

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**ANÁLISE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA - BPC/LOAS SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA.**

MARIA CLARA MENDONÇA BITTENCOURT

Rio de Janeiro

2020.2

MARIA CLARA MENDONÇA BITTENCOURT

**ANÁLISE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA - BPC/LOAS SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA.**

Monografia de final de curso,
elaborada no âmbito da graduação
em Direito da Universidade
Federal do Rio de Janeiro, como
pré-requisito para obtenção do
grau de bacharel em Direito, sob
orientação do **Professor Fábio de
Souza Silva**

Rio de Janeiro

2020.2

AGRADECIMENTOS

Iniciei meu processo como estagiária na Procuradoria Federal onde tive meu primeiro contato com o Direito Previdenciário. Em seguida, quando passei na prova da Defensoria Pública da União - DPU também escolhi a área previdenciária. Lá, tive o prazer de estagiar com a Dra. Shelley Duarte Maia com quem aprendi muito e que é uma grande modelo de profissional. Também na DPU aprendi a trabalhar com pessoas vulneráveis que precisam de profissionais qualificados e que, principalmente, saibam se comunicar com eles de forma clara e objetiva.

Não posso deixar de lembrar da minha turma, noturno 2015.2, que desde o início se mostrou uma turma unida e prestativa. Mas, sobretudo, lembrar dos meus amigos: Clara, Louise, João, Isadora, Pedro e Tiago que estão comigo desde o início da faculdade sendo minha rede de apoio dentro e fora dela.

Falando em apoio, não existem palavras que possam expressar toda minha gratidão à minha família que acredita em mim incondicionalmente e que a todo momento me incentiva. À minha mãe, Sonia, que é uma mulher extraordinária e que desde antes da minha adoção, me dá todo amor e suporte para eu alcançar todos os meus objetivos sendo sempre meu porto seguro.

Por último, agradecer ao professor Fábio de Souza que aceitou me orientar nesse trabalho e a Universidade Federal do Rio de Janeiro que, desde da minha época de escola, no Colégio de Aplicação – CAp/UFRJ, se fizeram meu lar durante parte da minha vida acadêmica, por isso, além de todo conhecimento e saber jurídico passaram valores que me fizeram crescer pessoalmente.

RESUMO

Este trabalho busca fazer uma análise do critério de miserabilidade do benefício de prestação continuada, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana a partir de decisões acerca da inconstitucionalidade do art. 20, §3º da Lei 8742/93. Trata-se de um benefício assistencialista que tem a pretensão de garantir o mínimo existencial para brasileiros vulneráveis quais sejam idosos e/ou deficientes que não tem condições de garantir sua subsistência e não tem uma família que o faça. Tenta definir também o que seria mínimo existencial e reserva legal e o quanto esses dois conceitos interferem na definição do balizador do critério financeiro para a concessão de tal benefício.

PALAVRAS CHAVES

Direito Previdenciário – LOAS – Dignidade da Pessoa Humana – Mínimo Existencial
– Reserva do Possível.

'ABSTRACT'

This work seeks to make an analysis of the miserability criterion of the benefit of continued provision, in the light of the principle of the dignity of the human person based on decisions about the unconstitutionality of art. 20, §3º of Law 8742/93. It is an assistance benefit that aims to guarantee the minimum existential for vulnerable Brazilians who are elderly and / or disabled who are unable to guarantee their livelihood and do not have a family to do so. It also tries to define what would be an existential minimum and legal reserve and the extent to which these two concepts interfere in defining the boundary of the financial criterion for granting such a benefit.

KEYS WORDS

Social Security Law - LOAS - Dignity of the Human Person - Minimum
Existential - Reserve for the Possible.

Sumário

1.INTRODUÇÃO	6
2.DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	7
2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana no contexto brasileiro	10
2.2. O princípio da dignidade humana como norma jurídica	13
3.MÍNIMO EXISTENCIAL	16
4.RESERVA DO POSSÍVEL	20
5.O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - BPC/LOAS	28
5.1. Critério de Idade - <i>caput</i>	30
5.2. Critério familiar - §1º	30
5.3. Critério da pessoa com deficiência - §2º	30
5.4. Critério de Renda - §3º	31
6.INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE	32
7.AS MUDANÇAS DO REQUISITO DE MISERABILIDADE DURANTE A PANDEMIA	39
8.CONCLUSÃO	42
9. REFERÊNCIAS	44

1.INTRODUÇÃO

No art. 1º da Constituição de 1988 está escrito que o Brasil é um Estado Democrático de Direito e que um de seus fundamentos é o princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, as leis são criadas pelo e para o povo tendo em consideração tal princípio e o respeito pelos direitos humanos.

O Estado precisa atender as necessidades do indivíduo e da coletividade assegurando a todos os direitos fundamentais. Nesse sentido, as vontades e/ou interesses de alguns não pode se sobrepor ao de outros visto que todos os indivíduos são iguais perante a lei.

Contudo, em um país onde se assolam as desigualdades sociais devido aos diferentes *status* e hierarquias que caracterizam as relações, principalmente no sistema capitalista, para haver equidade entre os cidadãos e que a justiça prevaleça tem que haver leis que os coloquem em “pé de igualdade”.

Assim, o Estado tem que intervir para que os mais vulneráveis, sejam eles hipossuficientes, idosos, deficientes, crianças ou grupos que historicamente foram colocados à margem da sociedade possam ter uma vida digna.

Desse modo, leis assistencialistas foram criadas. Uma delas é a Lei de Assistência Social - LOAS que paga ao cidadão que não tem meios de custear sua sobrevivência e não tem família que o faça, um salário mínimo mensal. Para que uma pessoa possa obter a concessão do benefício de prestação continuada, ele precisa se enquadrar em alguns requisitos, quais sejam: ser idoso com 65 anos ou mais, ou ter alguma deficiência que o impeça de exercer atividades laborativas, não ter um núcleo familiar que o provenha e a renda *per capita* dessa família tem que ser inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Esse último critério causa discussões sobre ser um bom balizador para medir a vida digna de um ser humano. Ora, se a pretensão do BPC/LOAS em concordância

com a Constituição é de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana para que o mínimo existencial possa ser garantido a pessoa vulnerável, porque o critério de miserabilidade tem um piso tão baixo?

Bom, este trabalho procura abarcar essas discussões tendo em conta o princípio da dignidade humana, o mínimo existencial e o conceito da reserva do possível

2. DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A materialização do Estado soberano e autônomo tal qual conhecemos hoje é a Constituição e nela estão contidas as leis, normas e princípios que regerão a população do Estado em questão. Contudo, a medida em que o tempo passa e que há uma evolução social, econômica, cultural e política os princípios se transformam para se adequar às mudanças ocorridas na sociedade, conforme Daniel Sarmiento diz em seu livro “Dignidade da Pessoa Humana¹”.

Historicamente, Ana Paula de Barcellos² aponta quatro períodos importantes para a definição do princípio da dignidade da pessoa humana como conhecemos hoje. São eles: o Cristianismo, o iluminismo-humanista, a definição de Kant e as consequências da Segunda Guerra Mundial.

O primeiro se refere a mensagem que Jesus Cristo buscava transmitir para seus discípulos sobre amor ao próximo e respeito a individualidade do outro sem julgamentos e assim, o valor do indivíduo foi identificado pela primeira vez. O segundo momento, apontado pela autora como iluminismo-humanista foi responsável pelo antropocentrismo que colocou o homem como livre e dotado de inteligência, portanto a religião não era mais o foco.

¹ SARMENTO, Daniel; Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2020. pg. 25.

² BARCELLOS, A. P. d; A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011. p. 126-131.

Nesse mesmo período, a igualdade entre os seres ressoava entre as revoluções norte-americana e francesa. Foi editada na Revolução Francesa a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que logo em seu art. 1º abordava que todos os homens nasciam livres e iguais em direito. Também na Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 é mencionado que os homens são “criados” iguais³.

Já Immanuel Kant definiu o homem como um fim em si mesmo, logo o Estado e a sociedade na totalidade estavam em função do indivíduo e não o contrário. A teoria Kantiana se baseia na autonomia universal do ser humano que é um ser racional capaz de seguir a moralidade⁴.

O último momento é o reflexo internacional do legado da Segunda Guerra Mundial. Após perseguição às minorias, incentivada pelo nazismo e fascismo, que gerou um número grande de mortalidade além dos ataques aos direitos humanos desses grupos, a dignidade da pessoa humana começou a ter seu reconhecimento de forma internacional.

Isso porque nesse período pós-guerra foi criada a Organização das Nações Unidas - ONU que tem, desde então, como propósito a paz entre as nações conforme art. 1.1 da Carta das Nações Unidas⁵ e, que para isso reafirmou “a fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres e de nações grandes e pequenas, e (...) resolvemos combinar nossos esforços para alcançar estes objetivos” como descrito no preâmbulo desta mesma Carta⁶. Desse modo, a dignidade e o valor da pessoa humana estão entre os assuntos os quais a ONU pode e deve discutir para haver uma efetiva proteção.

³ SARMENTO, Daniel; Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2020. pg. 34.

⁴ SARMENTO, Daniel; Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2020. pg. 35.

⁵ UNITED NATIONS. United Nations Charter (full text). Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁶ *Ibidem*

Outros documentos importantes que versam sobre a dignidade humana foram publicados nesse período. Dentre eles está a Declaração Universal de Direitos Humanos⁷ de 1948 que em seu preâmbulo reconhece a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Além disso, a partir desse momento, alguns países colocaram em suas Constituições o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento e assim iniciou um processo de juridicização do tema. O Brasil, por exemplo, teve o princípio em sua Carta Magna pela primeira vez em 1988 no art. 1º, III:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana”

Mas o que seria a dignidade da pessoa humana? Daniel Sarmiento diz que “a dignidade da pessoa humana envolve a concepção de que todas as pessoas, pela sua simples humanidade, têm intrínseca dignidade, devendo ser tratadas com o mesmo respeito e consideração”⁸. Explica ainda que a atual concepção do princípio da dignidade da pessoa humana possui dois alcances - vertical e horizontal -, sendo o primeiro “a superioridade dos seres humanos sobre os animais” e o segundo “a igualdade dos seres humanos entre si, independente da função que cada um desempenha na sociedade”⁹.

Para o entendimento de tal princípio no ordenamento brasileiro o autor reconheceu quatro pontos, quais sejam: a autonomia, o reconhecimento, o valor intrínseco da pessoa e o mínimo existencial. A autonomia trata o sujeito como um agente moral que tem suas necessidades e pode fazer suas próprias escolhas. Já o

⁷ Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

⁸ SARMENTO, Daniel; Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2020. pg. 28.

⁹ SARMENTO, Daniel; Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2020. pg. 28. apud Antônio Pele. Una aproximación al concepto de dignidad humana. Universitas, n.1, dez/jan. 2004.

valor intrínseco da pessoa muito tem a ver com a teoria kantiana, já explicada anteriormente, que o homem é o fim em si mesmo e que por isso ele não deve ser tratado como um instrumento do Estado. Enquanto o reconhecimento aborda a importância de um ser identificar o outro como autônomo e capaz haja visto que todos convivem em uma teia, se relacionando de forma vertical ou horizontal como família, amigos, vínculos trabalhistas e até mesmo como governantes e governados. Por fim, o mínimo existencial garante aos cidadãos insumos indispensáveis para a sobrevivência deles, isso será tratado com mais profundidade mais à frente.

2.1. O princípio da dignidade da pessoa humana no contexto brasileiro

A Constituição brasileira de 1988 estava sendo desenvolvida em um período pós-ditatorial quando muitos direitos foram violados ou até mesmo perdidos. Como consequência disso, a Carta Magna foi marcada por ser de proteção aos direitos fundamentais não somente do indivíduo, mas também da coletividade. Por isso ficou conhecida como Constituição Cidadã, já que garante muitas liberdades civis e dá ao Estado o dever de proteger a todos sem distinção.

Durante todo o texto constitucional existem artigos que protegem o princípio da dignidade da pessoa humana tais quais o art. 5º, VIII que versa sobre a não privação de direitos por motivos de crença, o art. 170 que em seu *caput* assegura a todos a existência digna conforme os ditames da justiça social e até mesmo o art. 203 que aborda a necessidade do Estado em amparar aqueles que não tem condições de se sustentar e/ ou que não tem uma rede familiar capaz de provê-los. O Brasil ainda incorporou em seu ordenamento muitos dos tratados internacionais sobre direitos humanos que asseguram a dignidade humana.

Essa dinâmica acontece porque com o passar do tempo, o Estado não é o único opressor, assim a garantia dos direitos individuais clássicos se tornou insuficiente. Logo, os direitos sociais, os direitos individuais e os direitos políticos se complementam e contribuem para a *haja de fato* a proteção da dignidade da pessoa

humana¹⁰. Até mesmo a propriedade adquiriu uma função social, portanto, toda propriedade tem que ter uma utilidade para o corpo social e não apenas para a pessoa que a detém, conforme art. 5º, XXIII, CF/88 nestas palavras:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)
XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
(...)”

É certo, porém, que todos esses direitos que amparam o indivíduo não são o bastante para a proteção da dignidade da pessoa humana na prática. Desde a universalização e juridicização de tal princípio são incontáveis os ataques à dignidade da pessoa humana e descumprimentos de direitos que salvaguardam o princípio. Notícias sobre trabalhos análogos à escravidão e trabalho infantil no Brasil e no mundo ainda são recorrentes. Além da fome e miséria que assolam países pelo mundo. No Brasil, por exemplo, o índice de analfabetismo ainda é muito alto. Segundo o site do IBGE, no ano de 2019 esse número era de 6,6% entre pessoas de 15 anos ou mais¹¹.

Sarmiento¹² argumenta que no Brasil o processo de universalização da dignidade humana foi o mais problemático visto que a esfera social a qual cada indivíduo se encontra além de elementos como classe social, cor, raça, família e profissão lhe darão um *status* jurídico que não necessariamente dará às pessoas mais vulneráveis a garantia de ter todos os seus direitos protegidos integralmente. Dessa maneira, a desigualdade, um dos problemas centrais da nação, se retroalimenta.

As relações interpessoais têm características hierárquicas não apenas de ordem econômica, assim, não apenas as pessoas pobres, mas outros grupos minoritários como negros e mulheres também se encontram vulneráveis. Logo, quanto mais baixa a posição na estrutura social, menores são as condições reais desses

¹⁰ BARCELLOS, A. P. d; A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011. p. 136-7 apud José Afonso da Silva, Poder Constituinte e poder popular, 2000, p. 198-9.

¹¹ IBGE. Painel de Indicadores - Analfabetismo. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indicadores>. Acesso em: 12 mai. 2021.

¹² SARMENTO, Daniel; Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2020. pg. 59-68.

cidadãos de terem acesso aos seus direitos fundamentais. Em contrapartida, os brasileiros mais abastados se encontram em camadas superiores por isso conseguem ter o ordenamento jurídico ao seu lado usando-o ao seu favor sempre que necessário.

Todavia, essa desigualdade presente no cenário brasileiro advém de uma mistura complexa de fatores. Não é apenas uma incapacidade do ordenamento jurídico e do Estado de assegurar os direitos básicos aos mais vulneráveis, mas também uma cultura tão enraizada na sociedade que ensina desde a primeira infância a naturalizar as desigualdades.

A Carta Magna em seu Título II, capítulo II pontua muitos direitos sociais como necessidades essenciais para a vida digna do indivíduo. O *caput* do art. 6º exemplifica educação, saúde, assistência aos desamparados, previdência social e outros direitos que deveriam ser garantidos a todos os brasileiros. E, mesmo com falhas, o texto constitucional tenta acautelar os mais vulneráveis de alguma forma. Desse modo, idosos, pessoas com deficiência e pessoas de baixa renda, por exemplo, podem ser assistidos e terem sua dignidade minimamente resguardada conforme art. 203, CF/88.

No mesmo sentido, direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos - os direitos transindividuais - são de tutela coletiva que não apenas resguardam necessidades dos cidadãos, mas dão-lhes deveres de cuidar daquilo que é de todos. Isso significa que todos os cidadãos têm o dever de cuidar do meio ambiente, por exemplo, e dessa forma todos poderão desfrutar da natureza como ir ao parque ou até mesmo ir a uma praia limpa.

Contudo, não basta ter esses direitos escritos na Constituição dado que ela de fato se preocupou em dar as condições básicas para o indivíduo, materialmente falando. A interpretação da lei também deve ser feita de modo a assegurar os direitos fundamentais e conseqüentemente o princípio da dignidade humana¹³. Logo, não apenas a Lei Maior deve ser apreciada “com olhos” de quem protege tal princípio, mas

¹³ Em seu livro, Daniel Sarmiento explica que de uma forma ou de outra o princípio da dignidade da pessoa humana norteia, senão todos, a maior parte dos direitos fundamentais sejam eles individuais, transindividuais etc. (SARMENTO, Daniel; Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2020. pg. 59-68.)

todas as outras leis devem ser examinadas da mesma forma - sejam leis do direito público ou privado.

Nessa esteira, quando há lacunas que as normas existentes não conseguem preencher o princípio da dignidade da pessoa humana pode resolver essa questão ou quando essas mesmas normas encontram conflitos entre si, devendo acontecer o processo de ponderação, esse princípio vai nortear de forma bem contundente esse processo.

2.2. O princípio da dignidade humana como norma jurídica

Entretanto, porque os princípios jurídicos devem ser obedecidos? Os princípios inseridos dentro na Constituição são espécies de normas jurídicas e, diferente de outras normas, existe uma imperatividade nos efeitos que ela quer produzir. Por isso, quando existe o desrespeito de uma norma jurídica pode haver punições. Assim sendo, no Estado de Direito todas as pessoas, inclusive entes de direito público e privado e até mesmo o Poder Público deve acatar as normas jurídicas. Ana Paula de Barcellos diz que “a imperatividade dos efeitos pretendidos é o que caracteriza essencialmente, e distingue, as normas *jurídicas* das demais normas sociais”, logo, “para garantir a imperatividade, existe a sindicabilidade, isto é, a possibilidade de exigir, por meios violentos, se necessário, o cumprimento das normas. E se a Constituição é uma norma jurídica, imperatividade e sindicabilidade são notas que caracterizam seus dispositivos”¹⁴. Mas, não é sempre que as normas jurídicas vêm explicitando quais os efeitos que ela quer causar no mundo dos fatos, e os princípios é um exemplo desse caso.

Diferentemente das regras - que possuem pressuposto e consequências específicas -, os princípios são mais genéricos e indefinidos. Essas indefinições podem ser tanto no efeito quanto nas condutas as quais o princípio almeja abordar, a questão é que essas indefinições não estão relacionadas apenas a critérios jurídicos,

¹⁴ BARCELLOS, A. P. d; A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011. p.37-41.

mas também a valores morais, opções políticas concepções filosóficas e outros. O primeiro grupo definido por Barcellos - dos efeitos relativamente indeterminados - “é a promoção de fins ideais, valores ou metas jurídicas”. O segundo grupo, ainda que tenha pretensões parecidas com o primeiro, possui desfechos mais determinados e isso os faz mais parecidos com as regras. Sobre esse segundo grupo a autora diz ainda:

“Embora a definição das condutas necessárias para realizar o efeito normativo dependa de avaliações políticas, em muitos casos será possível identificar condutas básicas indispensáveis para realização do efeito indicado pelo princípio, independentemente de colorações ideológicas”¹⁵

É de se esperar que quando o efeito pretendido por uma norma jurídica não é alcançado no mundo fático, o Poder Judiciário aja de forma a buscar a concretização dela. Contudo, mesmo quando é de fácil identificação as pretensões da norma jurídica não é tão simples a efetivação da mesma e com os princípios além desse primeiro obstáculo, o reconhecimento dos seus efeitos também se torna um problema.

Para a eficácia jurídica, modalidades foram criadas e no presente trabalho três delas são as mais importantes, haja visto que a doutrina as reconheceu para a eficácia jurídica dos princípios. São elas: negativa, vedativa de retrocesso e interpretativa. Devido à indeterminação dos princípios já explicados anteriormente, essas modalidades precisam ser mais trabalhadas quando se compara princípios com as regras. Mas farei uma breve explanação das três:

- Negativa: ela permite que as normas (*latu sensu*) ou atos que contradizem aquilo que o enunciado, no caso dos princípios, seja anulado. Sendo assim, ela funciona como uma “barreira de contenção”. O problema aqui é conseguir identificar quais são os efeitos pretendidos pelo princípio;
- Vedativa de Retrocesso: essa modalidade tem o intuito de coibir o legislador ignore ou invalide soluções que já existem de um problema sem criar outras opções, portanto presume que os princípios que cuidam

¹⁵ BARCELLOS, A. P. d; A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011. p. 65-69.

dos direitos fundamentais devem ser regulamentados através de lei ordinária e

- Interpretativa: devido às indeterminações dos princípios, essa modalidade é a mais ampla quanto a sua aplicação. Ela basicamente exige que “os comandos normativos de hierarquia inferior sejam interpretados conforme os de hierarquia superior”.

Às duas primeiras modalidades descritas acima foram classificadas por Ana Paula de Barcellos¹⁶ como formas diretas de eficácia jurídica, enquanto a última foi qualificada como forma indireta de eficácia jurídica. Ou seja, ao passo que a primeira e a segunda permitem “exigir do Judiciário” a concretização do enunciado ou que o contrário do que ele diz ocorra, a terceira não permite “exigir” o enunciado apenas a realização dele de forma indireta.

A autora aponta como problema dessas três modalidades que quando os efeitos dos princípios não são cumpridos, geralmente pelo Estado, de forma comissiva ou omissiva essas modalidades não são capazes de controlar. A solução seria utilizar a modalidade simétrica, pois dessa forma seria possível buscar judicialmente os efeitos pretendidos pelo enunciado da norma jurídica qual seja o princípio. Isso seria feito criando direitos subjetivos.

Em uma utopia a modalidade de eficácia jurídica simétrica seria usada em todas as normas jurídicas, quais sejam regras ou princípios. Todavia, não vivemos em um mundo ideal e as normas possuem uma hierarquia entre elas, sendo medida da mais fundamental¹⁷ para a sociedade até aquela menos fundamental. Conseqüentemente, aquelas “mais” fundamentais se utilizam da modalidade positiva e quando não cabe essa, segue a ordem decrescente até a menos consistente (positiva, nulidade,

¹⁶ BARCELLOS, A. P. d; A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011. p. 75-113.

¹⁷ A autora usa as definições Rawls e Waltzer para definir a fundamentalidade social da dignidade humana. Enquanto o primeiro acredita que sem o mínimo existencial não há gozo dos direitos da liberdade por isso, o mínimo existencial concebe de fato uma condição de liberdade. O outro argumenta que o mínimo existencial é uma imposição humana de moralidade mínima.

ineficácia, anulabilidade, negativa, vedativa do retrocesso, penalidade e interpretativa e outras)¹⁸.

3. MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial é considerado aquele piso em que não se pode ficar abaixo daquilo que um indivíduo precisa para sobreviver de forma digna. Para o Estado Democrático esse sentido simplório é bastante cômodo, pois se trata do cerne da questão e para a população em geral é o que basta¹⁹.

Todavia, é preciso entender que não se trata apenas das carências materiais como a comida. Da mesma forma, o lazer, a segurança, a educação e a saúde devem ser tratados como essenciais. Direitos esses, assim como outros, considerados sociais pelo art. 6º da Constituição Federal de 88²⁰.

Antes dela, a Declaração de Direitos Humanos da ONU de 1948²¹ em seu art. 25 vem dizendo que:

“1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a **saúde e o bem-estar**, principalmente quanto à **alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários**, e tem direito à **segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.**

(...)” (grifo meu)

¹⁸ BARCELLOS, A. P. d; A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011. p. 140.

¹⁹ BARCELLOS, A. P. d; A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011. p. 243-244.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988), Título II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS Capítulo II - DOS DIREITOS SOCIAIS, Art. 6º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 mai. 2021.

²¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2021.

Igualmente, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 tratou em seus arts. 11 e 13 respectivamente que todos os Estados signatários, como o Brasil²², deveriam “adotar medidas” para que as pessoas ficassem protegidas contra a fome e concordaram que “a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Antes disso, Daniel Sarmiento²³ salienta que, em 1933, Pontes de Miranda configura aquilo que ele chamou de “mínimo vital”. Ele dividiu esse mínimo em relativo e absoluto. O primeiro seria aquele que varia no tempo e no espaço, mas que não pode ser menor que o absoluto. Já o segundo é aquele indispensável para a sobrevivência do homem como a habitação, a alimentação, a comida, etc.

Atualmente, quando se fala em garantir as necessidades básicas dos brasileiros principalmente daqueles pertencentes aos grupos mais vulneráveis não há um entendimento de fato de que o Estado esteja cumprindo o seu papel de protetor do princípio da dignidade humana e garantidor do básico para a sobrevivência dessas pessoas. Entretanto, a realidade é de que não é suficiente. Pessoas ainda estão passando fome, a educação pública e de qualidade ainda não é garantida a todos, a saúde também não é oferecida de forma eficaz para todos.

Agora, em tempos de pandemia, todos esses problemas ficaram mais evidentes. O sistema de saúde público - Sistema Único de Saúde - SUS está saturado, quase colapsando e não consegue atender todos aqueles que precisam dele - não apenas aqueles que possuem COVID-19, mas também os que têm outras comorbidades e precisam ser atendidos. Da mesma maneira, a educação pública encontra barreiras para se adequar a educação a distância por meio virtual. Essa dificuldade se dá, porque os componentes das escolas - professores e alunos, principalmente - não possuem meios eficientes de dar e assistir a essas aulas. A

²² DECRETO N° 591, DE 6 DE JULHO DE 1992. Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm Acesso em: 16 mai. 2021.

²³ SARMENTO, Daniel; Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2020. pg. 190-191.

internet, o notebook ou o celular não são dados para eles e quando são, não são para todos. E isso é só o básico, porque ainda tem questões como a carga horária de professores aumentadas, alunos e alunas que não possuem em casa lugar adequado para estudar, ou terem que ajudar seus pais por isso não tem tempo para as aulas entre outras adversidades não citadas aqui.

Porém, por terem todos esses direitos violados, os mais desamparados acabam por não conseguirem exercer outras atividades de forma plena. Não se trata apenas de não conseguir ter acesso à aula e ter o seu processo educacional defasado, mas sem as devidas instruções não podem realizar seus deveres como cidadão integralmente, por exemplo. Ou, se não alcançam níveis de especialização que agradem empregadores, não podem se inserir no mercado de trabalho formal e assim buscam suas rendas em empregos informais. Mas tendo salários tão curtos não fomentam a economia.

Ademais, muitas pessoas perderam seus empregos durante a quarentena e não tem outros meios de se manterem senão com a ajuda do Estado que deu a alguns deles o auxílio emergencial²⁴. Inicialmente era no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) e atualmente está no montante de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para famílias de uma só pessoa, R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) para famílias de duas ou mais pessoas e R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais) para mães chefes de famílias monoparentais. Mas apenas uma pessoa de cada núcleo familiar pode receber esse dinheiro e serão apenas quatro parcelas. Além de outros requisitos cobrados pelo governo. Porém, o salário mínimo não está pagando cesta básica que está em crescimento em todo o país²⁵, muito menos o valor do auxílio emergencial oferecido. Não se deve esquecer também das contas como luz, água, aluguel que não deixaram de ser cobradas.

²⁴ CAIXA. AUXÍLIO EMERGENCIAL 2021. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/auxilio/auxilio2021/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 17 mai. 2021.

²⁵ AGÊNCIA BRASIL. Preço da cesta básica aumentou em todas as capitais em 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-01/preco-da-cesta-basica-aumentou-em-todas-capitais-em-2020>. Acesso em: 1 mai. 2021

No Estado Democrático de Direito tudo está interligado, então havendo uma falha na cadeia a democracia é afetada garantidamente. Destarte, para haver justiça e conseqüentemente um equilíbrio entre os interesses de todos os brasileiros, as oportunidades têm que ser iguais para todos os envolvidos sem haver distinção entre eles. Logo, a garantia do mínimo para todos é essencial para a manutenção da democracia²⁶.

O mínimo existencial está ligado ao princípio da dignidade humana visto que um alimenta o outro. Para que o princípio seja preservado, o Estado precisa garantir o mínimo aos seus cidadãos. Porém, esse piso difere para cada pessoa. Para alguns, deve o Estado garantir a saúde pública, a educação pública e o transporte público, por exemplo, pois não tem como garantir esses recursos para si. Outros têm condições de arcar com planos de saúde, escolas particulares ou possuem carros, motos e dinheiro para transportes privados. Portanto, o mínimo de uma pessoa difere do mínimo de outra.

A título de exemplo, durante a pandemia, as desigualdades foram elevadas à maior potência. Não são todos que podem ficar em casa e se cuidar da maneira que gostaria e que seria primordial para a não aglomeração, porque precisa sair para trabalhar. Outros que têm o privilégio de ficar em casa e se resguardar não o fazem porque não querem, por desacreditar na gravidade da doença ou por acreditar que não vai acontecer com eles. No entanto, geralmente os pertencentes do primeiro grupo são os mais prejudicados, pois dependem do sistema público de saúde e às vezes não conseguem ser atendidos a tempo e tem a sua dignidade anulada. Já aqueles inseridos no segundo grupo podem garantir cuidados médicos privados por isso tem sua saúde cuidada mesmo quando não cuida dela por livre e espontânea vontade, logo, sua dignidade continua amparada

No entanto, o Brasil, assim como qualquer outro país, não tem um orçamento infundável em que o aparecimento de alguma necessidade faz com que de forma imediata o dinheiro apareça para resolver o problema. Essa escassez de capital do

²⁶ Daniel Sarmiento discute em seu livro como a democracia, a justiça e as liberdades dependem da defesa do mínimo existencial. SARMENTO, Daniel; Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: FÓRUM, 2020. pg. 207-209

país somado a todas as outras obrigações que também demandam sua atenção, o obriga a escolher quais deverão ser as prioridades e, às vezes, elas não asseguram o mínimo vital. Portanto, a garantia do mínimo existencial pelo Estado encontra uma barreira na reserva do possível que abordarei a seguir.

4. RESERVA DO POSSÍVEL

A relação que Constituição estabelece entre cidadão e Estado é aquela que o indivíduo pode reivindicar aqueles direitos tutelados pela Carta ao Poder Público²⁷. Mas, como dito anteriormente o capital do Estado é limitado e, para poder cumprir os direitos estabelecidos no ordenamento jurídico brasileiro o Estado tem que arcar financeiramente com essas ações. Estes investimentos saem dos cofres públicos que são compostos, basicamente, pelo dinheiro dos contribuintes brasileiros.

Seguindo essa lógica, ao reivindicar o cumprimento dos direitos sociais e individuais que estão garantidos na Constituição Federal, o cidadão brasileiro está arcando indiretamente com os gastos necessários para as políticas públicas, salvaguardando a dignidade da pessoa humana e assegurando o mínimo existencial do indivíduo, por exemplo.

Essa ponderação feita com o que se busca e o que de fato pode ser realizado se chama “reserva do possível”.

O termo surgiu na Alemanha em 1970 com o julgamento do caso *numerus clausus*²⁸ que tratava da quantidade de vagas ofertadas pelo ensino superior e a quantidade elevada de alunos que gostariam de ingressar, assim ficou resolvido:

“não existe, na perspectiva do cidadão, um direito subjetivo originário a uma vaga no ensino superior, mas, sim, um direito subjetivo respeitante às condições isonômicas de disputar uma vaga no âmbito do sistema já estabelecido de ensino, ademais de um dever

²⁷ BARCELLOS, A. P. d; A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011. p. 274.

²⁸ Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, BVerfGE 33, 303 (1972)

estatal de progressiva ampliação do número de vagas, a depender do curso e das exigências do mercado profissional.”²⁹

Ou seja, o Tribunal em questão decidiu que deveria haver uma seleção adequada para os estudantes que gostariam de entrar no ensino superior e, para eles, teriam que ter condições isonômicas e que respeitassem direitos fundamentais tanto de liberdade de profissão quanto de liberdade de formação. Do mesmo modo, as faculdades poderiam ter uma certa autonomia para ter seus próprios critérios de avaliação da aptidão dos alunos, mas essas avaliações não deveriam se sobrepor aos direitos fundamentais.

Nessa decisão não foi discutido o termo “reserva do possível”, mas ficou atestado que mesmo quando não há o direito originário do cidadão cabe-lhe exigir da sociedade ou do Poder Público o respeito aos direitos fundamentais de modo a facilitar ao indivíduo aquilo que lhe é necessário. No caso em tela a educação já neste trabalho, o mínimo existencial.

Após o *numerus clausus*, a reserva do possível já foi e é usada na jurisprudência de muitos países, inclusive do Brasil. Vale aqui ressaltar a ADPF 45³⁰ do Excelentíssimo Min. Celso de Mello. Trata-se de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra o veto incidido sobre o dispositivo destinado à elaboração da lei orçamentária do ano de 2004. A fundamentação da ADPF em questão foi o desrespeito ao preceito fundamental que garante recursos financeiros mínimos nos serviços públicos de saúde.

A violação da Constituição pode incorrer de forma positiva, ou negativa podendo comprometer a ordem constitucional. O Poder Público pode agir dessa forma de duas maneiras: editando normas que não validam aquilo que está escrito na Constituição ou não adotando medidas que efetivem os direitos e os princípios contidos na Carta Magna. Logo, quando o Estado não age de forma a proteger a dignidade da pessoa humana e não garante o mínimo existencial ao indivíduo ele está

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o direito ao ensino superior. Consultor Jurídico. jan./2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-05/direitos-fundamentais-tribunal-constitucional-alemanha-direito-ensino-superior>. Acesso em: 15 mai. 2021.

³⁰ Supremo Tribunal Federal. ADPF 45 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.2004

sendo inerte e violando de forma negativa o texto constitucional. No caso do BPC/LOAS, trata-se de uma medida efetiva para dar ao cidadão a possibilidade de sobreviver com o mínimo, todavia o critério de renda torna essa lei menos eficiente, pois o valor estabelecido é irrisório.

Os direitos da segunda geração – econômicos, sociais e culturais – tem como característica serem onerosos, por isso são reféns do orçamento disponibilizado pelo Estado, portanto se o Poder Público não tem como financiar políticas que tem como finalidade o cumprimento desses direitos não é plausível exigí-los de forma imediata. Contudo, a má administração do dinheiro público ou o uso indevido dele não pode ser usado para se esquivar, de maneira ilícita, das obrigações perante a população. Como fundamentado na decisão da ADPF 45:

“A limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.”

A reserva do possível se divide em três pontos: i) o fático, ii) o jurídico e iii) a razoabilidade. O elemento fático trata da existência ou não dos recursos necessários à satisfação do direito prestacional em jogo; o elemento jurídico é a autorização legal para a realização da despesa exigida e o último é a razoabilidade da prestação considerando o recurso e as demandas do Estado.

Como já explicado, o Estado deverá escolher quais são suas prioridades e decidir onde colocar seus esforços fazendo com haja déficit no cumprimento de algum dos seus deveres. Contudo, o argumento da reserva legal não pode ser usado de forma leviana a ponto de negar direitos essenciais ao seu povo, pois isso caracterizaria o que o Min. Celso de Mello pontuou como “a renúncia de reconhecê-los (os direitos fundamentais) como verdadeiros direitos”.

Os direitos sociais - que dependem de orçamento - e o mínimo existencial, não podem ficar condicionados à "reserva do possível" haja visto que atingiria diretamente a dignidade da pessoa humana. O cidadão, principalmente aquele mais vulnerável,

não tem o luxo de esperar que o Poder Executivo torne como prioridade a saúde do povo para encaminhar então verbas para políticas públicas que envolvam a saúde pública, por exemplo. Nesse ponto, o Poder Judiciário pode interferir nos outros poderes para que se “faça valer” o que consta na Constituição brasileira.

A falha do Poder Executivo e do Poder Legislativo em não publicar normas eficazes para o cumprimento da Lei Fundamental obriga o Poder Judiciário a corrigir tal lacuna. Cabe aos juízes analisarem cada caso concreto para poderem determinar ou não a vulnerabilidade da pessoa e se devem ou não conceder o benefício de prestação continuada, por exemplo. Nesse sentido, o Exmo. Min. Relator considerou que:

“No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. (...) A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos.”

De um lado está a razoabilidade da pretensão dos direitos sociais e individuais deduzida em face do Poder Público e, de outro, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações que são obrigações dele. O ideal então seria encontrar o equilíbrio entre os gastos públicos e a tutela dos direitos e nesses casos a proporcionalidade e a razoabilidade devem ser observados. Ana Paula de Barcellos ponderou: "Apenas depois de atingi-los (a eficácia dos direitos sociais e individuais, e o mínimo existencial) é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir"³¹.

³¹ BARCELLOS, A. P. d; A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011. p. 287.

Caso contrário, as desigualdades já pertinentes no Brasil ficarão ainda mais expostas e o que está se mostrando agora durante a pandemia - quanto às violações à dignidade da pessoa humana quando se trata das minorias - vai ser tornar uma constante no país e a tendência é ter uma nação para pouco, atingido diretamente o Estado Democrático de Direito.

5. O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - BPC/LOAS

Que as desigualdades sociais são um problema latente no Brasil é indiscutível e, ao longo deste trabalho expliquei como o princípio da dignidade da pessoa humana vem tentando, como fundamento da Lei Maior, diminuir essas diferenças entre as pessoas que estão em classes sociais distintas através do mínimo existencial.

À vista disto, a Constituição a partir do art. 194 possui disposições sobre a Seguridade Social que abrange a previdência social, a saúde e a assistência social. A assistência social precisa ser vista como último recurso para a proteção do mínimo individual. Isso porque é desejável que poucas pessoas necessitem de tamanha intervenção estatal. Assim, o art. 203 da CF/88 versa o seguinte:

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

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

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a **promoção de sua integração à vida comunitária;**

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

Visto a necessidade da sua normatização em 1993 foi publicada a Lei Orgânica da Assistência Social³² - Lei 8742/93 que dispõe sobre a assistência social e outras providências. O seu art. 1º diz que:

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

Ainda na Lei, o art. 4º refere-se aos princípios os quais a assistência social é regida:

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

(...)

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

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

(...)” (grifo meu)

Quando ela diz ser uma política de seguridade social não contributiva significa dizer que o indivíduo que busca a assistência social não precisa estar contribuindo mensalmente para o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS como é necessário para o recebimento de outros benefícios como o auxílio-doença ou a aposentadoria para poder receber tal assistência.

Uma das formas encontradas para prestar assistência aos vulneráveis foi o Benefício de Prestação Continuada - BPC/LOAS. Trata-se de um benefício no valor de um salário mínimo devido ao portador de deficiência e/ou ao idoso que não

³² BRASIL. Lei Orgânica da Assistência Social (1993). Lei nº 8742. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm

possuam condições de suprir suas necessidades básicas ou tê-las supridas pelo seu núcleo familiar. Nessa hipótese, o salário mínimo é pago a pessoa vulnerável que não tem condições de se inserir no mercado de trabalho e precisa de ajuda para ter uma vida minimamente digna e conseguir sobreviver.

A regularização desse benefício se encontra a partir do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social. Nos parágrafos do mencionado artigo e no *caput* estão alocados os requisitos para a concessão da prestação governamental. Uma breve explicação desses requisitos será feita a seguir.

5.1. Critério de Idade - *caput*

Ao contrário do que dispõe o Estatuto do Idoso³³ que em seu art. 1º considera idoso, a pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos) anos, para fins de recebimento do LOAS o *caput* do art. 20 considera qualquer pessoa maior de 65 (sessenta e cinco) anos, sem distinção entre homem e mulher - o que ocorre com outros benefícios previdenciários.

5.2. Critério familiar - §1º

O parágrafo 1º diz que o núcleo familiar é composto pelo “cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto” além do requerente.

Todavia, a família é a principal responsável pelo sustento do postulante e o Estado tem obrigação subsidiária de ampará-lo. O art. 194 da CF/88, já mencionado no texto, indica que a iniciativa das ações da seguridade social é dos poderes públicos

³³ BRASIL. Estatuto do Idoso (2003). Lei nº 10.741 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm

e da sociedade. Nesse contexto, a renda de todos os participantes da família será examinada.

5.3. Critério da pessoa com deficiência - §2º

O segundo parágrafo define a pessoa com deficiência: “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Essa definição também é encontrada no art. 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência³⁴.

Cabe aqui ressaltar a Súmula do TNU n°. 80:

“Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.”

No decorrer do art. 20 encontra-se no §10 o prazo mínimo de 2 anos para a definição de longo prazo. Já o §6 impõe uma avaliação com peritos médicos do INSS para avaliar o grau do impedimento.

Outra súmula importante é a 48 do TNU:

“Para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, o conceito de pessoa com deficiência, que não se confunde necessariamente com situação de incapacidade laborativa, exige a configuração de impedimento de longo prazo com duração mínima de 2 (dois) anos, a ser aferido no caso concreto, desde o início do impedimento até a data prevista para a sua cessação.” (grifo meu)

Logo, não basta ter no mínimo dois anos de impedimento e a simples presença da deficiência não entram nesse quesito, é preciso estar incapacitado para exercer atividades laborais para lograr o pedido de concessão do benefício.

³⁴ BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015). Lei n° 13.146 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm

5.4. Critério de Renda - §3º

Também conhecido como critério de miserabilidade, o último dos requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada é a renda *per capita* mensal da família que deveria sustentar o indivíduo vulnerável. Na lei, essa renda não pode ser superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, portanto, se o salário mínimo atual é de R\$ 1.100,00 (mil e cem reais), o núcleo familiar do cidadão que deseja receber o LOAS não pode passar de R\$275,00 (duzentos e setenta e cinco reais). Assim, em uma família de quatro pessoas cujo uma delas receba um salário mínimo mesmo que outra se encaixe em todos os outros requisitos ela não poderá requerer o benefício de prestação continuada.

Ora, se a pretensão do BPC/LOAS é a proteção da dignidade da pessoa humana dando ao cidadão o mínimo vital para ela conseguir sobreviver de forma digna, não parece razoável que um dos requisitos para a concessão do benefício seja uma renda *per capita* mensal tão baixa. Como já dito anteriormente, o salário mínimo não consegue pagar a cesta básica atual, imagina manter uma família de quatro componentes em que cada uma delas, precisa ter seu mínimo existencial garantido.

Nessa perspectiva, o critério de miserabilidade tem muita discussão acerca da sua constitucionalidade e sobre essas discussões, falarei a seguir.

6. INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE

Evidente que o legislador não considerou outros aspectos senão o financeiro para fixar esse valor como critério. Por isso, se discute a constitucionalidade desse dispositivo. Assim sendo, houve a propositura da ADI 1232/DF que visava a declaração de inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social para que tal instrumento perdesse sua eficácia, portanto, um novo piso seria acordado como critério. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade. Segue a decisão:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O

BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(STF - ADI: 1232 DF, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 27/08/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095)

Entretanto, para a determinação de um novo valor como teto, outros fatores seriam observados. O mínimo existencial e a reserva do possível poderiam e deveriam ser métodos de avaliação. Enquanto o princípio da dignidade da pessoa humana seria um fundamento.

Como já explicado ao longo deste trabalho, o mínimo existencial é considerado o piso das necessidades básicas que um indivíduo precisa ter para viver de forma digna. Porém, erroneamente as pessoas pensam que esse mínimo existencial se trata apenas da alimentação e da saúde. Mas o art. 6º da CF/88 traz outros direitos que são igualmente importantes para que brasileiro tenha uma boa vida.

Outro ponto que deve ser verificado é a contrariedade existente entre dispositivos que tratam do mesmo assunto. Enquanto o art. 203, V da Constituição/88 concede o BPC/LOAS para os indivíduos que não conseguem se manter e não possuem família que o faça. O §3º do art. 20 da Lei 8742/93 tem como requisito uma renda *per capita* mensal insignificante. Todavia, da mesma maneira que quem recebe R\$275,00 (duzentos e setenta e cinco reais) não consegue ter sua dignidade tutelada, aquele que recebe ½ salário mínimo também não o faz. Na prática, até quem recebe um salário não consegue se manter e quando o faz precisa abdicar de direitos que estão no rol do mínimo existencial.

Nesse entendimento, o STF conheceu a Reclamação 4374 sobre a inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei do LOAS. E, mesmo que sob a perspectiva de controle difuso - quando qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade incidental de alguma lei no caso concreto cuja lei ou ato

normativo não perde sua eficácia na regra em geral -, a jurisprudência brasileira tem se consolidado em sentido a definir o critério de miserabilidade em ½ do salário mínimo, logo, R\$550,00 (quinhentos e cinquenta reais). Tem-se como exemplo, o programa do Bolsa Família³⁵ que tem o ½ salário mínimo como critério financeiro dos seus requerentes e outros que também se utilizam desse mesmo patamar.

Assim estabelece o Min. Gilmar Mendes:

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

³⁵ BRASIL. Programa Bolsa Família. Lei n°. Lei 10.836/2004 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/10.836.htm

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

(STF - Rcl: 4374 PE, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013)" (grifo meu)

Essa decisão parece ser acertada e coerente, pois tenta trazer o dispositivo para a realidade em que vivem as pessoas vulneráveis tendo em mente outros critérios de avaliação da necessidade do recebimento do benefício. Analisou questões fáticas como políticas, econômicas e sociais além das jurídicas - criação de novos benefícios assistenciais com critérios mais condizentes com a realidade brasileira -, que levaram a um processo gradual de inconstitucionalização do dispositivo.

Cabe aqui salientar a Súmula 79 do TNU:

“Súmula 79, TNU: Nas ações em que se postula benefício assistencial, é necessária **a comprovação das condições socioeconômicas** do autor por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal.” (grifo meu)

Quando a Turma Nacional de Uniformização diz ser preciso comprovar as condições socioeconômicas, trata justamente de trazer essas questões para os casos concretos que o LOAS pode ou não se enquadrar.

Muitas dos vulneráveis que recorrem ao benefício assistencial não têm condições de arcar com nenhuma de suas necessidades básicas e, veem nele a última opção para sua subsistência. Então, não se trata apenas de ter dinheiro para comprar comida, mas também o pagamento das contas de casa, arcar com vestimenta e transporte e outros. Geralmente, pessoas idosas e/ou com deficiência, por exemplo, precisam de remédios que às vezes não são dados pelo SUS ou que possam estar em falta - e aqui tem mais uma falha do Estado para preservar a dignidade da pessoa humana. Outras podem precisar de alimentação especial que ocasionalmente é mais cara. Sem mencionar itens de higiene pessoal e afins.

Ainda sobre a súmula, se discutiu a possibilidade de negar o benefício, mesmo quando o indivíduo se enquadra no critério de miserabilidade, mas as condições socioeconômicas mostraram o oposto da miserabilidade. Essa hipótese foi facilmente refutada, pois, seria uma afronta à dignidade da pessoa humana já que o piso estipulado por lei para o asseguramento do mínimo é $\frac{1}{4}$ do salário não se pode estar abaixo dele, para resguardar o mínimo existencial.

Em sua deliberação o Excelentíssimo Relator Ministro Gilmar Mendes argumentou que a decisão da Ação de Inconstitucionalidade que buscava a perda da eficácia do dispositivo tratado: “A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS”. Em relação a isso, antes do processo da Reclamação houve dois Recursos Extraordinários, sobre o mesmo assunto.

A seguir trechos do RE 580.963³⁶

“(…) o fato é que hoje o Supremo, muito provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida em 1998 na ADI n. 1.232, a partir desses robustos indícios que estão aí. (...)”

³⁶ Supremo Tribunal Federal. RE. 580.963 PR. Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 18/04/2013.

“(...) houve um processo de inconstitucionalização que se deflagrou, um processo de inconstitucionalização do parágrafo 3º e cito, então, todas essas bolsas com base num quarto do salário mínimo: A criação do Bolsa Família, outros programas de ações de transferência da renda do Governo foram unificados, Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação, Bolsa Escola, Programa Nacional de Acesso à Alimentação, Programa Nacional de Renda Mínima, todos esses agora com o critério de meio salário mínimo. (...)”

“(...) devolve ao juiz a adoção de critérios e, obviamente, retira aquilo que da tribuna se aponta, retira a possibilidade de que o legislador fixe um critério, quer dizer, estabelecendo um mínimo de segurança jurídica.”

“(...) na tentativa de remediar um gravíssimo problema social que se notabiliza como uma soma de injustiças, decorrente de uma desencontrada relação entre a letra objetiva da lei e a vontade da Constituição.”

“Toda a problemática enfrentada evidencia que a política pública deve ser revista e reajustada, de modo a melhor se adequar aos comandos Constitucionais. (...)”

Na mesma esteira, trechos do RE 567.985³⁷.

“Mostra-se natural e desejável que certos conteúdos constitucionais sejam interpretados à luz da realidade concreta da sociedade, dos avanços culturais e dos choques que inevitavelmente ocorrem no exercício dos direitos fundamentais previstos apenas de modo abstrato na Carta.”

“O objetivo do constituinte foi único: conferir proteção social àqueles incapazes de garantir a respectiva subsistência. Os preceitos envolvidos, como já asseverado, são os relativos à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados. Todos esses elementos fornecem razões para uma interpretação adequada do benefício assistencial estampado na Lei Maior.”

“Soa inequívoco que deixar desamparado um ser humano desprovido inclusive dos meios físicos para garantir o próprio sustento, considerada a situação de idade avançada ou deficiência, representa expressa desconsideração do mencionado valor.”

“Ora, para que uma pessoa seja capaz de mobilizar a própria razão em busca da construção de um ideal de vida boa – que, no final das contas, nos motiva a existir –, é fundamental que lhe sejam fornecidas condições materiais mínimas. Nesse aspecto, a previsão do artigo 203, inciso V, da Carta Federal também opera em suporte dessa concepção de vida digna.”

“(…), mas não se pode negar a relação entre a dignidade e (i) a proteção jurídica do indivíduo simplesmente por ostentar a condição humana e (ii) o reconhecimento de uma esfera de proteção material do ser humano, como condição essencial à construção da

³⁷ Supremo Tribunal Federal. RE. 567.985 MT. Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 18/04/2013

individualidade e à autodeterminação no tocante à participação política. Com base nessa visão, conclui-se que existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública. A isso a doutrina vem denominando mínimo existencial”

“Ora, a eliminação dessa forma aguda de pobreza é pré-condição da construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, da estabilidade política, enfim, do desenvolvimento do país como um todo. Sem condições materiais, não pode haver um cidadão pleno, apto a participar nos debates públicos, a produzir argumentos e críticas.”

“Com base no artigo 6º da Carta, compele-se os poderes públicos a realizar políticas públicas para remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria daqueles que infelizmente acabaram relegados a essa condição.”

“Ao declarar a constitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8.742/1993, o Tribunal o fez a partir de certo parâmetro, revelado pelo valor do salário mínimo em vigor à época do julgamento. Com o avanço da inflação e os reajustes do mínimo, é possível que outra situação fática se desenhe e que o novo quadro se apresente absolutamente discrepante dos objetivos constitucionais.”

“Ao fixar-se apenas no critério “renda”, o legislador olvidou outros elementos do mundo dos fatos que são relevantes para o exame do parâmetro “miserabilidade”. “

“Mostra-se patente que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, embora não seja, só por si, inconstitucional, gerou situação concreta de inconstitucionalidade. A incidência da regra traduz falha no dever, criado pela Carta, de plena e efetiva proteção dos direitos fundamentais, resultante da eficácia positiva de tais direitos, cuja concretização é condição essencial à construção de uma sociedade mais justa e, portanto, civilizada.”

“Pode-se dizer que, ao afastar a regra legal, os magistrados estariam confrontando a dignidade do postulante, no caso concreto, com a dos demais cidadãos, também carentes de prestações públicas. É o conhecido argumento da reserva do possível. Três razões levam-me a assentar a improcedência da crítica.

A uma, porque o benefício de assistência social tem natureza restrita, não basta a miserabilidade, impõe-se igualmente a demonstração da incapacidade de buscar o remédio para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais. Essas pessoas, obviamente, não podem ser colocadas em patamar de igualdade com os demais membros da coletividade. Elas gozam de evidente prioridade na ação do Estado, assentada pelo próprio texto constitucional. (...)

A duas, porquanto a superação da regra legal há de ser feita com parcimônia. Observem que cumpre presumir aquilo que normalmente acontece na interpretação do Direito: que juízes bem-intencionados vão apreciar, consoante a prova produzida no processo, a presença do estado de miséria, considerados os demandantes. O normal é a atuação de boa-fé. Além disso, vale ressaltar que o critério

de renda atualmente fixado está muito além dos padrões para fixação da linha de pobreza internacionalmente adotados. Esse elemento faz crer que a superação da regra será realmente excepcional.

A três, finalmente, porque o orçamento, embora peça essencial nas sociedades contemporâneas, não possui valor absoluto. A natureza multifária do orçamento abre espaço para encampar essa atividade assistencial que se mostra de importância superlativa no contexto da Constituição de 1988. (...)"

"É certo que as prestações básicas que compõem o mínimo existencial – esse conjunto sem o qual o ser humano não tem dignidade – não são as mesmas de ontem, e certamente não serão iguais às de amanhã."

Ambas as decisões estão em congruência com tudo o que foi apresentado ao longo deste trabalho. Portanto, a inconstitucionalidade do §3º não se trata apenas da perda da eficácia dele, mas também de analisar de modo mais realista o critério econômico. A interpretação desse dispositivo sob a luz da Constituição de 88 e conseqüentemente do princípio da dignidade da pessoa humana dá a ele uma elasticidade. Foi adicionado no próprio art. 20 mais um parágrafo que versa:

"§ 11. Para concessão do benefício de que trata o **caput** deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento."

Todavia, o INSS, sendo o responsável pela concessão do benefício de assistência social, administrativamente nega os benefícios quando o requerente não se enquadra no critério de miserabilidade conforme consta na lei. Desse modo, fica a encargo do Poder Judiciário fazer ponderações em cada caso concreto e estabelecer a concessão ou não do benefício de prestação continuada.

7. AS MUDANÇAS DO REQUISITO DE MISERABILIDADE DURANTE A PANDEMIA

Como já mencionado anteriormente, durante o período de pandemia em que estamos vivendo as desigualdades presentes na sociedade brasileira ficaram mais explícitas visto a quantidade de pessoas que perderam suas fontes de renda e muitas

não conseguiram se inserir no mercado de trabalho novamente ou só encontraram oportunidades no mercado informal.

Com isso, parece plausível pensar que nessa fase os requerimentos para concessão do BPC/LOAS tenham aumentado. Contudo, o ano de 2020 foi bastante conturbado quanto às mudanças do critério de miserabilidade.

Até o dia 22/03 o requisito era: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.”

No dia seguinte, 23/03/2020, a Lei n° 13.981³⁸ foi publicada e a seguinte alteração foi feita: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/2 (meio) salário-mínimo.”

De fato, essa mudança corroborou aquilo que já vem sendo apresentado pela jurisprudência pátria. Aumentou o piso de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ como se apresentam outras normas assistencialistas. Mas, com a ADPF n° 662, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia dessa alteração.

O argumento usado pelo Excelentíssimo Min. Gilmar Mendes em tal decisão é de que essa proposta não seria apenas para o período de pandemia em caráter emergencial e sim um plano a longo prazo. Por isso, ele precisa de um estudo de onde o investimento para o custeio desse benefício viria já que ele não se autossustenta. Por isso se baseou no art. 195, §5° da CF/88 que diz:

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

§ 5° Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

³⁸ BRASIL. Lei n° 13.981 (2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13981.htm

É certa a necessidade de planejamento e estudos complexos sobre o custeio dessa alteração. Aqui, entramos novamente na discussão sobre a reserva do possível e a necessidade que os direitos fundamentais positivos tem que ser o investimento essencial para eles serem eficientes em suas propostas.

Vale lembrar que o conceito da reserva do possível não pode ser usado para o não cumprimento dos princípios constitucionais e assim o Exmo. Ministro complementou:

“A faculdade confiada ao legislador de regular o complexo institucional da seguridade, assim como suas fontes de custeio, obriga-o a compatibilizar a realidade econômica com as necessidades sociais.”

Logo em abril de 2020, uma nova lei de nº 13.982³⁹ fez uma nova alteração no dispositivo que se apresentou da seguinte forma:

“Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja:
I – Igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, até 31 de dezembro de 2020;
II – Igual ou inferior a 1/2 (meio) salário-mínimo, a partir de 1º de janeiro de 2021.”

Porém, as mudanças continuaram a acontecer e o presidente da República vetou o inciso II e ficou determinado qual seria o critério até o dia 31 de dezembro de 2020. Então, nesse dia a MP nº 1.023⁴⁰ determinou que: “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja **inferior a um quarto do salário mínimo.**”

³⁹ BRASIL. Lei nº 13.982 (2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm - lei essa que pretende de estabelecer medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019.

⁴⁰BRASIL. Medida Provisória nº 1.023 (2020) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1023.htm

Notadamente, hoje o critério de miserabilidade é ainda mais restrito do que era antes, já que apenas famílias com renda *per capita* mensal é menor que $\frac{1}{4}$ do salário mínimo estarão no requisito.

Em pleno cenário que o Brasil está vivendo atualmente com a COVID-19 e toda a instabilidade financeira que os brasileiros estão lidando não parece plausível restringir ainda mais um direito do cidadão vulnerável. Se antes já parecia totalmente fora da realidade o que estava disposto, o afronte a dignidade da pessoa humana aparenta ser ainda maior. Logo, vai ficar de responsabilidade do Poder Judiciário analisar o contexto socioeconômico que cada requerente vive.

8. CONCLUSÃO

Tratando-se de um benefício assistencialista, o benefício de prestação continuada é concedido aos indivíduos vulneráveis. Sua função principal é a garantia do mínimo existencial do brasileiro para ele conseguir ter uma vida digna.

Desde a publicação da Lei Orgânica da Assistência Social em 1993, diversas foram as mudanças econômicas, sociais e jurídicas no cenário brasileiro. Transformações também ocorreram na visão do que é o mínimo existencial e de tudo o que ele abarca.

Desse modo, a interpretação do LOAS está mais coerente com os preceitos da Lei Maior e, principalmente, com o princípio da dignidade humana. Isso porque fazer uma leitura da lei se preocupando com a realidade fática de cada cidadão que necessita dela traz a possibilidade de mais pessoas vulneráveis serem abarcadas por ela.

Não se deve negar, é claro, que esse estudo socioeconômico não seja feito apenas em prol do cidadão, mas também do país que precisa garantir o mínimo existencial para ele. Assim, os gastos públicos que fomentarão tais leis precisam ser analisados para caberem nas leis orçamentárias do Brasil. Logo, se utilizar do conceito

da reserva do possível para negar assistência aos mais vulneráveis não é plausível se houver um equilíbrio entre o que precisa ser tutelado e o que tem para investir nos cofres públicos.

Ao contrário do que diz a lei, a jurisprudência pátria está se consolidando no sentido de analisar de modo mais abrangente os necessitados. Pois, não é concebível que atualmente o parâmetro para concessão seja de apenas $\frac{1}{4}$ do salário mínimo visto que existem outras leis assistencialistas que tem requisitos mais elásticos. Além disso, para aferir uma vida digna e tudo o que lhe remete são necessários parâmetros mais extensivos, como explicado ao longo do trabalho.

Ainda que alguns avanços tenham sido feitos em relação à matéria, o INSS se mostra relutante quanto à concessão do benefício quando o indivíduo não se enquadra nesse requisito em específico mesmo havendo um novo parágrafo na lei e súmula que indiquem uma investigação mais atenta e realista de cada situação.

Infelizmente, nesse último ano, em meio ao caos que o Brasil está vivendo com a pandemia e com todas as incertezas que ela acarretou levando mais pessoas a necessitar da ajuda do Estado, esse critério se tornou ainda mais restrito. Indo na contramão daquilo que vinha sendo feito e combatendo diretamente os preceitos da Constituição e dos fundamentos dela. Resta, então, ao judiciário continuar a fazer as análises de cada caso concreto e tornar o direito mais acessível àqueles que precisam de fato dele.

9. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Preço da cesta básica aumentou em todas as capitais em 2020**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-01/preco-da-cesta-basica-aumentou-em-todas-capitais-em-2020>. Acesso em: 1 mai. 2021

BARCELLOS, A. P. d; **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**, Título II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS Capítulo II - DOS DIREITOS SOCIAIS, Art. 6°. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015)**. Lei nº 13.146 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm
BRASIL. **Estatuto do Idoso (2003)**. Lei nº 10.741 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm

BRASIL. **Lei nº 13.981 (2020)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13981.htm

BRASIL. **Lei nº 13.982 (2020)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm

BRASIL. **Lei Orgânica da Assistência Social (1993)**. Lei nº 8742. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742compilado.htm

BRASIL. **Medida Provisória nº 1.023 (2020)** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv1023.htm

BRASIL. **Programa Bolsa Família**. Lei nº. Lei 10.836/2004 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.836.htm

CAIXA. **AUXÍLIO EMERGENCIAL 2021**. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/auxilio/auxilio2021/Paginas/default.aspx>. Acesso em: 17 mai. 2021.

Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1948%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20Universal%20dos%20Direitos%20Humanos.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2021.

DECRETO N° 591, DE 6 DE JULHO DE 1992., **Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm Acesso em: 16 mai. 2021.

IBGE. **Painel de Indicadores - Analfabetismo**. Disponível em:
<https://www.ibge.gov.br/indicadores>. Acesso em: 12 mai. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e o direito ao ensino superior**. Consultor Jurídico. jan./2018. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2018-jan-05/direitos-fundamentais-tribunal-constitucional-alemanha-direito-ensino-superior>. Acesso em: 15 mai. 2021.

SARMENTO, Daniel; **Dignidade da Pessoa Humana: Conteúdo, Trajetórias e Metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: FORUM, 2020.

Supremo Tribunal Federal. **ADPF 45** MC, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.2004

Supremo Tribunal Federal. **RE. 567.985** MT. Rel. Min. Marco Aurélio, julg. 18/04/2013

Supremo Tribunal Federal. **RE. 580.963** PR. Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 18/04/2013.

Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, BVerfGE 33, 303 (1972)

UNITED NATIONS. **United Nations Charter (full text)**. Disponível em:
<https://www.un.org/en/about-us/un-charter/full-text>. Acesso em: 25 abr. 2021.