

# BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E A PROBLEMÁTICA ACERCA DO CRITÉRIO DA MISERABILIDADE

José Rodrigues Colonheis<sup>1</sup>

## RESUMO

O tema pesquisado aborda o critério da miserabilidade para fins de concessão do Benefício Assistencial no Brasil, previsto na Constituição Federal de 1988, e regulamentado pela Lei n.º 8.742 de 1993, sendo a sua especificidade a inclusão social dos cidadãos em atividades promovidas pelo Estado, visando dar assistência aos “hipossuficientes”. O amparo no valor de um salário mínimo concedido às pessoas idosas e aos portadores de deficiência propicia a inclusão social e garante a subsistência aos que comprovem possuir renda *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo. Entretanto, ao mesmo tempo em que inclui os excluídos, incentiva o desemprego e/ou a busca desenfreada pelo trabalho informal.

**Palavras-chave:** Benefício Assistencial. Critério de Miserabilidade.

## ABSTRACT

The research subject deals with the misery level in order to grant the Benefit Assistance in Brazil, under the Constitution of 1988, and regulated by Law No. 8742, 1993, and it specifies social inclusion of citizens in activities sponsored by the state, willing to assist the socially disadvantaged ones. The support in the amount of a minimum wage granted to the elderly and the disabled promotes social inclusion and guarantees subsistence for the ones that prove having an income *per capita* of less than  $\frac{1}{4}$  (quarter) of the minimum wage. However, while including the excluded, it fosters unemployment and / or the unbridled quest for casual work.

**Keywords:** Benefit Assistance. Criterion miserability.

---

<sup>1</sup>Bacharel em Direito, Faculdades OPET, Curitiba – PR. Contato: josecolonheis@hotmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais que permeiam todo o nosso ordenamento jurídico, fundamentando o Estado Democrático de Direito brasileiro são frutos da busca incansável do homem na luta para a construção de uma sociedade menos injusta. Os direitos sociais, portanto, ocupam uma posição de destaque no Texto Constitucional.

O Princípio da Dignidade Humana deve ocupar lugar preponderante e sua concretização deve ser uma busca permanente do homem, não podendo estar sujeita a indicadores e variáveis econômicas. A realização da Dignidade Humana é a realização da sociedade como um todo.

Diante disso, o presente trabalho apresentará o Benefício Assistencial, também chamado de Benefício da Prestação Continuada, que fora criado para atender as necessidades básicas daqueles considerados necessitados, tudo isso visando atender o Princípio da Dignidade Humana, em todas as suas vertentes.

Antes da apresentação propriamente dita do tema, será trazido à colação um breve histórico, demonstrando o surgimento desse Benefício e sua real necessidade às pessoas que dele fazem jus.

No decorrer, serão apresentadas as diferenciações de diversos conceitos e critérios que compõem, de uma forma geral, e, integram os fundamentos para que se possa fazer uma correta análise acerca das pessoas que efetivamente são destinatárias desse Benefício, bem como as diferenciações entre o próprio Benefício Assistencial de outros Benefícios Previdenciários, já que aquele não é um benefício pago com os recursos da Previdência, muito embora seja por ela repassado.

Uma diferenciação importante que será trazida na pesquisa, refere-se ao conceito de “deficiência” para o Direito Civil e para o INSS.

Será apresentada, também, a Legislação específica que norteia o Benefício Assistencial, e as Leis que a auxiliam.

Ainda, o trabalho apresentará uma problemática bastante considerável relativamente ao Benefício Assistencial, já que a partir de sua concessão, cria-se a inviabilização do trabalho formal de outros membros componentes do núcleo familiar, vez que surge a possibilidade de cessação do Benefício ao beneficiário, em

razão de um possível excesso no cálculo realizado para fins de análise do critério da miserabilidade.

Finalmente, será abordada uma possível solução ao problema citado, visando atender a questão social, afastando-se os critérios objetivos, para analisar o cidadão, concretamente.

## 2 HISTÓRICO

Inicialmente, cabe destacar a origem da proteção social, para aí então passar a análise acerca do histórico do Benefício Assistencial.

Sabe-se que o Estado liberal tratava o governo como um mal necessário, devendo-se, por isso, restringir-se ao mínimo necessário. As pessoas seriam livres, o sucesso profissional e o bem-estar familiar dependeriam da dedicação e do mérito individuais.

Entretanto, as desigualdades existiam, e as pessoas careciam de igualdade de condições para que então pudessem vislumbrar uma sociedade mais justa.

Vem daí a importância da participação estatal, por meios que propiciassem uma correção ou, ao menos, minimização das desigualdades sociais. Com a adoção de conceitos mais intervencionistas, o Estado mínimo foi trocado pelo Estado que atendia a outras demandas da sociedade, propiciando uma igualdade de oportunidades para todos.

Esses conceitos sociais democratas construíram o Estado do Bem-Estar Social, que visa atender outras demandas da sociedade, como a Previdência Social.

As ações estatais não se limitaram ao campo previdenciário, mas, ao contrário, proporcionaram ações em outros segmentos, como a Saúde e o atendimento a pessoas carentes. É a Seguridade Social no grau máximo de proteção social.

Miguel Horvath Júnior<sup>2</sup> em sua obra *Direito Previdenciário* elenca uma série de acontecimentos que pontuam a evolução da Seguridade Social no século XX, entre os quais destacam-se:

---

<sup>2</sup>HORVATH Júnior, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 19-20.

Em 1917, a promulgação da Constituição do México que, em seu artigo 123, previa o seguro social; em 1919, a promulgação da Constituição de Weimar / Alemanha; também em 1919, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT); em 1935 nos Estados Unidos o Pres. Roosevelt criou a seguridade social com o Social Security Act; entre 1942 e 1944, na Inglaterra o Lord Beveridge criou o projeto de seguridade social (assistência social, saúde e previdência); em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos que em seus artigos 22, 25 e 28 destacam o direito à segurança social e em 1952 a Convenção n° 102 da O.I.T. versando sobre norma mínima para a seguridade social.

Sérgio Pinto Martins<sup>3</sup> na obra *Direito da Seguridade Social*, elenca os avanços mais relevantes da Seguridade Social no Brasil:

Na Constituição de 1824, o art. 179 preconizava a formação dos socorros públicos; a Constituição de 1891, a primeira a conter a expressão “aposentadoria”; em 1923, o Decreto n° 4.682 - “Lei Eloy Chaves” foi a primeira norma a instituir no Brasil a previdência social; a Constituição de 1934, no art. 5º, estabelecia a competência da União para fixar regras de assistência social e no art. 10, os Estados-membros passam a ter a responsabilidade de “cuidar da saúde e assistência públicas e fiscalizar à aplicação de leis sociais”; na Constituição de 1937, a previdência social é disciplinada em apenas duas alíneas do art. 137; na Constituição de 1946, surge pela primeira vez a expressão “previdência social”; em 1960, a Lei n° 3.807 - Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), padronizou o sistema assistencial dando unidade ao sistema de previdência social.

A Constituição Federal de 1988 em função do momento político ímpar que o Brasil atravessava, constitui um marco importante na conquista de direitos sociais ao instituir “o sistema de Seguridade Social”.<sup>4</sup>

Nas palavras de Miguel Horvath Júnior<sup>5</sup> o Brasil “deixou de ser um Estado previdência que garante apenas proteção aos trabalhadores para ser um Estado de Seguridade Social que garante proteção universal à sua população.”

Em 1991, são editadas as Leis n.º 8.212<sup>6</sup>, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui plano de custeio e a Lei n.º 8.213<sup>7</sup>, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social.

A Seguridade Social está associada a medidas assistenciais que visam à proteção das pessoas nas situações de necessidade e envolve a participação do Poder Público e da Sociedade. Desta forma, “através da Seguridade Social o Estado

<sup>3</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 31-32.

<sup>4</sup>HORVATH Júnior, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 39.

<sup>5</sup>*Idem*.

<sup>6</sup>BRASIL. **LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

<sup>7</sup>BRASIL. **LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

fica obrigado a garantir que nenhum de seus cidadãos fique sem ter satisfeitas suas necessidades sociais mínimas.”<sup>8</sup>

O direito da Seguridade Social é definido por Sérgio Pinto Martins<sup>9</sup>, como sendo:

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

Atualmente, no Brasil, entende-se por Seguridade Social o conjunto de ações do Estado, no sentido de atender às necessidades básicas de seu povo nas áreas da Saúde, Assistência Social e Previdência Social.

A Previdência Social, conjuntamente com a Saúde e a Assistência Social, são classificadas como direitos sociais pela Constituição Federal de 1988, de acordo com a redação do Artigo 194 que assim dispõe: “a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência e à Assistência Social.” Por fim, os direitos sociais são enquadrados, usualmente, como direitos fundamentais de segunda geração, devido à natureza coletiva que exercem.

Fazem parte da Seguridade Social, a Saúde, a Previdência e a Assistência Social. Uma das espécies da Assistência Social é o Benefício Assistencial, também chamado de Benefício da Prestação Continuada, instituído pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei n.º 8.742/1993<sup>10</sup>).

A Assistência Social é um conjunto de ações que envolvem toda a sociedade e o Poder Público, devendo ser prestada aos que dela necessitam independentemente de contribuição, com os objetivos definidos no Artigo 203, da CRFB/1988.

Os princípios, fundamentos e objetivos que norteiam a Carta Magna, tais como a solidariedade, a universalidade, a igualdade, a busca pela redução das desigualdades e tantos outros, devem pautar as políticas de Assistência Social.

<sup>8</sup>HORVATH Júnior, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 87.

<sup>9</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 44.

<sup>10</sup>BRASIL. **LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

A Assistência Social é direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva que provê os mínimos sociais. Miguel Horvath Júnior<sup>11</sup> assim apregoa: “[...] Os sujeitos protegidos são todos aqueles que não têm renda para fazer frente a sua própria subsistência, nem família que o ampare.”

A respeito da Saúde, a Constituição Federal, em seu Artigo 196 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e que será garantida mediante políticas sociais e econômicas sendo universal e igualitário o seu acesso às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O entendimento de Sérgio Pinto Martins<sup>12</sup>, é que a Saúde é um “direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, que, por contrapartida, tem o dever de prestá-lo. Está, assim, entre os direitos fundamentais do ser humano.”

A previsão constitucional deve ser interpretada com parcimônia, assim para Sérgio Fernando Moro<sup>13</sup>:

Não é crível, máxime em países em desenvolvimento, que todas as necessidades sociais possam ser imediata e universalmente atendidas. O art. 196 da Constituição brasileira não deve, portanto, ser interpretado no sentido de que outorgaria, por si só, um direito absoluto e imediato à satisfação de qualquer necessidade relativa à saúde. Afinal, não se pode perder de vista que a proteção e a efetivação dos direitos sociais fundamentais, inclusive o da saúde, demandam a adoção de uma política pública complexa. O próprio art. 196 explicita que o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas.

Entre o direito público subjetivo, que é a faculdade ou possibilidade de se exigir o cumprimento por parte do Estado e a garantia mediante políticas sociais e econômicas, a saúde é uma necessidade e como tal deve ser tratada, uma preocupação constante por parte do Estado no desempenho de suas funções.

O Benefício Assistencial corresponde à garantia de um salário mínimo, na forma de Benefício de Prestação Continuada, devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e esta também não possa ser provida por sua família.

<sup>11</sup>HORVATH Júnior, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 94.

<sup>12</sup>MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 481-482.

<sup>13</sup>MORO, Sérgio Fernando. In. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Vol. 1. Direito Previdenciário Constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 287.

De se destacar que no período de 1º de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997, vigência da redação original do Artigo 38 da Lei n.º 8.742/1993<sup>14</sup>, a idade mínima para o idoso fazer jus ao Benefício era de 70 (setenta) anos.

Todavia, 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 n.º 9.720/1998<sup>15</sup>.

A partir de 1º de janeiro de 2004, com o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003), a idade passou a ser de 65 (sessenta e cinco) anos. Apesar do Estatuto do Idoso fixar a idade de 60 (sessenta) anos como paradigma para a qualificação da pessoa como idosa, o Benefício Assistencial restou limitado aos idosos necessitados com mais de 65 (sessenta e cinco) anos.

Apresentado o histórico, o trabalho trará, a seguir, o tema propriamente dito, em todas as suas vertentes.

### **3 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL**

Para melhor compreensão acerca do Benefício Assistencial no Brasil deve-se diferenciar *Benefício Assistencial* de *Benefícios Previdenciários*, uma grande discussão e uma grande polêmica que em geral as pessoas não conseguem compreender. Quando se fala em previdência, fala-se naqueles benefícios para os quais os segurados contribuem, ou seja, aqueles benefícios em que o empregado, o autônomo, o contribuinte individual ou alguém que pagou previdência terá direito, importante se destacar que a previdência somente atende pessoas que efetivamente contribuíram para o Estado brasileiro.

Neste mesmo entendimento, a doutrina de Fabio Zambitte Ibrahim<sup>16</sup> preconiza: “[...] a previdência social é compulsória. Porém a sistemática é a de um

<sup>14</sup>BRASIL. **LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

<sup>15</sup>BRASIL. **LEI Nº 9.720, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1998**. Dá nova redação a dispositivos da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, e dá outras providências.

<sup>16</sup>IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. p. 18–19.

seguro, à proteção que a clientela protegida verte contribuições com o intuito de resguardar-se contra alguns eventos.”

Já a Assistência Social em nosso país está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu Artigo 203, *caput*, que assim preceitua: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, **independentemente** de contribuição à Seguridade Social, e tem por objetivos: [...]” (grifo meu).

Segundo José Afonso da Silva<sup>17</sup>, o direito à assistência social constitui:

[...] a face universalizante da seguridade social, porque “será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição” (art. 203). Nela é que, também, assenta outra característica da seguridade social: a solidariedade financeira, já que os recursos procedem do orçamento geral da seguridade social e não de contribuições específicas de eventuais destinatários (art. 204), até porque estes são impessoalizáveis a priori, porquanto se constituem daqueles que não dispõem de meios de sobrevivência: os desvalidos em geral.

O Benefício Assistencial no Brasil adotou **como um dos seus fundamentos os direitos sociais**, e dentro dos direitos sociais um Estado que efetivamente auxilia o próximo. Abrangendo o tema, esta pesquisa trará para estudo o Benefício Assistencial, previsto no Artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, que nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim<sup>18</sup>:

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.

Logo, a concessão do Benefício Assistencial no Brasil, representa a atuação do Estado no sentido de fornecer aos necessitados, independentemente de terem ou não contribuído diretamente aos cofres públicos, valores pecuniários, propiciando, de certa forma, a igualdade, no sentido de proteção à dignidade humana.

<sup>17</sup>SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 310–311.

<sup>18</sup>IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006. p. 12.



### 3.1 DESTINATÁRIO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

Pretende-se definir quem tem direito ao Benefício Assistencial no Brasil, e, esta definição encontra-se prevista no Inciso V, do Artigo 203, da Constituição Federal<sup>19</sup>, que assim dispõe: “a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à **pessoa portadora de deficiência e ao idoso** que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a Lei.” (grifo meu).

Neste diapasão, segue o entendimento de Adilson Sanchez e Victor Hugo Xavier<sup>20</sup>: “O benefício assistencial é devido ao portador de deficiência física ou mental ou ao idoso, com 65 anos ou mais, sem condições de prover a sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.”

Ainda, nesta mesma linha, a lição de Paulo Afonso Brum Vaz e José Antônio Savaris<sup>21</sup>:

Trata-se de uma prestação pecuniária mensal, no valor de um salário mínimo, devido à pessoa idosa ou portadora de deficiência, hipossuficientes, que comprovem tal situação, cujo caráter é alimentar ou de subsistência. Na dicção constitucional, é garantido quando comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Extrai-se do citado Artigo, assim como da doutrina, que tanto o idoso quanto o portador de deficiência têm direito ao Benefício Assistencial, desde que comprovadamente não tenham condições de arcar individualmente com suas necessidades ou de terem supridas por sua família. Destaque-se que o valor do benefício será sempre 1 (um) salário mínimo.

<sup>19</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>20</sup>SANCHEZ, Adilson; XAVIER, Victor Hugo. **Advocacia Previdenciária**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 123-124.

<sup>21</sup>VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Direito da Previdência e Assistência Social: Elementos para uma Compreensão Interdisciplinar**. 1. ed. São José, SC: Editora Conceito Editorial, 2009. p. 255-256.

### 3.2 LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

Primeiramente, necessário destacar que, não diferente dos demais institutos, a Seguridade Social tem suas fontes, e acerca das fontes do direito, Miguel Reale<sup>22</sup> ensina que:

Por “fonte do direito” designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa. O direito resulta de um complexo de fatores que a Filosofia e a Sociologia estudam, mas se manifesta, como ordenação vigente e eficaz através de certas formas, diríamos mesmo de certas fôrmas, ou estrutura normativas, que são **o processo legislativo, os usos e costumes jurídicos, a atividade jurisdicional e o ato negocial.** (grifo meu).

Nesta mesma linha, José Antônio Savaris<sup>23</sup> realça o desempenho das normas constitucionais à Seguridade Social:

As fontes de reflexão do direito previdenciário são encontradas no conjunto de normas constitucionais, que informam a Seguridade Social. Uma vez que os princípios e regras constitucionais são providos de eficácia normativa da mais elevada hierarquia, as demais fontes normativas da Seguridade Social encontrarão neles sua compreensão e a sua conformidade com o ordenamento jurídico.

A legislação específica da Assistência Social segundo o entendimento de Wladimir Novaes Martinez<sup>24</sup> se posiciona como:

[...] “direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas” (art. 1º), ideia aduzida com o parágrafo único do art. 22: “Realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, a garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais” (Lei n. 8.742/1993).

Para regulamentar o Benefício Assistencial foi criada a Lei n.º 8.742/1993<sup>25</sup>, mais conhecida por LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social). Esta Lei destina-se

<sup>22</sup>REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 140.

<sup>23</sup>SAVARIS, José Antonio. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Vol. 1. Direito previdenciário constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 94.

<sup>24</sup>MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr., 2010. p. 189.

<sup>25</sup>BRASIL. **LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

a regulamentar o Benefício Assistencial ao idoso e ao deficiente em nosso país, demonstrando efetivamente sua necessidade àqueles que fazem jus ao Benefício.

Pretende-se, mais adiante, analisar-se a LOAS em dois momentos: Em um primeiro momento analisar-se-á à luz do entendimento do INSS (Instituto Nacional de Seguro Social) e, em um segundo momento, analisar-se-á à luz da jurisprudência, o entendimento dos Tribunais sobre o Benefício Assistencial.

#### **4 DIFERENCIAÇÃO DO CONCEITO DE DEFICIÊNCIA PARA O DIRETO CIVIL E PARA O INSS**

Questiona-se se o deficiente interditado civilmente é considerado deficiente para o Instituto Nacional de Seguro Social, quando do requerimento do Benefício Assistencial.

O conceito de “*incapacidade*” para o Direito Civil é diferente do conceito de “*deficiência*” para o Benefício Assistencial no INSS (Instituto Nacional de Seguro Social). No Direito Civil, entende-se por deficiente a pessoa que não consegue ter noção do que acontece à sua volta. Contudo, se por vezes essa pessoa consegue realizar atividades simples e corriqueiras do dia-a-dia, no INSS entende-se que ela não terá direito ao Benefício Assistencial, já que para que isso ocorra, necessário se faz a incapacidade para o trabalho e para a vida independente.

Para que se entenda melhor a incapacidade do Direito Civil, necessário trazer o seguinte citado doutrinaria de Silvio de Salvo Venosa<sup>26</sup>, acerca da finalidade da curatela:

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

Ora, a incapacidade para efeitos do Direito Civil, uma vez decretada, vincula as responsabilidades gerenciais do curador com seu curatelado, responsabilidades estas geralmente de cunho patrimonial, vez que o incapaz é assim considerado não

<sup>26</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 424.

em razão de não conseguir trabalhar, mas por não conseguir levar uma vida independente, já que não tem noção acerca dos atos civis que lhe circundam.

Para o INSS, para que uma pessoa seja considerada incapaz, necessário se faz a comprovação da incapacidade para o trabalho aliada à incapacidade para a vida independente.

#### 4.1 DA PROVA DE MISERABILIDADE

O Artigo 203 da Constituição Federal<sup>27</sup> preceitua que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar. Daí se extrai a problemática acerca, novamente, do conceito de “necessidade”.

Embora não exista um conceito preciso do que vem a ser “*necessidade*” para fins de concessão do Benefício Assistencial, o critério adotado pela Lei n.º 8.472/1993<sup>28</sup>, em seu Artigo 20, § 3º,<sup>29</sup> é de que o cidadão, idoso ou deficiente, que comprove renda familiar *per capita* inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, considera-se “necessitado”. Assim para o deferimento do requerimento, administrativamente, imprescindível o cumprimento estrito do preceito legal.

Considerando a determinação legal de que a renda *per capita* da família deve ser inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, importante entender a sistemática adotada pelo INSS para chegar a tal cálculo.

Quando do requerimento administrativo do Benefício Assistencial, o requerente obriga-se a declarar quem e quais são os membros que compõem o núcleo familiar, e ainda, a declarar seus rendimentos. A partir daí, o INSS realiza a soma de todos os rendimentos declarados. Feito isso, divide-se o valor total pelo número de pessoas que compõem o núcleo familiar. Desta forma, sendo a renda *per capita* familiar inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, o requisito miserabilidade

<sup>27</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>28</sup>BRASIL. **LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

<sup>29</sup>Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

**§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.** (grifo meu).

considerar-se-á preenchido e o Idoso ou Deficiente fará jus ao Benefício Assistencial pleiteado administrativamente.

## 5. DA PROBLEMÁTICA DO CRITÉRIO LEGAL DE MISERABILIDADE

Da análise das abordagens anteriores, pode-se concluir que existe um sério problema ocasionado em decorrência do dispositivo legal, que prevê como critério de miserabilidade para a concessão do Benefício Assistencial, o preenchimento do seguinte requisito objetivo: renda *per capita* familiar inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo.

A complexidade de tal exigência fundamenta-se, inicialmente, na via administrativa. É que para fazer jus ao Benefício, preliminarmente, o requerente deve apresentar ao INSS uma declaração de quantas pessoas compõem o núcleo familiar, bem como seus rendimentos, justamente para fins de análise do referido critério.

Vem daí o problema. Por vezes, no intuito de conseguir o Benefício Assistencial ao portador de deficiência ou ao idoso, à família, de uma forma geral, sujeitam-se também às condições de miserabilidade. Isso porque os membros do núcleo familiar deixam de trabalhar em seus empregos e vão em busca do trabalho informal, ou ainda, simplesmente abandonam seus empregos, objetivando a exclusão de sua renda, para fins de cálculo do INSS (Instituto Nacional de Seguro Social), para que assim, seja concedido o Benefício Assistencial, via requerimento administrativo.

Muitas vezes, nos casos em que o portador de deficiência ou o idoso já tiveram o Benefício concedido, temendo pela cessação, a família se vê impedida de procurar emprego, já que a renda familiar, por óbvio, aumentaria, ou, limita sua busca nos trabalhos informais.

Judicialmente, o problema não se apresenta de uma forma tão consubstanciada. É que, na maioria das vezes, o juiz analisa detalhadamente as condições sociais do requerente, até porque, via de regra, o mesmo já teve seu pedido indeferido pelo órgão administrativo.

Entretanto, não é sempre que isso ocorre. Em determinados casos, o Judiciário, arraigado no Positivismo, ainda insiste em indeferir a concessão do Benefício Assistencial, esquivando-se da análise das condições sociais do requerente, limitando-se tão-somente ao preenchimento dos requisitos objetivos previstos impostos em Lei.

Há de se ressaltar, que mesmo quando o judiciário concede o Benefício Assistencial, durante o prazo de até dois anos, período este estipulado pelo Magistrado, nesses casos, os membros do núcleo familiar encontram-se numa situação mais confortável, haja vista ainda estarem “dentro do prazo” para conseguirem trabalhar formalmente, aumentando a renda familiar, sem que haja maiores preocupações em relação à soma do total da renda. Contudo, em vias de terminar o prazo concedido pelo juiz, e por consequência, da realização da nova avaliação acerca da renda familiar, onde será constatada se a condição social que determinou a concessão do Benefício permanece, ressurgem o problema. O membro da família, que durante esse período, havia conseguido se empregar, abandona, simplesmente, o emprego, ou, sai do emprego com carteira assinada e busca um trabalho informal.

Outra situação muito comum que acaba ocorrendo vem também da concessão do Benefício. É que em casos em que a família não auferia renda, ou seja, nenhum de seus membros trabalhava formal ou informalmente, com a concessão do Benefício ao membro portador de deficiência ou ao idoso, há um estímulo para que componentes da família sequer procurem emprego, já que agora, existe um rendimento mensal no valor de um salário mínimo, que por vezes, tem que dar conta do sustento de toda uma família.

Assim, resta claro que o problema acerca do critério de miserabilidade, previsto em Lei, estende-se no sentido de estimular o desemprego e/ou a busca pelos trabalhos informais, colaborando de uma forma sistemática para o conceito, *lato sensu*, do que possa vir a ser “*miserabilidade*”.

## 6. DA POSSÍVEL SOLUÇÃO ACERCA DO CRITÉRIO DE RENDA *PER CAPITA* INFERIOR A ¼ (UM QUARTO) DO SALÁRIO MÍNIMO

Na tentativa de resolver, ou pelo menos minimizar, a problemática abordada no item anterior, sugere-se a modificação daquilo que se entende por miserabilidade.

Isso implica afirmar que não se deve excluir o referido conceito, haja vista ser imprescindível para uma análise mais detalhada acerca da condição social de cada requerente. Entretanto, necessário se faz alterá-lo. É preciso analisar detalhadamente cada caso concreto, avaliando criteriosamente se as condições sociais em que vive o requerente são realmente pertinentes à concessão do Benefício Assistencial.

Para uma observância mais precisa e correta do caso concreto, deve ser afastado o critério da renda *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) salário mínimo, que basicamente, preenche, hoje, o requisito “miserabilidade.”

Isso porque não são miseráveis somente aqueles que preenchem o referido critério. Muitas pessoas vivem, atualmente em condições de extrema miséria e não conseguem receber o Benefício de que tanto necessitam em razão da renda *per capita* da família ultrapassar levemente o limite previsto em Lei.

E o que acontece, diversas vezes, é que, muito embora a renda familiar ultrapasse o limite legal, não conceder o Benefício Assistencial em determinados casos, traduz-se, indubitavelmente, em ferir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Importante destacar algumas considerações acerca do referido Princípio Constitucional.

A Constituição Federal<sup>30</sup> em seu Artigo 1º, inciso III, estabelece como um dos seus fundamentos a Dignidade da Pessoa Humana. Assim para Rizzato Nunes<sup>31</sup>, “o principal direito fundamental constitucionalmente garantido é o da Dignidade da Pessoa Humana [...] O primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço de guarda dos direitos individuais.”

<sup>30</sup>BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

<sup>31</sup>NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 45.

Dessa forma, Rizzato Nunes<sup>32</sup> ao discorrer sobre a aplicação concreta do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, considera-o:

Um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas [...] a dignidade da pessoa humana é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme Maria Fernanda Pires de Carvalho Pereira<sup>33</sup>:

Constitui-se, pois, em valor unificador dos direitos e garantias inseridos na Constituição Federal e legitimador dos direitos fundamentais expressos tanto quanto daqueles implícitos [...] O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor central dos direitos humanos fundamentais individuais, efetivamente nuclear, o sistema jurídico deve considerá-lo como ponto de partida para toda e qualquer solução de conflito. Pode-se afirmar que a dignidade humana é princípio informador e conformador do direito pátrio [...] A dignidade é, portanto, um marco da Constituição Federal de 1988, norteando toda a matéria dos direitos fundamentais, bem como a interpretação das normas, impondo um limite no exercício e um dever genérico de respeito aos direitos próprios e alheios.

A pessoa humana, valor primordial, só é completa quando tratada com dignidade. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um valor que deve pautar, não só o ordenamento jurídico, mas a forma de nos relacionarmos como os outros.

No judiciário, a visão sobre a miserabilidade vem sendo modificada. Vários juízes entendem que o critério deve ser afastado e que deve ser feita uma análise das condições sociais para que se verifique se a necessidade do Benefício existe.

Todavia, essa visão ainda não é unânime, já que ainda existem juízes que insistem no Positivismo, e em razão disso, contribuem com a condição de miserabilidade de inúmeras pessoas.

A miserabilidade deve ser vista em cada caso concreto. O critério para sua análise não deve ser valorado. E é daí que surge a real necessidade de uma análise precisa e criteriosa para que se verifique se o Benefício será pertinente. Não se

<sup>32</sup>NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 50-52.

<sup>33</sup>PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 280-281.



pode simplesmente abandonar o critério valorativo e sair “distribuindo” o Benefício sem a devida observância dos requisitos necessários à sua concessão.

Necessário seria uma alteração no dispositivo legal, que modificasse o critério da “renda *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo” como requisito para o preenchimento da miserabilidade, para uma “análise precisa e criteriosa das condições sociais avaliadas em cada caso concreto”.

Com isso, o incentivo ao desemprego e ao trabalho informal seriam minimizadas, já que hoje, a família deixa de buscar emprego, temendo o corte do Benefício, quando já concedido, ou, busca o trabalho informal, na tentativa de “burlar” o sistema, fugindo do cálculo da renda *per capita*, para fins de concessão do Benefício.

Se a Lei fosse alterada no sentido de determinar a análise das condições sociais em cada caso concreto, caso o núcleo familiar, no decorrer do prazo de vigência do Benefício, conquistasse melhores condições, conseguindo manter o sustento do seu idoso ou portador de deficiência, sem que isso prejudicasse o seu próprio sustento, aí então, o Benefício poderia ser cessado, quando da sua revisão.

Todavia, se a família mantiver as mesmas condições apresentadas quando da concessão do Benefício, sua prorrogação se fará necessária.

Segundo Marcelo Leonardo Tavares<sup>34</sup>, essa é a expressão maior do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cuja concretização “pressupõe consideração pela vida e pela integridade do ser humano, garantia de presença de condições básicas para uma existência na qual se possa exercer a liberdade e receber respeito como pessoa dotada de razão.”

---

<sup>34</sup>TAVARES, Marcelo Leonardo. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Vol. 1. **Direito Previdenciário Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 222.

## 7 CONCLUSÃO

Uma vez apresentado e debatido o tema deste trabalho, necessário se faz concluí-lo, em termos gerais.

Como já afirmado, o Benefício Assistencial não é um benefício previdenciário, vez que independe de contribuição à previdência. Muito embora fique a encargo do INSS seu repasse ao beneficiário, é a sociedade, de uma forma geral, que arca com o seu custo.

Esse Benefício, cujo valor compreende 1 (um) salário mínimo, é garantido ao portador de deficiência, assim compreendida a física e a mental, e ao idoso, considerado para fins de concessão do Benefício Assistencial, como aquele com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, que não consigam prover sua manutenção ou não a tenham provida por sua família.

Entende-se, por determinação da Legislação Previdenciária, que é incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. É daí que deriva toda a problemática que envolve a questão da comprovação da miserabilidade para a concessão do Benefício Assistencial.

Ocorre que, para comprovar a referida condição de miserabilidade da família, os membros do núcleo familiar, por vezes, deixam de procurar empregos formais ou abandonam os seus trabalhos com carteira assinada, na intenção de não ultrapassar a quota que os define como miseráveis. Eis que em razão disso, há um estímulo ao desemprego e ao trabalho informal.

Nesse tocante, é necessário enfatizar que deixar de conceder o Benefício simplesmente pelo fato de a família atingir o limite legal ou superá-lo, é ferir em demasia o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, isso porque o indivíduo só é completo se tratado com dignidade, e estimulá-lo ao desemprego ou ao trabalho informal, para se ver cumprido exclusivamente os preceitos legais, é extrapolar qualquer limite do tolerável, vez que a miséria não deixa de existir em razão do não preenchimento do requisito legal.

Dessa feita, conclui-se que a solução mais plausível para minimizar o problema real que o critério positivista da miserabilidade acarreta, é a alteração da

Lei previdenciária. Não se deseja acabar com o referido critério, mas sim, alterá-lo, para que a miséria seja concretamente analisada em cada caso.

É necessário que a Lei disponha sobre a miserabilidade, mas atente-se para o fato de que a sua comprovação dependerá de uma análise criteriosa, realizada em cada caso concreto.

Sabe-se que, atualmente, muitos juízes vêm decidindo dessa maneira, entretanto, aqueles que ainda estão arraigados pelo Positivismo, ficam em decorrência disso, impedidos de observar que além de não conseguirem resolver o problema emergencial de uma família que vê seu ente querido perecer, ainda, mesmo que de forma inconsciente, estimulam o desemprego e o trabalho informal no país.

A alteração da Lei reduziria o desemprego e a busca pelo trabalho informal, além de reduzir, significativamente, o número de Ações Judiciais de Concessão de Benefício Assistencial, interpostas contra o INSS, com fulcro de comprovar a miserabilidade nos casos em que a renda familiar se iguala ou ultrapassa o critério previsto em Lei.

Assim, o Princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana estaria protegido, já que haveria a garantia da presença das condições básicas para uma existência.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 8.213, DE 24 DE JULHO DE 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 9.720, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1998**. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, e dá outras providências.

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm)> Acesso em: 30 maio 2011

HORVATH Júnior, Miguel. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2006.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Editora LTr., 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. In. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio (Coords.). **Curso de especialização em direito previdenciário**. Vol. 1. Direito Previdenciário Constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANCHEZ, Adilson. XAVIER, Victor Hugo. **Advocacia previdenciária**. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

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

TAVARES, Marcelo Leonardo. In: ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. (Coords.). **Curso de especialização em direito previdenciário**. Vol. 1. Direito previdenciário constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio. **Direito da previdência e assistência social**: elementos para uma compreensão interdisciplinar. 1. ed. São José, SC: Editora Conceito Editorial, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.