

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL II**

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-736-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
<http://unisinos.br/novocampuspoa/>

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL II

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social II, durante o XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Porto Alegre/RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o contexto político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em referência ao tema central do evento – TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INOVAÇÃO NO DIREITO. A temática apresenta inúmeros desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas neste destacado encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores governamentais, sociais, políticos e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 09 (nove) artigos de excelente qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares e que demonstraram o aprofundamento das pesquisas no âmbito dos direitos sociais, seguridade e previdência social desenvolvidas no interior dos diferentes programas de pós-graduação do país.

Os trabalhos publicados foram divididos em quatro eixos temáticos: Direito à educação e a responsabilidade do Estado e da família; Direito à saúde e à alimentação, participação democrática e judicialização da saúde; Direito à moradia e a proteção da pessoa com deficiência; e Direitos sociais e previdência social.

No tocante ao direito à educação e a responsabilidade do Estado e da família, 2 (dois) artigos enfrentaram temas que trataram de questões como: 1) O estado e a família como responsáveis pela efetivação do direito social fundamental à educação; e 2) Homeschooling: uma abordagem constitucional e sua aplicação na ordem jurídica brasileira.

Com relação ao eixo temático do direito à saúde e à alimentação, participação democrática e judicialização da saúde, foram apresentados 6 (seis) trabalhos que em certa medida, discutiram os limites e possibilidades das políticas públicas e do direito à saúde no atual sistema normativo brasileiro. Foram discutidos os seguintes temas: 1) Vigilância sanitária e a efetivação do direito à saúde: uma necessária proteção estatal aos interesses de mercado; 2) Direito à saúde e participação democrática: atuação popular nos processos de tomada de decisões estatais de saúde; 3) Limites e possibilidades da judicialização da saúde no âmbito dos juizados especiais federais; 4) A judicialização do direito à saúde no Brasil: o Recurso Extraordinário Nº 566.471/RN e as ações de medicamentos e contra planos de saúde; 5) A fragilidade do município na judicialização dos direitos sociais; e 6) Direito humano à alimentação adequada à luz do Comentário Geral nº 12: uma análise sobre as obrigações correlativas do estado na promoção dos direitos humanos sociais.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo direito à moradia e a proteção da pessoa com deficiência, com um artigo que abordou aspecto fundamental da temática, qual seja: O direito humano fundamental à moradia e a pessoa com deficiência.

Por fim, no quarto eixo temático, intitulado direitos sociais e previdência social, acolheu 6 (seis) artigos que conseguiram desenvolver de forma sistemática e atual elementos fundamentais para compreensão do eixo, quais sejam: 1) O princípio da igualdade e sua aplicabilidade nos casos de aposentadoria por invalidez sob a luz da perícia biopsicossocial; 2) Os tratamentos diferenciados estabelecidos para mulheres e homens na legislação previdenciária: uma análise à luz do princípio da igualdade; 3) Os benefícios por incapacidade decorrentes de acidente do trabalho ou doença ocupacional e seus impactos para segurados e empresas; 4) Seguridade social como direito fundamental – uma análise do benefício de prestação continuada como mecanismo de concretização da dignidade humana do idoso; 5) Revisões previdenciárias: a autotutela como forma de efetivar o direito fundamental à previdência social e, ainda, 6) As aposentadorias e os seus requisitos previstos no regime geral de previdência social: atuais e projetados. Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada do conteúdo selecionado.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profª. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos – UFMA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL – UMA ANÁLISE DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO MECANISMO DE CONCRETIZAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA DO IDOSO

SOCIAL SECURITY AS FUNDAMENTAL RIGHT - AN ANALYSIS OF THE “CONTINUOUS PROVISION BENEFIT” AS A MEANS OF PROTECTING THE HUMAN DIGNITY OF THE ELDERLY

Alexander Rodrigues de Castro ¹
Silvio Toledo Neto ²

Resumo

Analizamos o Benefício de Prestação Continuada. Discutem-se os requisitos para concessão do benefício assistencial, em especial as questões relacionadas ao quesito etário e o requisito objetivo de miserabilidade. Com relação ao último, 1) ressaltamos a insuficiência do salário-mínimo e da renda per capita como critério objetivo para apurar o estado de miserabilidade e 2) consideramos a possibilidade de excluir – por meio da declaração de inconstitucionalidade por omissão no Estatuto do Idoso – do cálculo da renda per capita de recebimento de outro benefício por outro idoso com quem conviva e que faça parte da família.

Palavras-chave: Seguridade social, Direito fundamental, Proteção ao idoso, Direito a alimentação, Benefício de prestação continuada

Abstract/Resumen/Résumé

We analyze the “Continuous Provision Benefit” (Benefício de Prestação Continuada). We discuss the requirements for granting the benefit, especially the issues concerning age and poverty. Regarding the latter, 1) we emphasize the insufficiency of the minimum wage and the per capita income as objective criteria for determining the state of poverty, and 2) consider the possibility of excluding - by means of a declaration of unconstitutionality by omission in the Statute of the Elderly - the possible receipt of another benefit by another elderly family member from the calculation of family per capita income.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social security, Fundamental right, Protection of the elderly, Right to food, Continuous provision benefit

¹ Doutor em Direito. Professor de Ciências Jurídicas (Graduação e Mestrado) da UniCesumar, Maringá-Pr, e do curso de direito UniFatecie. Pesquisador do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação – ICETI.

² Mestrando em Ciências Jurídicas pela UniCesumar. Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo IDCC – Maringá/PR. Graduado em Direito pela PUC-Pr. – Campus Maringá/PR. Advogado.

1. INTRODUÇÃO - DA ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO GARANTIA MÍNIMA AO IDOSO PERTENCENTE A GRUPO VULNERÁVEL

O sistema de previdência e seguridade social é objeto constante de debates políticos, em parte devido à opção do legislador constituinte de colocá-los dentro de uma mesma administração financeira, confundido suas formas de financiamento. Some-se a isso a insustentabilidade a longo prazo do modelo contributivo de previdência social adotado também em 1988. Como reflexo da gradativa melhoria das condições de vida da população, sintoma de progresso econômico, tem-se a tendência à inversão da chamada pirâmide demográfica, única circunstância em que tal modelo pode funcionar. Some-se a isso a Desvinculação das Receitas da União (DRU), verdadeira causa do déficit da previdência, e está dada a necessidade de discutir intensamente todo o conjunto da previdência e da seguridade social brasileiras.

Buscando concretizar a cidadania e dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, em vista do Estado Democrático de Direito, a ordem social foi estabelecida tendo como base o primado do trabalho, objetivando o bem estar e a justiça social, conforme o Artigo 193 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Com isso, regulamentou-se a seguridade social, onde se compreendem as disposições sobre saúde, previdência social e a assistência social.

Cumpra assim apontar que, ao contrário do caráter contributivo e da filiação obrigatória da previdência social, a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessitar independentemente de contribuição, nos termos do Artigo 203 da Constituição Federal de 1988. Buscou-se, dentre outros objetivos, a proteção à velhice com vistas a garantir desde o sustento material do idoso, objeto do Benefício de Prestação Continuada, até a sua promoção e integração à vida comunitária em claro ato de inclusão social, como nítida razão do princípio da justiça social (BRASIL. 1988).

Ao incluir a proteção ao idoso desamparado e malgrado do contexto social nas previsões constitucionais e, posteriormente, na legislação infraconstitucional, foi-se ao encontro daqueles que são definidos na própria carta magna como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial o de promover o bem de todos sem preconceitos relativos à idade (Artigo 3º, inciso IV). Valorizar o idoso é, em sua essência, fazer valer a proteção a dignidade da pessoa humana em uma fase da vida em que o indivíduo se mostra frágil em vários aspectos de sua existência (SIQUEIRA; CAMPOS SILVA, 2013, p. 47).

Não obstante a diferença existente nas definições de minorias e grupos vulneráveis, é certo afirmar que ambos sofrem discriminação na sociedade, seja pela ação comissiva das pessoas ou mesmo pela omissão do Estado, contraditando as disposições constitucionais que instituíram a sua promoção social como um dos fins da nossa ordem política e social.

De toda sorte, é possível afirmar com tranquilidade, que os idosos constituem um grupo vulnerável. Segundo Francischini "os idosos podem ser incluídos neste grupo, pois estas pessoas, em virtude de suas características físicas, são parte integrante dos denominados grupos vulneráveis e" (FRANCISCHINI, 2017, p. 43 e 44), para destacar a fragilidade deste grupo vulnerável, segue apontando que "são fragilizados na proteção de seus direitos e, assim, sofrem constantes violações de sua dignidade" (FRANCISCHINI, 2017, p. 44). Os idosos trazem consigo as características dos grupos minoritários, sendo tratados como seres inferiores, desnecessários e incapazes de contribuir para a sociedade (SIQUEIRA; CAMPOS SILVA, 2013, p. 48).

Considerando então a opção constitucional brasileira em solidificar no ordenamento jurídico os direitos fundamentais, que tem como escopo e primado a proteção da dignidade humana, propomo-nos a analisar o benefício de prestação continuada, com relação ao idoso, como mecanismo de concretização da justiça social exigida no estado democrático de direito. A forma legal, portanto, de se realizar o bem estar de todos os necessitados e, no caso específico, do idoso. Pode-se entender, assim, a seguridade social, em especial a assistência social, como um conjunto de medidas constitucionais específicas de proteção e concretização dos direitos sociais aos grupos vulneráveis.

No que diz respeito à metodologia, realizamos uma revisão bibliográfica sobre o tema utilizando, dentre outras, as bases BVS, SciELO e LILACS, e uma análise da legislação constitucionale infraconstitucional aplicável à questão. Procuramo-nos ater ao método hipotético-dedutivo, através da construção de hipóteses de trabalho orientada pela dedução a partir dos comandos legais tomados como axiomas. Essas hipóteses eram, então, testadas pelo confronto com o conjunto do ordenamento jurídico, em especial aquele de ordem constitucional e da seguridade social.

2. DA SEGURIDADE SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Seguindo a disposição constante no Artigo 194 da Constituição Federal de 1988, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes

Públicas e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Assim, visa o Estado socorrer os necessitados em momentos de dificuldades, concretizando as ordens constitucionais acerca da dignidade humana.

Àqueles que, pela ocorrência de infortúnios ou doenças, têm retirada sua capacidade laboral, restando-lhes a insuficiência de manter as condições mínimas de sobrevivência com dignidade, o Poder Público garantir-lhes-á a devida providência, seja ela pelo atendimento público através do Sistema Único de Saúde, seja pela eventual concessão de benefício previdenciário, ou então pelo recebimento de benefício de cunho assistencial, como o Benefício de Prestação Continuada que, por sua vez, está previsto na LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social (MARTINS, 2005, p. 45).

A Constituição Federal de 05/10/1988 reformulou todo o sistema de Seguridade Social, reunindo as coberturas de previdência, assistência e saúde, regulando-as com princípios e objetivos comuns e de acordo com os princípios básicos e fundamentais do Estado Social de Direito: justiça social, bem-estar social, primado do trabalho, solidariedade, e, em especial, dignidade da pessoa humana. Nesse sentido a matéria, que, até então, era tratada no mesmo capítulo dos direitos trabalhistas, passou a integrar o título “Da ordem social”, que abrange os artigos 193 a 204. (FERRARO, 2010, pp. 179-180).

Portanto, a partir das previsões positivadas na Carta Magna, a seguridade social é um direito fundamental, que está alojado no rol dos direitos sociais, pelo que, no já referido artigo 6º, se reconhece tanto a previdência social, como a assistência aos desamparados. Esta disposição constitucional está expressa no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e, como direito fundamental da ordem social, visa diminuir a desigualdade social, por ser também, caracterizado pela preservação da dignidade humana. Com os direitos sociais, o Poder Público obriga-se a atender à população através uma tripla obrigação, a saber, “respeitar, não se imiscuindo no seu exercício; proteger, não tolerando desrespeito por terceiros; e realizar, fornecendo os meios para o seu exercício efetivo.”(FRANCISCHINI, 2017, p. 92).

Buscando, assim, a regulamentação pela legislação infraconstitucional, foram publicadas no Brasil duas leis de suma importância para a previdência social, mais precisamente a Lei 8.212/1991, que trata sobre a organização da seguridade social e prevê seu custeio, e também a Lei 8.213/1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social. No que tange especificamente à organização da assistência social, sua regulamentação veio com a Lei 8.742/1993, conhecida também por LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social, que organizou as ações na área de assistência social em um sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único da Assistência Social (SUAS).

2.1. Da Responsabilidade Social da Família, da Sociedade e do Poder Público

Buscando a proteção do idoso, é imperioso a citação da previsão constitucional do Artigo 230, impondo à família, a sociedade e o Estado, o dever de protegê-lo, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo o direito a vida. Contudo, destacou-se a necessidade de prevalecer a participação da família nos cuidados ao idoso, uma vez que no §1º da mesma disposição citada positivou-se que os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

Seguindo a ordem constitucional, o Estatuto do Idoso, mais precisamente a Lei 10.741/2003, dispôs no Artigo 14 que se o idoso ou seus familiares não possuem condições econômicas de prover o seu sustento, impõe-se ao Poder Público tal provimento no âmbito da assistência social. Logo, é notório que, havendo condições para tanto, a família do idoso possui obrigação de sustentá-lo. É importante frisar o Artigo 3º §1º, inciso V, do mesmo estatuto estabelece que o atendimento realizado ao idoso será prestado prioritariamente por sua própria família, reservando-se o atendimento asilar aos idosos que não a possuem ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência (BRASIL, 2003). Essa obrigação prevista na referida legislação especial é complementada pela disposição do Código Civil no Artigo 1.696 que prevê que o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes (BRASIL, 2002).

Evidencia-se, assim, a previsão do princípio da solidariedade familiar em nosso regramento jurídico e, este princípio "não apenas traduz a afetividade necessária que une os membros da família, mas, especialmente, concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar."(GAGLIANO; FILHO, 2012, p. 200).

Portanto, considerando as disposições legais, tanto de ordem constitucional como infraconstitucional, é de fácil percepção que a obrigação de cuidado e socorro ao idoso não cabe somente ao Poder Público e à sociedade, mas recai também sobre a família do idoso. A importância da família no cuidado do idoso, especialmente considerando as políticas sociais onde há certo esgotamento do papel do Estado, é evidente.

A família é uma das instituições mais importantes e eficientes no tocante ao bem estar dos indivíduos e a distribuição de recursos. A hipótese do trabalho é que, dada a predominância em quase todo o mundo de um modelo de políticas sociais que privilegia o enxugamento do Estado, as famílias estão sendo cada vez mais requeridas para cuidarem dos segmentos vulneráveis. Em muitos países aparece como a única alternativa de apoio a população idosa. (FRANCISCHINI, 2017, p. 54).

Desta forma pode-se afirmar que há, pelas disposições legais, em especial na ordem constitucional, verdadeira obrigação jurídica imposta à família, à sociedade e ao Poder Público de prestar os cuidados de que necessita o idoso. Tais previsões denotam a importância atribuída pela constituição de 1988 à tutela da valorização da dignidade humana do idoso, como uma forma especial do princípio estabelecido no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

3. DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA DO IDOSO

No Artigo 6º do texto constitucional de 1988, especialmente a partir da Emenda Constitucional nº 64 (BRASIL, 2010), o direito à alimentação foi reconhecido como direito social, elencado no rol dos direitos fundamentais. Já o artigo 3º do Estatuto do Idoso impõe, expressamente, à família, à comunidade, à sociedade e ao Poder Público a obrigação de assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, o direito a alimentação (BRASIL, 2003). Não obstante o direito à alimentação estar elencado entre os direitos fundamentais, é certo que ele se reflete em outras garantias constitucionais. Afirma-se assim, que além de fundamental, o direito à alimentação “deve ser entendido como direito pluridimensional de grande importância, pois muitas vezes, pelo seu asseguramento, é possível efetivar inúmeros outros direitos, além de ser possível, ao assegurá-lo, prestigiar a inclusão social de pessoas e grupos” (SIQUEIRA, 2013, p. 3). Portanto, o direito à alimentação auxilia a concretização de outros direitos como o direito à saúde, à cultura, à terra, à família, à moradia, ao trabalho, à previdência, aos consumidores, entre outros garantidos na ordem jurídica. Portanto, quando não garantido o direito a alimentação ao idoso, outros direitos serão também consequentemente cerceados. Dessa forma, o benefício assistencial tem a função de viabilizar a inclusão social do idoso, visando garantir não somente a alimentação e assistência material, mas também os demais direitos do idoso necessitado.

Nessa perspectiva, analisando-se o Benefício de Prestação Continuada, este revela-se como instrumento de concretização do direito a alimentação, bem como dos demais direitos já citados, em vista do seu caráter pluridimensional. Procura-se, assim, a concretização das normas dos direitos sociais e demais garantias constitucionais, evitando que tais direitos sejam meras previsões legais sem condições de serem efetivadas. Nas palavras de Dirceu Siqueira:

A concretização dos direitos fundamentais representa um ideal almejado por todos, sendo que tal ideia está implícita na sua própria estrutura, vez que não há como pensar neles sem que haja o comprometimento de toda a sociedade e não apenas do Estado. Afinal, esses direitos não são oferecidos pelo Estado, mas representam conquistas políticas e sociais. Portanto, o Estado é responsável pela concretização dos direitos sociais, mas não incumbe somente a ele este dever, sendo também de responsabilidade de outros atores a sua concretização, a exemplo da sociedade e da família." (SIQUEIRA, 2013, p. 22).

Entende-se, nessa abordagem que os direitos sociais devem ser levado a sério. As normas que os estabelecem “devem estar eivadas de exigibilidade e sanção, não podendo ser consideradas como meras faculdades atribuídas ao administrador, ou mesmo, como meras normas programáticas” (SIQUEIRA, 2013, pp. 21-22).

Destaca-se, assim, que é necessário analisar se a família possui condições de manter e socorrer o idoso necessitado, especialmente considerando o que a própria Constituição Federal de 1988 determinou no Artigo 230, *caput* e § 1º. Na eventualidade da família do idoso não possuir condições de socorrê-lo, cabe ao Estado intervir e buscar a concretização do amparo, a dignidade e o bem-estar do idoso necessitado.

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, sendo obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade. (LENZA, 2013, p. 3888).

Assim, a família ocupa lugar de destaque mas, na sua ausência, o idoso não poderá ficar desamparado, devendo então ser socorrido pelo Estado (SIQUEIRA, 2013, pp. 32-33). Como amparo social que determina a lei, pode ser citado o Benefício de Prestação Continuada que, sendo benefício da assistência social, é instrumento pelo qual o Estado cumpre seu papel. É, por sua vez, o caminho concreto que realiza a previsão constitucional e, com isso, busca evitar que, as previsões dos direitos sociais, sejam meras normas programáticas e, em concreto, alcancem seus respectivos efeitos desejados pela norma positivada.

4. DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício de Prestação Continuada foi estabelecido na Constituição Federal de 1988 no artigo 203, inciso V, onde está previsto que a assistência social será prestada a quem dela necessitar independentemente de contribuição, tendo como objetivo a garantia de um

salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Diz o artigo 203, inciso V da CF/88 que “ 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.” (BRASIL, 1988). Esse benefício, que é gerenciado pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social, é concedido a qualquer idoso ou deficiente físico desde que estiverem vivendo abaixo da linha da miséria. E, com isso, encontramos também outra característica do Benefício de Prestação Continuada, qual seja, a de erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais, eis que este constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, cujo artigo 3º, inciso III reza que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, (BRASIL, 1988).

O Benefício de Prestação Continuada foi tratado na Lei 8.742/1993, também conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (BRASIL, 1993), onde se regulamentou que a condição de miserabilidade é medida através da renda *per capita* familiar, que deverá ser inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo vigente quando do requerimento administrativo. Ainda, no que tange ao idoso, deverá este contar com “transcreva o artigo” 65 (sessenta e cinco) anos. Esta previsão está no Artigo 20 da LOAS, mais precisamente no §3º, devendo relacioná-la com a disposição do §1º do mesmo artigo (BRASIL, 1993), uma vez que dispõe que 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 tutelado, desde que vivam sob o mesmo teto.

Nesse ponto, vale apontar o Enunciado nº 51 do FONAJE – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais, 2018), segundo o qual o artigo 20, parágrafo primeiro, da LOAS não é exauriente na delimitação do conceito de unidade familiar. Afinal, hoje é adotado o conceito de família como modelo eudemonista, ou seja, considera a felicidade individual ou coletiva como fundamento da moral humana e, com isso, revela-se a valorização da afetividade entre aqueles que se consideram família e vivem sob o mesmo teto (FRANCISCHINI, 2017, p. 85).

Contudo, não obstante esta previsão legal visando socorrer os idosos, em verdade existem pontos controvertidos que implicam em dificuldades ao acesso deste benefício assistencial. Pode citar como exemplo, o parâmetro objetivo de miserabilidade, bem como a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, que está em desconformidade com a definição de idoso

estabelecida pelo Estatuto do Idoso, cujo artigo 1º refere-se à idade de 60 (sessenta) anos ou mais. Assim, em breve análise constata-se problemas e dificuldades que dificultam o acesso dos idosos necessitados ao benefício assistencial. Portanto, procuraremos aqui analisar como o INSS e o poder judiciário deveriam aplicar o requisito objetivo da miserabilidade e as previsões etárias constantes na LOAS e no Estatuto do Idoso.

4.1. Do Requisito Etário

A Constituição brasileira não definiu a idade exata para o idoso receber o benefício assistencial, deixando então esse ponto para ser resolvido pela legislação infraconstitucional. Sendo assim, atualmente, há divergências sobre a idade a partir da qual alguém pode ser considerado idoso para o fim de concessão do referido benefício. Como já citado, a Lei Orgânica da Assistência Social prevê a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, ao passo que o Estatuto do Idoso, (Lei nº 10.741/2003) define como tal a pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais. Logo, estar-se-ia diante de uma antinomia, eis que duas normas que estão em conflitos, restando então a dúvida sobre qual deveria ser aplicada no caso concreto.

Em estudo, aponta-se que para manter a coerência do sistema podem ser utilizados critérios como a hierarquia, cronologia e a especialidade (FRANCISCHINI, 2017, p. 172) e, a partir daí, resta evidente que deve prevalecer que a idade de 60 (sessenta) anos como a correta para concessão do benefício assistencial ao idoso.

Inicia-se a análise no quesito da hierarquia. A Constituição prevê a proteção ao idoso desamparado, determinando a preservação de sua dignidade humana, seu direito à vida, à alimentação etc. Não obstante não definir qual a idade correta para o recebimento do benefício assistencial, ela estabelece de qualquer modo que a ele tem direito aqueles que são considerados idosos, não podendo uma norma infraconstitucional tal como a LOAS excluir de tal benefício ninguém que seja considerado como tal. Ora, é certo que o Estatuto do Idoso é também uma norma infraconstitucional e, por si só, não poderia afastar a aplicação da LOAS por critério hierárquico. Entretanto, aqui ele vem em apoio à norma constitucional, sendo a única definição genérica encontrada na estrutura legal nacional do que é um idoso. Assim, o idoso ao qual o artigo 203, inciso V, concede o Benefício de Prestação Continuada só pode ser aquele do Estatuto do Idoso, ou seja, qualquer indivíduo com 60 anos ou mais.

Seria, portanto, inconstitucional excluir de tal benefício os indivíduos que estão entre os 60 (sessenta) e 64 (sessenta e quatro) anos. Ora, se o ordenamento jurídico prevê que pessoas com 60 (sessenta) anos já são consideradas idosas e, por sua vez, as previsões

constitucionais determinam a assistência aos idosos necessitados e desamparados, não poderá uma lei ordinária como a LOAS ceifar os direitos de parte dessas pessoas.

Mais evidente ainda é a conclusão em favor da idade de 60 (sessenta) anos para a concessão do Benefício de Prestação Continuada quando se leva em consideração o critério da cronologia, eis que a LOAS foi promulgada no ano de 1993, enquanto o Estatuto do Idoso entrou em vigor 10 (dez) anos depois, mais precisamente no ano de 2003. De tal forma, é evidente que deve prevalecer este último, valendo então a idade mínima de 60 (sessenta) anos para a concessão do benefício.

Por fim, pelo terceiro critério que mencionamos, isto é, pelo critério da especialidade da norma sobre o tema, é inquestionável que o Estatuto do Idoso é legislação específica quanto à proteção dos idosos, tendo-se em vista que trata precisamente desses cidadãos e de seus direitos constitucionalmente garantidos. Considerando-se o critério da especialidade, também aqui é forçosa a conclusão de que o benefício assistencial em análise é devido aos idosos com 60 (sessenta) anos ou mais. (FRANCISCHINI, 2017, p. 172-173).

Além do mais, partindo-se do pressuposto de que a legislação define como idoso os indivíduos com mais de 60 anos, a exclusão dos indivíduos que estão entre os 60 (sessenta) e 64 (sessenta e quatro) anos do Benefício de Prestação Continuada fere, diretamente, o princípio da igualdade, eis que sua concessão somente aos idosos que possuem idade de 65 (sessenta e cinco) anos ou mais implica em anti-isonômico de pessoas com a mesma situação jurídica.

Apesar deste benefício assistencial ser pago a diversos idosos, uma parcela da população carente e idosa (com idade ou superior a 60 anos) não se beneficia deste amparo social. Esta exclusão fere a proteção constitucional garantida ao idoso, bem como o próprio princípio da isonomia e sua condição de ter uma vida digna, pessoas que estão numa "pobreza real" no que se refere a suas capacidades que possibilitariam concorrer no mercado de trabalho, e uma pobreza social, pois encontram-se desprovidas de seu contexto social. (FRANCISCHINI, 2017, p. 175).

Atualmente, se tem buscado a solução para esta antinomia tanto por meio de jurisprudência, quanto por meio de reforma na legislação. Por exemplo, tramita no congresso nacional o Projeto de Lei Senado nº 279/2012, que visa alterar "a Lei nº 8.742/1993, que disciplina a Assistência Social, para dispor que o benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com sessenta anos ou mais" (BRASIL, 2012).

4.2. Do Requisito Objetivo de Miserabilidade – Uma breve análise do valor real do salário-mínimo

Antes de analisar a viabilidade ou não do requisito objetivo de miserabilidade estipulado pela Lei Orgânica da Assistência Social, é importante destacar a própria insuficiência do salário mínimo no Brasil frente às necessidades básicas do cidadão e de sua família. No Artigo 7º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, registrou-se a garantia ao trabalhador de um salário mínimo, fixado por lei e nacionalmente unificado, que seja capaz de atender as necessidades básicas da família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, resguardando, por ocasião da dinâmica da economia, os devidos reajustes periódicos para preservar o poder aquisitivo do salário mínimo.

Entretanto, na prática, o valor do salário mínimo não consegue garantir os direitos previstos constitucionalmente, estando muitas vezes longe de realizar com sucesso a finalidade pela qual foi criado. Segundo apontamento do DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, no mês de julho/2018 o salário mínimo nominal é de R\$954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), enquanto o salário mínimo necessário seria de R\$3.804,06 (DIEESE, 2018). Portanto, é evidente que o valor nominal do salário mínimo é insuficiente para garantir os direitos à família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

O assunto já foi tratado pelo Supremo Tribunal Federal, quando registrou que o valor real do salário mínimo não assegura a realização concreta dos direitos garantidos ao trabalhador e sua família, inclusive, apontou que o não cumprimento desta ordem social pelo Poder Público revela ato de inconstitucionalidade parcial por omissão, comportamento que qualificou como "revestido de maior gravidade a Constituição", uma vez que tal comportamento pode representar um processo informal de mudança a Constituição da República. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1996).

Nos termos do Artigo 20, § 3º, da LOAS considera-se incapaz de prover à manutenção o idoso cuja família possui renda *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Considerando o valor do salário-mínimo neste ano de 2018 no valor de R\$954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais), a renda *per capita* é de R\$238,50 (duzentos e trinta e oito reais e cinquenta centavos). Adotou-se, portanto, na LOAS, critério objetivo para apurar a condição de miserabilidade.

Importante apontar que o Supremo Tribunal Federal enfrentou, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, o tema do requisito objetivo estipulado no §3º do artigo 20 da LOAS, entendendo ser constitucional tal previsão. Contudo, tal decisão não pacificou o tema, pois decisões em sentido contrário, inclusive, do próprio Supremo Tribunal Federal, têm concedido o benefício assistencial a pessoas cuja renda supera aquele limite. Ademais, vale apontar que o § 11 do artigo 20 da LOAS, incluído pela Lei nº 13.146/2015, dispõe que para a concessão do benefício assistencial, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade. Assim, com a inclusão dessa disposição legal, poder-se-ia afirmar que o Supremo Tribunal Federal deverá rever a matéria.

Contrapondo-se a insuficiência do salário-mínimo com o critério objetivo para concessão do Benefício de Prestação Continuada, é fácil constatar que o requisito para aferir a condição de miserabilidade não condiz com os objetivos constitucionais de erradicação da pobreza, considerando-se que o próprio salário-mínimo não satisfaz seus objetivos determinados pela Constituição Federal.

4.3. A inconstitucionalidade por omissão parcial do Artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso - Lei 10.741/2003.

Outro ponto a destacar com relação ao tema é o reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso pelo Supremo Tribunal Federal, que ocorreu sem a pronúncia de nulidade. Diz o dispositivo que “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”. (BRASIL, 1993). O dispositivo reafirma em seu *caput* que ao idoso a partir de 65 (sessenta e cinco) anos que não possua meios de prover sua subsistência, nem pode tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo nos termos da LOAS. Por sua vez, o parágrafo único dispõe que o benefício assistencial concedido a qualquer um dos membros da família não será computado para fins de cálculo da renda *per capita* na concessão do benefício assistencial.

Contudo, antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, idosos que recebessem outro benefício de um salário-mínimo, como, por exemplo, uma aposentadoria, teriam esse valor incluído no cálculo da renda *per capita*, com base em interpretação a contrário sensu do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, segundo o qual somente não entraria em tal

cálculo caso os valores percebidos também tivessem a natureza de benefício assistencial. Pacificou-se, assim, o entendimento de que "o fato de um outro membro do grupo familiar perceber o benefício mensal de um salário mínimo não afasta a condição de miserabilidade do núcleo familiar" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016). O fundamento de tal decisão a conclusão de que, "se a situação da família com renda de um salário mínimo, consistente em benefício disciplinado pela LOAS, é de miserabilidade, também o é pelo RGPS, pois a aferição da hipossuficiência é eminentemente de cunho econômico" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

5. CONCLUSÃO

No presente trabalho, partindo do pressuposto de que a Seguridade Social, em especial a Assistência Social, é um direito fundamental, procuramos analisar a condição dos idosos enquanto grupo vulnerável para entender a natureza do Benefício de Prestação Continuada como mecanismo de concretização da dignidade humana dos idosos, em especial quando estes se encontram em condições de necessidade. Quanto aos responsáveis por garantir a devida assistência aos indivíduos desse grupo, estabelece a própria Constituição Federal de 1988 que os programas em favor do idoso serão preferencialmente realizadas pela sua família e, no caso de não ser esta capaz de cumprir com esta obrigação legal, cabe então à sociedade e, principalmente, ao Poder Público atendê-lo.

Destacou-se a necessidade de garantir a todos os idosos, mormente o desamparado, o direito à alimentação adequada, especialmente por se considerar que esse direito não apenas é fundamental mas também é pluridimensional, na medida em que auxilia a concretização de direitos como a saúde, cultura, moradia, trabalho, previdência, entre outros garantidos na ordem jurídica.

Analisou-se também a antinomia existente com relação ao requisito etário, que consiste em determinar a LOAS a idade de 65 (sessenta e cinco) para a concessão do Benefício de Prestação Continuada, enquanto o Estatuto do Idoso reconhece como idoso a pessoa com 60 (sessenta) ou mais, o que leva forçosamente à conclusão de que a LOAS estaria excluindo os idosos com a idade entre 60 (sessenta) e 64 (sessenta e quatro) anos, o que fere o princípio da igualdade.

Posteriormente, considerou-se o requisito objetivo para apurar a miserabilidade. Após observarmos que o salário-mínimo não corresponde ao que a Constituição Federal de 1988, o que leva à conclusão de que já de partida qualquer critério que o use como linha de

corte para determinar quem está em condição de miserabilidade será necessariamente falho, ressaltamos ainda que o § 11 do artigo 20 da LOAS já autoriza que a condição de miserabilidade seja avaliada por outros meios.

Entendemos, na verdade, que somente se abandonarmos a rigidez dos critérios de proporção do salário mínimo poderemos avaliar de maneira efetiva o critério da miserabilidade para assim poder realmente concretizar o escopo constitucional de garantia dos direitos fundamentais do idoso através do benefício assistencial em tela.

Por fim, analisou-se os fundamentos do reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do qual se permitiu que, no caso de um idoso que resida com outro idoso que receba benefício seja assistencial ou previdenciário, tenha seu direito ao Benefício de Prestação Continuada considerado sem incluir o valor do benefício de seu companheiro(a) no cálculo da renda *per capita* do núcleo familiar.

Desta forma, conclui-se que para que o Benefício de Prestação Continuada tenha condições de efetivamente contribuir para concretizar a dignidade humana do idoso, especialmente daqueles que se encontram em necessidade emergencial, alguns de seus critérios de concessão precisam ser revistos em alguns de seus aspectos, de forma tal que efetivamente todos os idosos necessitados de fato tenham pleno acesso a ele.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei nº 8.742/1993 – LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social – Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm> Acesso em 05/09/2018.

BRASIL. **Lei nº 10.741/2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741compilado.htm> Acesso em 07/09/2018.

BRASIL. 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 07/09/2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 279/2012**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106747>>. Acesso em 14/07/2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 279/2012**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106747>>. Acesso em 14/07/2018

BRASIL. **Emenda Constitucional de nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constitucional Federal, para introduzir a alimentação como direito social**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm>. Acesso em 07/09/2018.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Salário Mínimo Nominal e Necessário**. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em 15/07/2018.

FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais. **Enunciado nº 51**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/enunciados-fonajef/lista-completa-dos-enunciados-do-fonajef.pdf>>. Acesso em 05/09/2018.

FERRARO, Suzane Andrade. **O Equilíbrio Financeiro e Atuarial nos Regimes de Previdência Social: RGPS – Regime Geral de Previdência Social; RPPS – Regime Próprio de Previdência Social; e RPP – Regime de Previdência Privada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juri, 2010.

FRANCISCHINI, Monica Cameron La. **O (des) Amparo Social ao Idoso: Da Inefetividade às Propostas de Concretização do Benefício Assistencial**. Maringá: Motta & Preto Editora, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolge; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família. As famílias em Perspectiva Constitucional**. 2. Ed. São Paulo. Saraiva. 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. Ed. Revista Atualizada e Ampliada. São Paulo Editora Saraiva. 2013, p. 3888.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 22. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. CAMPOS SILVA, Nilson Tadeu Reis. **Minorias & Grupos Vulneráveis – Reflexões para uma Tutela Inclusiva**. Birigui: Editora Boreal, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A Dimensão cultural do Direito Fundamental à Alimentação**. Birigui: Boreal Editora, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Acesso à Justiça e Concretização de direitos**. Birigui: Boreal Editora, 2014;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **EMENTA - RE 926963, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 01/02/2016, publicado em DJe-025 divulgado 11/02/2016 PUBLIC 12/02/2016**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000258261&base=baseMonocraticas>>. Acesso em 15/07/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EMENTA - (ADI 1458 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/1996, DJ 20-09-1996 PP-34531 EMENT VOL-01842-01 PP-00128). Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000021002&base=baseAcordaos)

s1=000021002&base=baseAcordaos> Acesso em 15/07/2018.