistencialista, porque não se destina apenas a dar socorro provisório e momentâneo ao necessitado, mas sim amparar todas as pessoas que se encontram em situação de necessidades.

Os objetivos da Assistência Social podem ser divididos, de acordo com Pedro Lenza (2013, p.117-118), em: “proteção social, com vistas à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos; vigilância socioassistencial; e defesa de direitos”.

Na sociedade Brasileira, existem muitos cidadãos que não trabalham, sendo assim, esses cidadãos não possuem condições financeiras de pagar a Previdência Social, ficando o Estado com a responsabilidade de garantir a Assistência Social aos desamparados.

Conforme cita Fábio Ibrahim (2015, p.13):

O segmento assistencial da seguridade tem como propósito nuclear preencher as lacunas deixadas pela previdência social, a que está, como se verá, não é extensiva a todo e qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem para o sistema, além de seus dependentes.

2. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

2.1 CONCEITOS E REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

O Benefício de Prestação Continuada foi criado pela Lei Orgânica da Assistência Social que regulamentou o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, conforme citado:

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 possuírem meios de prover a própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Lei Orgânica da Assistência Social foi modificada pela lei 12.435 de 06/07/2011 e pela lei 12.470 de 31/08/2011, que alteram os dispositivos da lei, sendo assim, definiu a Assistência Social como:

Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (LENZA, 2013, p 117).

A lei orgânica da Assistência Social no artigo 20, caput, definiu o benefício de prestação continuada como: “a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com

deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que comprovem não possuírem meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família”.

O Benefício de Prestação Continuada não é um benefício previdenciário, apesar de seu pagamento ser feito pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), como afirma Ibrahim (2015, p.17):

não é benefício previdenciário devido à sua lógica de funcionamento: não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessitado. Veio substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial. Ainda hoje esta prestação é frequentemente denominada ainda de renda mensal vitalícia ou amparo assistencial.

Logo, o pagamento do Benefício de Prestação Continuada ao idoso e a pessoa com deficiência, pago pelo Estado ao necessitado sem contribuição, é de certa forma uma maneira de proporcionar a igualdade entre as pessoas no sentido de proteção à dignidade da pessoa humana.

O Benefício de Prestação Continuada foi regulamentado pelos artigos 20 e 21, da Lei Orgânica da Assistência Social de modo que para a anuência do benefício, alguns requisitos são fundamentais.

Assim prescreve o artigo 20 da lei nº 8.742/93:

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

§ 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.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se:

I - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.

II - impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

§ 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.

O benefício de prestação continuada não poderá ser acumulado com qualquer outro benefício da Previdência Social ou de qualquer outro regime, exceto o da assistência médica e no caso de recebimento de pensão especial de natureza indenizatória. No benefício de prestação continuada o idoso e a pessoa com deficiência não contribuem para a previdência, e, por isso, não dependem de cumprimento de carência para o recebimento do salário mínimo (LENZA, 2013, p.133).

O benefício de prestação continuada é um benefício destinado aos idosos e às pessoas com deficiência, possuindo caráter personalíssimo e intransferível. O Benefício não gera direito ao 13º salário. Assim prescreve o artigo 23 do decreto nº 6.214/2007: “O Benefício de Prestação Continuada é intransferível, não gerando direito à pensão por morte aos herdeiros ou sucessores”.

Os benefícios da Assistência Social são destinados, aos brasileiros natos e aos estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não estejam amparados pelo sistema previdenciário do país de origem (KERTZMAN, 2010, p.454).

O Benefício da Prestação Continuada não é aposentadoria, pois o beneficiário (idoso ou a pessoa com deficiência), não contribuiu para a previdência social.

2.2 CESSAÇÃO DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO

A pessoa idosa ou com deficiência terá o seu pagamento interrompido, segundo Fábio Ibrahim (2015, p.19) quando apresentarem as seguintes condições:

I-superação das condições que lhe deram origem;
II - morte do beneficiário;
III- morte presumida do beneficiário, declarada em juízo;
IV- ausência declarada do beneficiário, na forma da lei civil;
V- falta de comparecimento do beneficiário portador com deficiência ao exame médico pericial, por ocasião de revisão de benefício;
VI-falta de apresentação pelo idoso ou pela pessoa portadora de deficiência da declaração de composição do grupo e renda familiar por ocasião de revisão de benefício.

A pessoa idosa ou deficiente terá o seu benefício extinto quando houver verificado qualquer irregularidade na sua concessão. O benefício será revisto a cada dois anos, para averiguar se o beneficiário (idoso ou a pessoa com deficiência) permanece com a mesma renda *per capita* familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, e para a pessoa com deficiência, além da renda se ainda continua impossibilitado para vida e para o trabalho. Conforme demonstrado no artigo 21 caput da lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742/93: “o benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem”.

Uma vez cancelado o benefício de prestação continuada, nada impede que nova concessão do benefício seja feito, conforme Frederico Amado (2015, p.54) afirma: “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”.

O Benefício da Prestação Continuada em nenhum momento poderá ser transferido para outra pessoa, mesmo que seja da mesma família.

2.3 BREVE HISTÓRICO SOBRE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

AO IDOSO

De acordo com o artigo 20, da Lei Orgânica da Assistência Social, é requisito para a concessão do benefício, a idade do idoso. A pessoa que possua deficiência

física ou intelectual, independente da idade, porém ambos têm que comprovar não possuem meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

A idade para fazer jus ao benefício de prestação continuada ao idoso já foi objeto de alterações, conforme comenta Fábio Ibrahim (2015, p.18):

I - No período de 1º de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997, vigência da redação original do art.38 da lei nº8742, de 1993, a idade mínima para o idoso era de 70(setenta) anos;

II – No período de 1º de janeiro de 1998 a 31 de dezembro de 2003, a idade mínima para o idoso passou a ser de 67 (sessenta e sete anos), em razão da lei nº9.720/98;

III – A partir de 1º de janeiro de 2004, com o Estatuto do Idoso (art.34 c/c art. 118, ambos da lei nº10. 741/03), a idade passou para 65 (sessenta e cinco) anos. Apesar da lei nº10.741/03 fixar a idade de 60 anos como paradigma para a qualificação da pessoa como idosa, o benefício assistencial restou limitado aos idosos necessitados com mais de 65 anos.

Com a promulgação do Estatuto do Idoso, lei nº 10.741/2003, ficou determinado, no seu artigo 1º, a faixa etária para fins de aplicação do atual diploma: “é instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

Contudo no próprio Estatuto do Idoso, lei nº 10.741/2003 no capítulo VIII, que trata da assistência social, passou a vigorar como condição etária, a idade mínima de 65 anos, para a concessão do benefício nos termos do art. 34:

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.

Após a vigência do Estatuto do idoso, lei nº 10.741/2003, a idade foi modificada para 65 anos. A lei nº 12.435/2011 alterou o art.20, daquela lei que

passou a aceitar a idade de 65 da pessoa idosa, para fazer jus ao benefício de prestação continuada. (LENZA, 2013, p.127).

A diminuição da idade para fazer jus ao benefício foi modificada de 70 anos para 65 anos justamente para que o benefício fosse ampliado ao maior número de pessoas idosas necessitadas.

De acordo com Pedro Lenza (2013, p.133) para o idoso ou pessoas com deficiência solicitarem o benefício de prestação continuada, não é necessária a interdição judicial. O artigo 35 caput do Decreto nº 6.214/07 dispõe que:

Art. 35. O benefício devido ao beneficiário incapaz será pago ao cônjuge, pai, mãe, tutor ou curador, admitindo-se, na sua falta, e por período não superior a seis meses, o pagamento a herdeiro necessário, mediante termo de compromisso firmado no ato do recebimento.

2.4 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO DEFICIENTE

O artigo 20 da Lei Orgânica de Assistência Social lei nº 8.742/93 no § 2º da redação original, conceituava a pessoa com deficiência como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Esse conceito não era bem explicado porque confundia deficiência com incapacidade (LENZA, 2013, p.124).

Eis o magistério de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero *apud* Marisa Ferreira dos Santos que também critica o antigo conceito legal de deficiência:

Fez muito mal, pois definiu pessoa com deficiência, para efeito deste benefício, como *aque/a* incapacitada para a vida independente e para o trabalho (art. 20, §2º). Tal definição choca-se, frontalmente, com todo o movimento mundial pela inclusão da pessoa com deficiência. Num momento em que se procura ressaltar os potenciais e as capacidade da pessoa com deficiência, por esta lei, ela deve demonstrar exatamente o contrário. (...) Muitos pais acabam impedindo seus filhos com deficiência de estudar e de se qualificar, justamente para não perderem o direito a esse salário mínimo. (FÁVERO *apud* SANTOS, 2011, p. 229).

O constituinte de 1988 procurou dar proteção às pessoas com deficiências físicas e psíquicas que tinham dificuldades de colocação no mercado de trabalho e de integração na vida da comunidade. Não tratou de incapacidade para o trabalho, mas sim, de ausência de meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida pela família, situações que não são sinônimas (LENZA, 2013, p.125).

De acordo com a súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais: “para os efeitos do art.20,§ 2º, da Lei nº8742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também que a impossibilita de prover seu próprio sustento” (LENZA, 2013, p.126).

O artigo 20, da LOAS foi mudado pela lei nº12.435/2011e dias posteriores pela Lei nº 12.470/2011 ,ficando alterado o § 2º .Surge uma nova definição sobre o significado de deficiência. A nova definição de deficiência deixou de considerar a incapacidade pura e simples para o trabalho e para a vida independente (LENZA, 2013, p.126).

O novo conceito de deficiência:

§ 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. (Redação dada pela Lei nº12.470, de 2011).

§ 10. 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 nº12.470 de 2011).

A nova definição de deficiência foi criada para que acabasse com as polêmicas surgidas em relação a conceder ou não, o benefício de prestação continuada às pessoas portadoras de uma deficiência que não seja permanente.

O novo conceito considera que deficiente é aquela pessoa que tenha um impedimento de longo prazo que devem ter duração mínima de dois anos. Isso quer dizer que se o prognóstico médico for de impedimento por período inferior, não

estará configurada a condição de pessoa com deficiência para fins de benefício de prestação continuada (Lenza, 2013, p.126).

3. O IDOSO NA SOCIEDADE ATUAL

3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO IDOSO

A população de pessoas idosas a cada ano que passa aumenta, portanto o legislador buscou criar uma lei específica, qual seja o Estatuto do idoso, lei nº 10.741 promulgada no dia 1º de outubro de 2003, e tem como intuito proteger os direitos básicos dos idosos, garantindo-lhes o mínimo de respeito e dignidade.

Conforme afirma o artigo 2º do Estatuto do Idoso, lei nº10.741/03, que todos os idosos possuem direito à proteção:

Art.2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

O idoso goza de todos os direitos fundamentais, independente de cor, raça origem, e de quaisquer outras formas de discriminação, deixando claro, que esses direitos são essenciais para que o idoso possa ter uma vida digna.

Ressalte ainda o ensinamento contido no parágrafo 4º, do Estatuto do idoso, o qual adverte ser vedado qualquer tipo de abuso, maldade ou discriminação contra o idoso.

Envelhecer faz parte da vida das pessoas, sendo um processo natural, portanto, o Estatuto do idoso, em seu artigo 8º, conceitua envelhecimento como um direito personalíssimo do ser humano, e o artigo 9º atribui ao Estado o dever de proporcionar uma vida digna aos idosos.

Desse modo conclui-se que envelhecer com dignidade é ter o idoso todos os seus direitos previstos no Estatuto do Idoso protegidos.

Na atual sociedade, a velhice é um acontecimento cada vez mais comum e crescente, existindo vários idosos vivendo de forma desumana e sofrendo com a miséria. Desse modo, o conceito de idoso precisa ser visto como um conceito aberto, como afirma Sá (2002, p. 1120):

O idoso é um ser de seu espaço e de seu tempo. É o resultado do seu processo de desenvolvimento, do seu curso de vida. É a expressão das relações e interdependências. Faz parte de uma consciência coletiva, a qual introjeta em seu pensar e em seu agir.

No ordenamento jurídico, o idoso possui amparo na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, onde afirma que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos essenciais do ser humano.

Artigo 1º, da Constituição Federal, de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamento:

III- a dignidade da pessoa humana.

Contudo, é evidente que o idoso necessita de proteção, com muito mais agilidade. Desse modo o Estatuto do Idoso foi criado com o intuito de proteger esses direitos, entre os quais merecem destaque os seguintes artigos da lei nº 10.741/03:

Art. 33. A assistência social aos idosos será prestada, de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes.

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 nº6214, 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.

Art.35. Todas as entidades de longa permanência, ou casa-lar, são obrigadas a firmar contrato de prestação de serviços com a pessoa idosa abrigada.

§ 1º No caso de entidades filantrópicas, ou casa-lar, é facultada a cobrança de participação do idoso no custeio da entidade.

§ 2º O Conselho Municipal do Idoso ou o Conselho Municipal da Assistência Social estabelecerá a forma de participação prevista no § 1º, que não poderá exceder a 70% (setenta por cento) de qualquer benefício previdenciário ou de assistência social percebido pelo idoso.

§ 3º Se a pessoa idosa for incapaz, caberá a seu representante legal firmar o contrato a que se refere o caput deste artigo.

Art. 46. A política de atendimento ao idoso far-se-á por meio do conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O Estatuto do Idoso foi criado para que nele possam existir todos os direitos fundamentais do idoso, e para fortalecer desse modo os direitos já existentes na Constituição Federal de 1988.

O Estatuto do Idoso funciona como um meio de amparo à cidadania das pessoas idosas, funcionando como parte do processo da diminuição das desigualdades sociais e garantindo a proteção dos mesmos.

3.2 O IDOSO NA COMPOSIÇÃO FAMILIAR

Na sociedade brasileira contemporânea, a quantidade de pessoas idosas cresceu significativamente segundo estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): “O Brasil tem 20,6 milhões de idosos. Número que representa 10,8% da população total. A expectativa é que, em 2060, o país tenha 58,4 milhões de pessoas idosas (26,7% do total)”.¹

Na fase da velhice, geralmente muitos idosos já se encontram frágeis, debilitados, doentes. Sendo assim, fica claro que o idoso necessita de proteção com mais agilidade, devendo ser amparado pelo Estado ou pela família. Conforme o artigo 3º do Estatuto do Idoso:

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

¹ A família deve ser o alicerce do idoso protegendo-lhe, conforme determina o artigo 4º do Estatuto do Idoso:

Art.4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. § 1º É dever de todos prevenir a ameaça ou violação aos direitos dos idosos;§ 2º As obrigações previstas nesta Lei não excluem da prevenção outras decorrentes dos princípios por ela adotado.

O fato é que o idoso encontra na sua família o amparo para viver, pois nessa fase da vida, os idosos necessitam de cuidados especiais por estarem debilitadas, mas as famílias, muitas das vezes, não possuem condições financeiras para cuidar dos idosos, sendo assim, essas necessitam de políticas sociais voltadas para os idosos.

¹ Disponível em : < <http://www.agencia.fiocruz.br/brasil-comeca-a-ser-reconhecido-por-politicas-publicas-em-favor-de-idosos>>.

4 OS PRINCÍPIOS E O CRITÉRIO DE MISERABILIDADE

4.1 A PROTEÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

De acordo com o doutrinador Pedro Lenza, vários são os princípios a que se submete a Assistência Social, sendo estes o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; universalidade do atendimento, uniformidade; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio, dos quais merecem destaque, a dignidade da pessoa humana e a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio base de toda a Constituição Federal, de 1988, consagrado no artigo 1º, III.

Desse modo o doutrinador Kildare Gonçalves Carvalho comenta:

A dignidade da pessoa humana, que a Constituição de 1988 inscreve como fundamento do Estado significa não só um reconhecimento do valor do homem em sua dimensão de liberdade, como também de que o próprio Estado se constrói com base nesse princípio. O termo dignidade designa o respeito que merece qualquer pessoa (CARVALHO, 2011, p.30).

No que se refere ao princípio da seletividade, “implica que tais prestações sejam fornecidas apenas a quem realmente necessitar desde que se enquadre nas situações que a lei definir” (KERTZAMAN, 2010, p.50).

Ainda sobre o princípio da seletividade na prestação dos benefícios e serviços “o doutrinador irá selecionar as pessoas destinatárias das prestações da seguridade social conforme a prioridade das necessidades sociais” (AMADO, 2015, p.28).

O princípio da distributividade é melhor aplicável à previdência e a assistência social. Poder Público vale-se da seguridade social para distribuir renda entre a população. Isto porque as contribuições são cobradas de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes. Assim uma vez nos cofres previdenciários, os recursos captados são distribuídos para quem precise de proteção (KERTZMAN, 2010, p.50).

A proteção social tem como finalidade a justiça social e a diminuição das desigualdades sociais. No entanto o legislador necessita escolher as contingências geradoras das necessidades que a seguridade deve garantir dentro da realidade social, isso é seletividade. A distributividade permite que se escolham as pessoas que mais necessitam de proteção (LENZA, 2013, p.40).

4.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é considerado como um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, uma vez que é a base de todos os outros princípios, sendo consagrado na Constituição Federal de 1988, como um dos princípios fundamentais do Estado. O princípio da dignidade da pessoa humana possui previsão legal na Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III:

Artigo 1º da Constituição Federal de 1988: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamento: III- a dignidade da pessoa humana.

A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana Sarlet apud Carvalho comenta:

No âmbito da Constituição Brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana é o fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e

desdobramentos da dignidade da pessoa e que com base nesta é que deve aqueles ser interpretados. (CARVALHO, 2013, p.32).

Nessa ótica, Silva (2006, p.105) afirma que “dignidade da pessoa humana possui uma importância suprema que atrai o conteúdo de todos os outros direitos básicos do homem, desde o direito à vida”.

Todas as pessoas têm o direito de ter uma vida digna, mas infelizmente isso não acontece, pois vivermos em uma sociedade onde as fortunas são mal distribuídas, sendo assim, muitas pessoas vive em estado de pobreza, não possuindo o Mínimo Existencial.

O que é o Mínimo Existencial? Consiste no conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma vida humana digna. Quais seriam os direitos que estão entre o mínimo existencial? Para Ricardo Lobo Torres, não existe um conteúdo determinado, depende da época, da comunidade e do local em estudo. Para a professora Ana Paula de Barcellos, dentro do mínimo existencial estão os seguintes direitos: educação fundamental obrigatória e gratuita (é uma regra imposta ao Estado, cabendo medidas necessárias em caso de não cumprimento), saúde, assistência social (é diferente da previdência social) assistência jurídica gratuita (acesso ao judiciário). No sentido de princípio, a Dignidade da Pessoa Humana relaciona-se a isso, pois não poderemos falar em liberdade de escolha se a pessoa não tiver o que comer, onde dormir, onde trabalhar ou mesmo se estiver doente. Disponível em: <<http://www.colaweb.com/direito/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-os-direitos-fundamentais>>.

O cidadão infelizmente tem o seu direito a uma vida digna violada, pois, muitas das vezes, vive sem as garantias fundamentais necessárias para a sobrevivência, direitos estes protegidos pela nossa Constituição Federal de 1988.

Apesar desse direito não se cumprir por completo, no dia a dia por diferentes motivos, como por exemplo, na Assistência Social, permitindo que muitas das vezes os que mais necessitam vivam sem o mínimo de dignidade, vivendo estes em estado de pobreza.

Segundo Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino (2011, p.95):

A dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil destina desde logo no nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. O Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado, mas sim na pessoa humana.

Desse modo, incumbe ao Estado o dever de respeito e proteção aos direitos fundamentais. Em relação ao dever de respeito às pessoas, o Estado não pode violar os direitos, tem que fazer cumprir esse direito de forma mais abrangente, para alcançar o maior número de pessoas. Relativamente ao dever de proteção, o Estado passa a assumir uma função de custódia não deixando que os direitos sejam violados. O Estado deve proporcionar as condições básicas de sobrevivência (o mínimo vital) (CARVALHO, 2013p. 33).

Confirma esse direito, o doutrinador Kildare Gonçalves, citando a importância do princípio da dignidade da pessoa humana:

A dignidade é um valor que informa toda a ordem jurídica, se assegurados os direitos inerentes à pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem, por isso mesmo, explicitações da dignidade da pessoa, já que em cada direito fundamental há um conteúdo e uma projeção da dignidade da pessoa.

4.3 O CRITÉRIO DE MISERABILIDADE PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

No artigo 20, §3º, da Lei Orgânica da Assistência Social, nº8742/93, está presente o requisito de miserabilidade quando o artigo diz que para fazer jus à concessão do benefício de prestação continuada, o idoso e a pessoa com deficiência, deverão ser incapazes de prover a própria sobrevivência e a renda mensal *per capita* da família deverá ser inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Desse modo, temos como requisito essencial a concessão do Benefício da Prestação Continuada, a condição de miserabilidade que está contida no § 3º, do artigo 20, da Lei Orgânica de Assistência Social (LENZA, 2013, p.127).

Na constituição Federal de 1988, na seção IV da assistência social, no seu artigo 203, III possui o idoso e a pessoa portadora de deficiência a garantia mensal de um salário mínimo para sua sobrevivência desde que não possuam meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O requisito de miserabilidade deve aferir e constatar a necessidade do beneficiário para a concessão do benefício de prestação continuada. Sendo assim, competiu ao decreto nº 6.214, de 26 de setembro, de 2007, definir o critério da *renda per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, como requisito da miserabilidade. Conforme o artigo 4º inciso IV: “família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso: aquela cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo”. (LENZA, 2013, p.130).

O artigo 20, parágrafo 3º, da LOAS e o artigo 4º ,IV do Decreto nº6.214/07 ao definir $\frac{1}{4}$ da renda *per capita* do salário mínimo para fazer jus ao recebimento do benefício de prestação continuada ,feriu o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo o autor Pedro Lenza, pode se extrair do próprio decreto nº 7.617/11, no inciso IV, a definição do que seja a renda mensal bruta familiar:

é a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membro da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões ,pró-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 (Lenza,2013,p.133).

De acordo com o decreto nº 6.214/07, no parágrafo único, do artigo 19, diz que o valor do salário mínimo do benefício de prestação continuada não fará parte da renda mensal bruta.

Assim aduz o artigo 19, parágrafo único, do decreto 6214/07:

O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

Ao definirem o requisito econômico inferior a ¼ do salário mínimo, o legislador violou vários princípios constitucionais. Segundo Pedro Lenza, o artigo 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social é manifestamente inconstitucional.

Segundo o autor não se deve conceder o benefício de prestação continuada observando o critério de miserabilidade, pois fere princípios constitucionais. Deve-se procurar analisar cada caso concreto para poder aferir a necessidade, procurando avaliar os critérios para sua comprovação de forma mais criteriosa uma vez que o INSS ainda insiste em aplicar o critério de *renda per capita*.

Conforme o enunciado do Fórum Nacional dos Juizados Especiais e Federais (FONAJEF) existe outros meios para se comprovar o requisito de miserabilidade:

Enunciado FONAJEF 50 (ALTERADO pelo 4º FONAJEF): Sem prejuízo de outros meios, a comprovação da condição sócio-econômica do autor pode ser feita por laudo técnico confeccionado por assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou através de oitiva de testemunha.

Conforme os julgados do Superior Tribunal de justiça são perfeitamente cabíveis outros meios de prova para a aferição da miserabilidade.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART 105, III ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR

SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF.

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir à necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade, quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/34687/o-novo-entendimento-do-STJ-e-do-stf-acerca-da-analise-do-criterio-economico-para-a-concessao-de-beneficio>.

Atualmente, existem muitas divergências sobre o critério de miserabilidade entre o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) e o STF (Supremo Tribunal Federal) em relação à renda per capita da pessoa se inferior a ¼ do salário mínimo.

O INSS ainda insiste em aplicar o critério de renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo sobre o argumento de que esse é um dos requisitos essenciais para

aferir o critério de miserabilidade, no entanto, esse requisito não resolve a questão da miséria do ser humano.

Muito se discute nos tribunais a respeito dessa problemática, pois existem muitos idosos e deficientes que vivem em estado de necessidade, não possuem condições de sobreviverem, pois os gastos com remédios e alimentação são caros, necessitando o idoso do benefício de prestação continuada no valor de um salário mínimo.

Vale citar o entendimento jurisprudencial do Colendo Tribunal Regional Federal da 4^o Região:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTS. 203 V DA CF/88E20 DA LEI 8.742/93. RENDA MÍNIMA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. VERBA HONORÁRIA. CUSTAS. 1. A concessão do amparo assistencial é devida às pessoas portadoras de deficiências e idosos, mediante a demonstração de não possuírem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Tem entendido esta Corte, na linha de precedente do STJ, que o limite de ¼ do salário mínimo como renda familiar per capita representa apenas um parâmetro objetivo de miserabilidade, podendo ser excedido se o caso concreto assim o justificar. 3. A vida independente de que trata o art. 20, §2º da LOAS deve ser considerada sob a perspectiva da capacidade financeira, tanto que no dispositivo citado do parágrafo anterior foi inserido o conceito -chave "autonomia", a indicar que ao portador de necessidade especial não pode ser exigido que abra mão da sua individualidade para alcançar a mercê em questão, como que devendo depender de forma permanente de terceiros no seu dia-a-dia. 4. A correção monetária deve ser calculada pelo IGP-DI, incidindo a partir da data do vencimento de cada parcela, nos termos dos Enunciados das Súmulas 43 e 148 do STJ. 5. Os juros moratórios são devidos à taxa de 1% ao mês, a contar da citação, na forma dos Enunciados das Súmulas 204 do STJ e 03 do TRF da 4ª Região e precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 6. Os honorários advocatícios, a cargo do INSS, são devidos no patamar de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação deste julgado, excluídas as parcelas vincendas, a teor da Súmula 111 do STJ e conforme entendimento pacificado na Seção Previdenciária deste TRF.

7. O INSS está isento do pagamento de custas quando litiga na Justiça Federal. (TRF4, AC 2002.70.10.001103-1, Quinta Turma, Relator Víctor Luiz dos Santos Laus, DJ 13/07/2005) Disponível: [http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=benef%
c3%8dcio+assistencial+\(amparo+social\)+benef%
c3%8dcio+concedido+administrativamente](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=benef%c3%8dcio+assistencial+(amparo+social)+benef%c3%8dcio+concedido+administrativamente)>

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o critério da renda *per capita* deve ser inferior a ¼ do salário mínimo gera uma presunção absoluta de

miserabilidade, não sendo necessário outro meios de provas ,e, quando a renda do idoso e da pessoa com deficiência ultrapassar $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, que outros meios de prova comprovasse a situação de miserabilidade.

Sendo assim, esse critério de miserabilidade vem sendo inconstitucional para os legisladores e para os doutrinadores, mas o INSS insiste em utilizá-lo. No entanto, faz-se necessária uma flexibilização do critério, para que quando a renda do beneficiário ultrapassar $\frac{1}{4}$ do salário e que ele esteja em situação de vulnerabilidade, que tenha direito ao benefício. Cada caso deverá ser analisado de forma concreta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 conceitua a assistência social como um direito garantindo a todas as pessoas que dela necessitar e sendo uma obrigação do Estado promover o bem estar-social.

O Benefício de Prestação Continuada é a garantia de um salário mínimo ao idoso e a pessoa com deficiência que comprovem não possuir condições de se sustentarem e nem de serem sustentados pela família. O Benefício da Prestação Continuada não se trata de um benefício previdenciário.

De acordo com o parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei Orgânica de Assistência Social, para o idoso e a pessoa deficiente terem direito ao benefício, a sua renda *per capita* tem que ser inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Esse é o requisito utilizado pela LOAS ,para a concessão do benefício.

Ao utilizar o requisito econômico de miserabilidade para a concessão do benefício, violou vários princípios constitucionais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana.

Contudo, recusar de conceder o benefício porque a renda do idoso e da pessoa deficiente ultrapassa a renda *per capita* de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana,

Vale lembrar que o requisito de miserabilidade foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência, no entanto, vem permitindo uma maior flexibilidade do valor da renda *per capita* de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, para não violar o princípio da dignidade da pessoa humana. A jurisprudência tem entendido que a análise nas decisões deverá ser feita caso a caso para que a aferição do critério miserabilidade fosse feita de forma mais ampla, além de mais detalhes do caso concreto.

Sendo assim podemos concluir que para acabar com essa situação de miséria existente na população faz necessário que os legisladores revoguem o requisito de miserabilidade presente no artigo 20, parágrafo 3º, da lei 8742/93, e passe a avaliar e analisar cada caso concreto de acordo com a realidade social em que vivemos e que respeite o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário**. 5. Ed. Salvador: Jus Podivam, 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.742/93**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8742.htm>. Acesso em 20/09/15.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 23/09/15.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. Ed. Rio de Janeiro: Conceito, 2010.

.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 20. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARVALHO, Rogério Tobias de. **Imunidade Tributária e Contribuições para a Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Estatuto do idoso**: lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Brasília, DF: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2004.

GOES, Hugo. **Manual de Direito Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 11.ed.Salvador:Juspodivim,2015.

LENZA, Pedro. **Direito Previdenciário Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. **Apelação Cível 2002.70.001103-1**. Porto Alegre-RS, 2005. Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/busca?beneficio+assistencial+\(amparo+social\)+beneficio+concedido+administrativamente](http://www.jusbrasil.com.br/busca?beneficio+assistencial+(amparo+social)+beneficio+concedido+administrativamente)>.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciárias Sinopses Jurídicas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

YASBEK, Carmelita; SILVA E SILVA, Maria Ozanira da; RAICHELIS, Raquel. **O Sistema Único de Assistência Social no Brasil: uma realidade em movimento**. São Paulo: Cortez, 2010.

Disponível em: <<http://www.brasil.agencia.fiocruz.br//brasil-começa-a-ser-reconhecido-por-politicas-publicas-em-favor-de-idosos>>. Acesso em: 17/10/15.

Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/a-dignidade-da-pessoa-humana-e-os-direitos-fundamentais>> Acesso em 18/10/15.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/34687/o-novo-entendimento-do-stj-e-do-stf-acerca-da-analise-do-criterio-economico-para-a-concessao-de-beneficios>>. Acesso em 18/10/15.