

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA
AO ESTRANGEIRO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

CLAUDINEIA APARECIDA MEURER

FLORIANÓPOLIS

2013

CLAUDINEIA APARECIDA MERUER

**A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA
AO ESTRANGEIRO: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: PhD. Luiz Henrique Urquhart Cademartori

FLORIANÓPOLIS

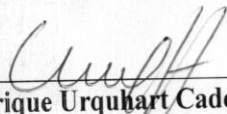
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

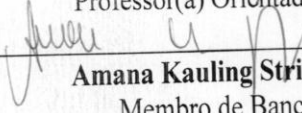
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada ao estrangeiro: Aspectos Doutrinários e Jurisprudenciais**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Claudineia Aparecida Meurer**, defendida em **04/12/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9º da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

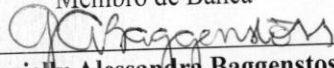
Florianópolis, 5 de Dezembro de 2013



Luiz Henrique Urquhart Cademartori
Professor(a) Orientador(a)



Amana Kauling Stringari
Membro de Banca



Grazielly Alessandra Baggenstoss
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, aos meus pais e, especialmente, à minha mãe que é meu exemplo de bondade, pureza e dedicação.

Agradeço ao meu marido pelo incentivo e inestimável apoio e, principalmente, por me acalmar nos momentos em que me senti uma mãe ausente.

Ao meu filho Lucas pelo seu amor incondicional.

Aos colegas de trabalho do INSS e, sobretudo, àqueles que se tornaram meus amigos.

Aos servidores da biblioteca da Procuradoria da República de SC, Maria Aparecida Sell e Jaci Francisco, pela excelência de atendimento.

Ao meu orientador, Professor PhD. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, pela sua sabedoria e paciência diante das minhas dúvidas.

RESUMO

A presente monografia possui o objetivo de demonstrar os argumentos contrários e favoráveis à concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada ao estrangeiro residente no Brasil segundo aspectos doutrinários e jurisprudenciais. De acordo com a Constituição Federal, o Benefício Assistencial é 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. O legislador infraconstitucional ao dispor sobre a Assistência Social foi omissivo, quanto ao direito do estrangeiro, ao determinar que a Assistência Social é direito apenas do “cidadão”. No campo de regulamentação restou assentado o direito ao Benefício Assistencial apenas ao brasileiro nato e naturalizado. Ainda que exista previsão Constitucional, Lei infraconstitucional e Decreto que regulamentam o Benefício Assistencial de Prestação Continuada da Assistência Social, há a necessidade de se entender as divergências entre o posicionamento do INSS, que denega o Benefício Assistencial ao estrangeiro, e o Poder Judiciário que vem entendendo ser possível a concessão do Benefício ao estrangeiro. Para tanto, dividiu-se o estudo em três capítulos. O primeiro capítulo visa analisar a Seguridade Social, seu histórico, a sua constitucionalização, os seus princípios e a Assistência Social. O segundo capítulo tem por objetivo definir o Benefício Assistencial e demonstrar os Requisitos necessários para a sua concessão. Por fim, o terceiro capítulo indicará, a partir de uma leitura da doutrina e da jurisprudência, os argumentos contrários e favoráveis à concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro residente no Brasil chegando-se à conclusão de que por meio do judiciário é possível o reconhecimento do direito do estrangeiro residente no Brasil ao recebimento do Benefício Assistencial.

Palavras-chave: Seguridade Social. Assistência Social. Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Concessão ao Estrangeiro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 A SEGURIDADE SOCIAL	9
1.1 Breve histórico sobre a Seguridade Social.....	9
1.2 A Seguridade Social e a Constituição de 1988.....	14
1.3 Princípios da Seguridade Social.....	15
1.3.1 Universalidade da Cobertura e do Atendimento	18
1.3.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios	19
1.3.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.....	20
1.3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios	20
1.3.5 Eqüidade na forma de participação no custeio.....	21
1.3.6 Diversidade da base de financiamento	22
1.3.7 Caráter democrático e descentralizado da gestão quadripartite	23
1.4 A Assistência social	24
2 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	29
2.1 Requisitos do Benefício Assistencial de Prestação Continuada.....	30
2.1.1 Pessoa idosa para fins de concessão do Benefício Assistencial.....	31
2.1.2 Pessoa com deficiência para fins de concessão do Benefício Assistencial	33
2.1.3 O conceito de Família na legislação do Benefício Assistencial.....	36
2.1.4 O Critério econômico de ¼ do salário mínimo de renda per capita	41
3 A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO ESTRANGEIRO.....	45
3.1 Considerações iniciais.....	45
3.2 Argumentos contrários à Concessão do Benefício Assistencial ao Estrangeiro	48
3.3 Argumentos favoráveis à Concessão do Benefício Assistencial ao Estrangeiro	55
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS.....	70

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão pretende demonstrar os argumentos contrários e favoráveis à concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada ao estrangeiro, residente no Brasil, segundo aspectos doutrinários e jurisprudenciais.

O Benefício Assistencial de Prestação Continuada, também conhecido como Benefício Assistencial, foi instituído pela Constituição Federal de 1988 como 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.

O legislador infraconstitucional, ao editar a Lei nº 8742/1993, que dispõe sobre a Assistência Social e o Benefício Assistencial, foi omissivo quanto ao direito do estrangeiro ao determinar que a Assistência Social é direito apenas do “cidadão”. Posteriormente, no campo de regulamentação de Decreto, restou assentado o direito ao Benefício Assistencial apenas ao brasileiro nato e naturalizado.

Dessa maneira, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, órgão responsável pela operacionalização do Benefício, vem indeferindo os pedidos de Benefício Assistencial postulados por estrangeiros residentes no país.

A discussão reside no direito ou não do estrangeiro residente no País ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Diante do debate, observa-se a predominância de dois posicionamentos sobre a questão: de um lado, tem-se uma corrente favorável à concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao estrangeiro residente no país e, de outro, entendendo que a concessão do Benefício Assistencial está restrita ao brasileiro nato e ao naturalizado.

Para tanto, o estudo foi desenvolvido por meio de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e será composta por três capítulos, a ser exposta brevemente a seguir.

No primeiro capítulo, abordar-se-á a Seguridade Social. Inicialmente, um breve histórico sobre a Seguridade Social será efetuado para que se possa compreender o seu surgimento no Brasil e no mundo. Posteriormente, o estudo seguirá pela análise da

Seguridade Social na Constituição de 1988, momento em que a Lei Maior positivou a Seguridade Social como sistema englobando a saúde, a previdência social e a assistência social. Em seguida, serão tratados os princípios da Seguridade Social e da Assistência Social.

No segundo capítulo, adentrar-se-á na análise do Benefício Assistencial explanando sobre a sua origem constitucional e posterior regulamentação. Em seguida, os requisitos necessários para a sua concessão serão estudados, definindo os conceitos de pessoa idosa, pessoa portadora de deficiência, família e critério econômico.

Por fim, o terceiro capítulo será dedicado a demonstrar os argumentos contrários e favoráveis, presentes tanto na doutrina como na jurisprudência, em relação ao direito do estrangeiro residente no país ao Benefício Assistencial.

1 A SEGURIDADE SOCIAL

A vida em sociedade, surgida a partir do desenvolvimento da percepção das facilidades que os agrupamentos humanos poderiam proporcionar aos seus integrantes individuais, traz já ínsita a idéia de proteção social.

Simone Barbisan Fortes¹

1.1 Breve histórico sobre a Seguridade Social

A seguridade social irrompeu-se da constatação de que as fórmulas de proteção concebidas ao longo da História não eram suficientes para suprir as necessidades humanas. Nos primórdios, a assistência do ser humano contra eventuais estados de necessidade era promovida a seu próprio cargo ou por sua família, e quando possível, com o auxílio voluntário da comunidade em que fazia parte. A garantia individual e a coletiva decorrentes do seguro privado e do mutualismo não se mostravam aptas a proteger todas essas necessidades². Com isso, a preocupação do homem com os sofrimentos provocados por adversidades da vida, como fome, incapacidade, velhice, despertou a inquietação da humanidade por proteção social.³

Inácio Magalhães Filho destaca que as grandes transformações impulsionadas pelo início da evolução socioeconômica, decorrentes das trocas comerciais e do incremento das concentrações urbanas, foram dando espaço para o surgimento de corporações de ofício que se configuravam em associações de proteção mútua. Segundo o autor, a solidariedade humana e a caridade evoluíram conduzidas pelo cristianismo. Por meio da Igreja católica, foram criadas corporações ou irmandades de socorro, cujas atuações eram bastante intensas e tinham por finalidade a ajuda mútua. À vista disso, a sociedade presenciou o surgimento

¹ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.21

² MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 14

³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 1

desses sistemas de ajuda recíproca, de origem livre e sem intervenção estatal, que se convencionou chamar de mutualismo.⁴

Com efeito, não obstante as corporações de ajuda mútua tenham exercido um papel importante para a sociedade, tal modelo começou a se mostrar inviável, principalmente, em virtude de a massa de contribuição dos mutuários não ser suficiente para garantir os recursos em caso de doença, invalidez, desemprego e morte. Além disso, a repercussão da evolução socioeconômica deu início às atividades profissionais exercidas em condições de risco, exigindo ainda mais do sistema. Por conseguinte, a estrutura do mutualismo passou a não suprir com eficiência as demandas advindas do crescimento natural da humanidade, dando origem ao surgimento de seguros privados, mantidos pelos empregadores.⁵

A Revolução industrial e a passagem para o capitalismo trouxeram como consequência a exclusão de parte da força humana assalariada do acesso ao emprego. A novidade, provocada pela introdução das máquinas na linha de produção, fomentou mudanças sociais abomináveis, tais como o crescente agravamento dos acidentes de trabalho, a redução dos salários, desemprego e a pobreza.⁶

Fábio Zambitte Ibrahim, ao comentar sobre o surgimento da proteção social, leciona dizendo:

o surgimento da proteção social foi fortemente propiciada pela sociedade industrial, na qual a classe trabalhadora era dizimada pelos acidentes do trabalho, a vulnerabilidade da mão de obra infantil, o alcoolismo etc. Há uma insegurança econômica excepcional pelo fato de a renda destes trabalhadores ser exclusivamente obtida pelos seus salários. Ademais, a lei da oferta e da procura mostra-se, neste estágio, perversa, haja vista a enorme afluência de pessoas da área rural para as cidades.⁷

Assim, utilizando a lição de Pierre Laroque, Inácio Magalhães Filho destaca que:

[...] o sentimento de insegurança se tornou sobremodo consciente quando se desenvolveu nas populações trabalhadoras dos centros industriais, isto é, nas populações que não dispõem de nenhuma reserva, nem material nem social, e para as quais a ameaça do futuro é uma ameaça da ausência completa de rendas, de meios

⁴ MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 14

⁵ Id. *Ibid.*, p. 15

⁶ Id. *Ibid.*, p. 15

⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 3

de subsistência, se o trabalhador perde o seu trabalho por um motivo qualquer. Para esse trabalhador, a insegurança é total e a ameaça permanente. Eis porque o problema da seguridade social, se não nasceu da Revolução Industrial, tornou-se afinal consciente em consequência desta.⁸

Na medida em que essa situação foi se agravando e tomando proporções ameaçadoras da ordem social, alguns países começaram a intervir diretamente. A Inglaterra, em 1601, já havia editado a chamada lei de amparo aos pobres, ou *Poor Relief Act*, que perdurou até 1834. Essa lei estabeleceu uma contribuição obrigatória para custear a assistência dos pobres. Na Alemanha, Otto von Bismarck criou um sistema de seguro tendo como característica seu caráter contributivo. Entre os benefícios estabelecidos, pode-se elencar o seguro doença, o seguro contra acidentes do trabalho e o seguro de invalidez e velhice.⁹

Não obstante, outros países também instituíram programas que priorizavam a seguridade social. A França, por exemplo, estabeleceu sistemas de assistência à velhice e aos acidentes de trabalho. Nos Estados Unidos deu-se início ao preceito do Estado do bem-estar social – *Welfare State*.¹⁰

Posteriormente, o governo inglês, com base no modelo criado por Beveridge - um programa de prosperidade política e social, mediante ingressos suficientes para que o indivíduo ficasse garantido contra a ocorrência de riscos sociais, tais como, indigência ou impossibilidade laborativa -, implantou um plano de previdência, em 1946, que assinala soluções para o combate da miséria pautado num processo de redistribuição de rendas. Dessa forma, a proteção social passou a contemplar também as prestações de assistência social, envolvendo, assim, os serviços de saúde, políticas de atendimento familiar, entre outras providências.¹¹ O Plano Beveridge foi referencial de toda a estrutura da seguridade social moderna, pela sua forma de cobrança compulsória de contribuições para financiar a seguridade, compreendida pela reunião dos três ramos da seguridade, a saber, saúde, previdência social e assistência social.¹²

⁸ MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.16

⁹ Id. Ibid., p.15

¹⁰ Id. Ibid., p. 17

¹¹ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 25

¹² MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 18

No que tange à Previdência Social, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, insere entre outros direitos fundamentais da pessoa humana à proteção previdenciária consoante prescreve o artigo 25:

Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive a alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à seguridade no caso de desemprego, doença, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de controle.¹³

A partir das lições de Simone Barbisan Fortes, uma estrutura protetiva foi se desenvolvendo para alcançar aos homens condições mínimas de sobrevivência. Nesse ínterim, o arcabouço protetivo foi se expandindo para mais tarde, no universo das políticas sociais, a Seguridade Social eclodir em direito humano fundamental, juridicamente organizado pelo Estado para o enfrentamento das contingências sociais.¹⁴

Magalhães Filho, em importante trecho de sua obra, enfatiza que:

o surgimento da política do bem-estar social em nível mundial ocorreu devido à necessidade de intervenção do Estado na busca de melhores condições de vida à classe trabalhadora, mediante uma legislação que pudesse fazer a redistribuição da renda para as camadas sociais menos favorecidas, (...) ¹⁵

No Brasil, assim como em outros países, a Seguridade Social passou por diversas mudanças. A doutrina acusa as Santas Casas de Misericórdia (de 1543) e o Montepio de Beneficênda dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha (1795) como sendo as primeiras entidades que atuaram nas questões relativas à Seguridade Social.¹⁶

Posteriormente, na Constituição do Império do Brasil de 1824, a seguridade social era efetuada por meio de socorros públicos que abrangiam os cidadãos brasileiros mais necessitados. Na Constituição de 1891, o termo aposentadoria é colocado em um dos seus artigos, instituída de forma gratuita e sendo concedida aos funcionários públicos, em caso de invalidez e a serviço da nação. Mais tarde, em 1919, surgiu a primeira Lei que tornou obrigatório o seguro de acidente de trabalho.¹⁷

¹³ MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.5

¹⁴ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.21

¹⁵ Id. Ibid., p. 18

¹⁶ MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 25

¹⁷ Id. Ibid., p. 26

Afirma Inácio Magalhães Filho que a doutrina majoritária considera a Lei Eloy Chaves, Decreto-Lei nº 4.682/1923, como sendo o marco inicial da previdência social brasileira. A referida Lei criou Caixas de Aposentadoria e Pensão (CAPs) para os empregados de empresas ferroviárias, que, por sua vez, esbabeleceu a contribuição dos empregadores, trabalhadores e Estado. *A posteriori*, o Decreto Legislativo nº 5.109/1930 ampliou as Caixas de Aposentadoria e Pensão para outras empresas e atividades. Com o passar da Revolução de outubro de 1930, o Estado reuniu as CAPs em Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs).¹⁸

Em 1931, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Nesse momento, através do Decreto nº 20.465/1931, houve a extensão do regime de caixas de aposentadoria e pensões aos empregados de todos os serviços públicos.¹⁹ Posteriormente, a Constituição de 1934 representou um grande progresso ao contemplar vários dispositivos de natureza social, tais como, o amparo aos caos de velhice, invalidez, maternidade, entre outros, além de estabelecer a forma tripartite de custeio.²⁰

No ano de 1960, a Lei nº 3.807 - designada como Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) - unificou os critérios relacionados à concessão de benefícios. Nas lições de Araújo, a Lei em comento:

(...) é considerada um marco na uniformização da legislação previdenciária, seja em termos de benefícios concedidos e de plano de custeio, seja pelo restabelecimento da participação dos segurados nos conselhos de administração, fiscalização, orientação e controle da previdência social. Esses conselhos eram constituídos por representantes do governo, dos empregados e dos empregadores, retomando o modelo de gestão colegiada existente nas antigas Caixas, suprimido pelo governo autoritário de 1937. O Decreto nº 48.959-A, de 10 de setembro de 1960, aprovou o Regulamento Geral da Previdência Social (RGPS), considerado um importante avanço legislativo rumo ao princípio da equidade.²¹

Mais tarde, o Decreto-Lei nº 72/66 incorporou todos os IAPs e criou o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Com a Lei nº 8.029/90 criou-se o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).²²

18 MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 26

19 ARAÚJO, Odília Sousa. *A reforma da previdência social brasileira no contexto das reformas do Estado: 1988 a 1998*. Natal: EDUFRN, 2004.

20 MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 27

21 ARAÚJO, Odília Sousa. *A reforma da previdência social brasileira no contexto das reformas do Estado: 1988 a 1998*. Natal: EDUFRN, 2004, p. 131

22 MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 27

1.2 A Seguridade Social e a Constituição de 1988

A Carta Federal de 1988 representa o marco mais significativo para a seguridade social brasileira. Pelos ensinamentos de Frederico Amado, a Constituição de 1988 foi a primeira a estabelecer a seguridade social como sistema englobando a saúde, a previdência social e a assistência social.²³ Desse modo, a Seguridade social é composta pela trilogia que compreende a Saúde, a Previdência Social e a Assistência social.²⁴

Ao se analisar a Constituição Federal, observa-se que o Constituinte originário reservou um capítulo para tratar da Seguridade Social. O atual sistema brasileiro de seguridade social foi inserido no Capítulo II, do Título VIII, que trata da Ordem Social, estando prevista nos artigos 194 a 204. A Lei Maior expressa, por meio do seu art. 194, a seguridade social como o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.²⁵

Simone Barbisan Fortes, ao comentar sobre a Seguridade Social no Brasil, argumenta que:

Sua posição tópica, inserida na Ordem Social, indica que tem como base o primado do trabalho, e como objetivos o bem-estar e a justiça social (art. 193), compreendendo, na forma do art. 194, um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos pertinentes às espécies que abarca, revelando-se, assim, um comprometimento de políticas sociais que, mais do que alcançar níveis mínimos de sobrevivência, aponta como teleologia a elevação das condições de vida da população, calcada no princípio da solidariedade.²⁶

²³ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 34

²⁴ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 441

²⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.

²⁶ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 28

Nos dizeres de Magalhães Filho, ao explanar suas lições sobre o tema, ressalta que, “a seguridade social, ao ser tratada no ambiente da Ordem Social assume papel instrumental, na medida em que representa o conjunto de técnicas destinado a garantir o bem-estar e justiça social, (...)”

Simone Barbisan Fortes, ao elucidar seus comentários, cita Marly Cardone:

Nota-se considerável avanço na Constituição de 1988, que manteve a ideia do Seguro Social (Previdência), baseada no direito privado, onde somente são beneficiados aqueles que contribuem, ampliando-o para a Seguridade Social, que visa a proporcionar a garantia de um rendimento mínimo e o acesso à saúde a todos que necessitarem, independentemente do pagamento de contribuições, por meio da Assistência Social, ampliando significativamente o universo de sujeitos protegidos, para se atingir o objetivo do Estado Democrático de Direito de erradicar a miséria, utilizando como instrumento a Seguridade Social.²⁷

A Seguridade Social como conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar os direitos atinentes à saúde, à previdência e à assistência social²⁸, revela-se, assim, “um comprometimento de políticas sociais que, mais do que alcançar níveis mínimos de sobrevivência, aponta como teleologia a elevação das condições de vida da população, calcada no princípio da solidariedade.”²⁹

1.3 Princípios da Seguridade Social

A Carta Magna representa o ponto culminante do processo de restauração do Estado democrático de direito e da superação de uma perspectiva autoritária timbrada na intolerância e na violência marcada pelos governos militares. Nota-se que a Carta Federal introduziu um sistema de princípios que visam consubstanciar as premissas elementares de uma dada ordem jurídica, indicando o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.³⁰ Pode-se dizer que os Princípios arrolados na Carta Constitucional consagram a síntese dos valores de uma ordem jurídica, devendo orientar e condicionar a interpretação de todas as outras normas jurídicas.

²⁷ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.28

²⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. out. 2013.

²⁹ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 28

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153

Na clássica definição destacada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.³¹

Luís Roberto Barroso, em importante estudo sobre a interpretação e aplicação da Constituição, prossegue dizendo que:

A Constituição, como é corrente, é a lei suprema do Estado. Na formulação teórica de Kelsen, até aqui amplamente aceita, a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado. De tal supremacia decorre o fato de que nenhuma norma pode subsistir validamente no âmbito de um Estado se não for compatível com a Constituição.³²

A Constituição ordena sistematicamente os princípios fundamentais da organização política do Estado e das relações entre esse Estado e a sociedade.³³ Como bem consignado por Luís Roberto Barroso, os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica.

Para o autor,

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.³⁴

Dessa forma, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 cercou-se de inúmeros princípios que, por sua vez, na moderna acepção constitucional, devem ser interpretados como proposições basilares que irão constituir-se em pilares informadores e inspiradores das normas jurídicas.³⁵ A desatenção ao princípio, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, implica

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito Administrativo*, 1986, p. 230 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 153

³² Id. *Ibid.*, p. 57

³³ Id. *Ibid.*, p.58

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151

³⁵ MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 19

afronta não apenas ao específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. Constitui-se na mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, consoante o escalão do princípio atingido, visto que representa insurgência contra todo o sistema, desobediência de seus valores fundamentais.³⁶

A seguridade social, inserida na Constituição, como capítulo da Ordem Social, assume papel instrumental na medida em que representa o conjunto de providências destinadas a garantir o bem-estar e justiça social.³⁷ Dessa forma, como bem lembra Inácio Magalhães Filho, em relação à seguridade social, “as diretrizes ou bases estruturais se constituem em verdadeiros princípios que exercem as funções reguladora-interpretativa-integrativa em relação aos conteúdos constitucionais e infraconstitucionais inerentes ao sistema de proteção social.”³⁸

Pode-se aduzir que certos princípios gerais, não específicos do Direito da seguridade social, são também aplicáveis ao instituto da seguridade por serem previstos constitucionalmente. Dentre os princípios gerais são aplicáveis à seguridade social o Princípio da Igualdade, segundo o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, o Princípio da Legalidade, previsto no inciso II do artigo 5º da Carta Magna, bem como o Princípio do Direito Adquirido, conforme previsto no inciso XXXVI do artigo 5º da Lei Maior.

A Constituição Federal enumerou em seu artigo 194, parágrafo único, a maioria dos princípios informadores da seguridade social, sendo elencados como objetivos a serem seguidos pelo Poder Público, a saber:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18

³⁷ MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 19

³⁸ Id. *Ibid.*, p. 19

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.³⁹

Marcelo Leonardo Tavares destaca que “os objetivos da Seguridade Social são veiculados mediante princípios que espraiam seus efeitos pelas três áreas de concentração da seguridade, informando as condutas estatais, normativas ou administrativas, de previdência, assistência e saúde.”⁴⁰

1.3.1 Universalidade da Cobertura e do Atendimento

O Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento busca informar a amplitude da proteção social que se almeja pelo sistema de seguridade social.⁴¹

Inácio Magalhães Filho salienta,

No caso da universalidade da cobertura, é focado o aspecto material do princípio, ou seja, os riscos sociais que precisam ser protegidos por meio da seguridade social. Já no caso da universalidade do atendimento a atenção se encontra voltada para o aspecto pessoal, ao público alvo do sistema. **Nota-se, então, que este princípio tem por significado que a seguridade social deve proteger todas as pessoas,** quaisquer que sejam as contingências sociais geradoras de necessidades que as tenham atingido. (grifo nosso)⁴²

Sérgio Pinto Martins, ao comentar o aludido princípio, explica que “a universalidade da cobertura deve ser entendida como a necessidade daquelas pessoas que forem atingidas por uma contingência humana, como a impossibilidade de retornar ao trabalho, a idade avançada, a morte etc.” Para o autor, “a universalidade do atendimento refere-se às contingências que serão cobertas, não às pessoas envolvidas, ou seja, às adversidades ou aos acontecimentos em que a pessoa não tenha condições próprias de renda ou de subsistência.”⁴³

39 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. out. 2012.

40 TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 188

41 MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.20

42 Id. Ibid., p. 20

43 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 78

Daniel Machado da Rocha aponta que a universalidade tem por pretensão tornar a seguridade social disponível a todas as pessoas residentes no país, inclusive estrangeiras.⁴⁴

Nesse diapasão, Marcelo Leonardo Tavares aponta que “a universalidade é uma característica dos direitos humanos (...) e que, “as prestações decorrentes do sistema de seguridade social devem ser destinadas às pessoas que delas necessitem, da forma mais abrangente possível.”⁴⁵

1.3.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios

O princípio da uniformidade dos benefícios, por sua vez, veda-nos a dar proteção social desigual às populações urbanas e rurais, enquanto que, o princípio da equivalência deve ser entendido como vedação de estabelecimento de critérios diferenciados para o cálculo dos benefícios previdenciários.⁴⁶

Nas palavras do doutrinador Inácio Magalhães Filho, “a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais têm aplicação no âmbito do Regime Geral de Previdência Social que mantinha, até o advento da Constituição Federal de 1988, discriminação no tratamento dado ao trabalhador rural.”⁴⁷

Ainda, segundo o citado doutrinador,

No modelo brasileiro existem vários regimes previdenciários, e é em relação a estes, portanto, que a uniformidade deve atuar de forma eficiente para obter o fim de regimes elitistas, visto que, se regimes elitistas assegurados a determinados trabalhadores estipulam requisitos específicos e prestações diferentes daquelas garantidas por outros regimes para os mesmos eventos cobertos, acabam patrocinando a desigualdade e a injustiça.⁴⁸

Daniel Machado da Rocha, ao comentar a questão, cita os ensinamentos de Marly Cardone expondo que a “Uniformidade é igualdade quanto ao aspecto objetivo, isto é, no que

⁴⁴ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33

⁴⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.189

⁴⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. Ed. São Paulo: Quatier Latin, 2010, p. 91

⁴⁷ MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 21

⁴⁸ Id. Ibid., p. 21

se refere aos eventos cobertos. Equivalência é quanto ao valor pecuniário ou qualidade da prestação.”⁴⁹

1.3.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

O princípio da seletividade e o da distributividade autorizam “o legislador a eleger os benefícios e serviços que melhor atendam aos mais necessitados.”⁵⁰

De acordo com Miguel Horvath Júnior, a escolha e seleção dos riscos que serão protegidos através da legislação ordinária serão feitas pelo legislador de acordo com a capacidade econômica do Estado. O autor explica que “a seletividade consiste na eleição dos riscos e contingências sociais a serem cobertos.” Enquanto que “a distributividade implica a criação dos critérios/requisitos para acesso aos riscos objeto de proteção, de forma a atingir o maior universo de pessoas, proporcionando assim uma cobertura mais ampla.”⁵¹

Nessa senda,

O legislador escolhe e seleciona os riscos que serão protegidos através da legislação ordinária, de acordo com a capacidade econômica do Estado. A seletividade e a distributividade devem ser pautadas, sempre que possível, pelo princípio da universalidade (caráter programático).⁵²

Assim, nas palavras do doutrinador Hermes Arrais Alencar, “o princípio da seletividade e o da distributividade determina que sejam priorizados os benefícios e serviços que garantam cobertura mais eficaz aos anseios atuais da sociedade.”⁵³

1.3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios

Nas lições de Miguel Horvath Júnior, o princípio da Irredutibilidade do valor dos benefícios “visa manter o poder real de compra, protegendo os benefícios dos efeitos maléficis da inflação.”⁵⁴ À vista disso,

⁴⁹ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.34

⁵⁰ ALENCAR, Hermes Arrais, *Benefícios previdenciários*. 4. Ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 45

⁵¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. Ed. São Paulo: Quatier Latin, 2010, p. 93

⁵² Id. *Ibid.*, p. 93

⁵³ ALENCAR, Hermes Arrais, *Benefícios previdenciários*. 4. Ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 46

A sistemática constitucional delega ao legislador ordinário a escolha de um índice inflacionário que será utilizado na atualização dos benefícios de forma a garantir a preservação do real poder de compra. Assim, tivemos ao longo dos anos a legislação mudando os indexadores oficiais (INPC/IRSM/ URV/IPC-r/IGP-DI).⁵⁵

Daniel Machado da Rocha nos adverte que,

Com o princípio da irredutibilidade, busca-se impedir a diminuição dos valores nominais das prestações previdenciárias. Uma vez definido o valor devido a título de prestação previdenciária, este não pode ser reduzido nominalmente, salvo se houver erro na sua concessão. O caráter alimentar da prestação impede que o benefício seja penhorado, arrestado ou sequestrado, nos termos do art. 114 da LBPS. Sobre os descontos que os benefícios podem sofrer, vide os comentários ao art. 115.⁵⁶

Ainda, segundo o referido autor,

Outro aspecto de relevância notável para a manutenção do valor real destas prestações, cujo pagamento em geral é feito de forma continuada, é o sistema de reajustamento, destinado a não permitir que a inflação avilte o poder aquisitivo dos aposentados e pensionistas (embora existam intermináveis discussões, em todos os períodos, sobre a adequação ou não dos índices escolhidos pelo legislador ordinário na tentativa de tornar efetivo o preceito constitucional).⁵⁷

Por sua vez, Inácio Magalhães Filho assevera que “a modificação do valor monetário e do valor real é vedada pelo princípio da irredutibilidade, a fim de repelir reduções que retirem o poder de compra do beneficiário ou que não preservem o seu valor original.”⁵⁸

1.3.5 Equidade na forma de participação no custeio

A equidade consiste na participação do Estado e de toda a sociedade, de forma direta ou indireta, no financiamento do Sistema de Seguridade Social. O princípio da equidade na forma de participação do custeio nos orienta que “o legislador ordinário deve estabelecer padrões justos e razoáveis para todos os participantes.”⁵⁹

Consoante explica Simone Barbisan Fortes,

Deve-se aqui distinguir o Sistema Previdenciário, de cunho contributivo, do Sistema Assistencial, onde as prestações são devidas dependentemente de qualquer

⁵⁴ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. ed. São Paulo: Quatier Latin, 2010, p. 95

⁵⁵ Id. Ibid., p. 97

⁵⁶ ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.36

⁵⁷ Id. Ibid., p. 36

⁵⁸ MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 22

⁵⁹ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36

contribuição. Em outras palavras, para que um indivíduo possa ser integrado ao Sistema Previdenciário, em tese tem de contribuir para o sistema. Para que um indivíduo, por outro lado, seja beneficiado por uma prestação ou serviço da Assistência Social, não se exige nenhum tipo de contribuição, pois o custeio desta é suportado por toda a sociedade.⁶⁰

Para melhor esclarecer o princípio da equidade, convém colacionar importante excerto colhido da obra de Inácio Magalhães Filho:

É por meio da equidade que a seguridade social mostra o seu caráter distributivo, uma vez que ao Estado, enquanto agente da proteção, cabe a disposição dos encargos destinados ao financiamento da seguridade social mediante repartição, conforme o potencial econômico de cada um, ou seja, apenas aqueles que estiverem em iguais condições contributivas é que terão de contribuir da mesma forma. O trabalhador não pode contribuir da mesma forma que a empresa, pois não possui as mesmas condições financeiras.⁶¹

Assim, o princípio da equidade na forma de participação do custeio “pode ser entendido como justiça e igualdade na forma de custeio. Decorre da capacidade econômica do contribuinte prevista no art. 145, § 1º da Constituição Federal.”⁶²

1.3.6 Diversidade da base de financiamento

Por este princípio, a Constituição Federal de 1988 determina que “as bases de financiamento do Sistema de Seguridade Social não são incumbência de um único setor da economia, ou de uma dada classe social, mas de toda a sociedade.”⁶³ A diversidade das bases de sustentação está prevista no art. 195, *caput*, incisos I ao IV, da Carta Magna:

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:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro;

⁶⁰ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36

⁶¹ MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 23

⁶² HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. Ed. São Paulo: Quatier Latin, 2010, p.100

⁶³ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36

- II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;
- III - sobre a receita de concursos de prognósticos.
- IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.⁶⁴

Por outro lado, importante acrescentar que o legislador estabeleceu um modelo aberto, através do qual poderá instituir outras fontes de custeio caso as bases fixadas constitucionalmente para o financiamento da seguridade social tornem-se insuficientes. Tal possibilidade está expressa no art. 195, § 4º da Constituição Federal da seguinte forma: “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”⁶⁵

Portanto, nas palavras do doutrinador Inácio Magalhães Filho, “o princípio da diversidade da base de financiamento tem como significado que o ônus relativo à sustentação financeira da seguridade social deve ser repartido com toda a sociedade, de modo que, no fim, o montante não sobrecarregue em demasia um de seus setores.”⁶⁶

1.3.7 Caráter democrático e descentralizado da gestão quadripartite

O princípio é entendido por Simone Barbisan Fortes “como uma das maiores conquistas vindas com a Constituição de 1988.”⁶⁷ Para a doutrinadora, através do princípio, “restou assegurada, constitucionalmente, a participação popular nas direções dos colegiados em todos os sistemas de Seguridade Social (Saúde, Previdência e Assistência Social), como expressão da democracia participativa garantida no art. 10 da Carta.”⁶⁸

Art. 10. É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.⁶⁹

⁶⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.

⁶⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.

⁶⁶ MAGALHÃES FILHO, Inácio. *Lições de direito previdenciário e administrativo no serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.23

⁶⁷ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37

⁶⁸ Id. *Ibid.*, p. 37

⁶⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.

Nas lições de Miguel Horvath Júnior,

o princípio da gestão democrática e descentralizada que a administração dos negócios referentes à seguridade social, em todos os seus níveis - desde a fase de planejamento orçamentário (a fase em que se descobre o montante de recursos necessários para custear todos os benefícios e serviços), passando pela aplicação destes recursos, chegando até o acompanhamento dos programas —, deve contar com a efetiva participação dos empregados, empregadores, aposentados e do Governo.⁷⁰

Desse modo, “a democracia na gestão significa efetiva participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e também do Governo na administração dos assuntos relativos à seguridade social de maneira equivalente.”⁷¹ Estando a descentralização “em consonância com a finalidade da Seguridade Social de proporcionar o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos relacionadas com a saúde, previdência social e assistência social.”⁷²

1.4 A Assistência social

A Constituição Federal de 1988 aponta em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito. Como um de seus fundamentos, elenca a dignidade da pessoa humana e, entre os seus objetivos, destaca a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, buscando erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Por sua vez, a Lei Maior constitucionalizou a Assistência social em seus artigos 203 e 204, *in verbis*:

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.⁷³

⁷⁰ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. Ed. São Paulo: Quatier Latin, 2010, p.102

⁷¹ Id. *Ibid.*, p.102

⁷² Id. *Ibid.*, p.103

⁷³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.⁷⁴

Nas palavras de Simone Barbisan Fortes, a Carta Magna “promulgada sob o signo de determinar o reingresso do país no regime democrático, ao final de um longo período ditatorial, já em seu preâmbulo afirma a instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, (...).”⁷⁵ Segundo a autora, o Estado Democrático de Direito “assume um papel transformador da sociedade, onde igualdade e solidariedade são valorizadas sobremaneira.”⁷⁶ Ademais, “nesta configuração constitucional reformadora, o acesso à Assistência Social está enquadrado dentre os direitos sociais, já que o art. 6º da Magna Carta elenca, objetivamente, o direito de assistência aos desamparados.”⁷⁷

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.⁷⁸

De acordo com Simone Barbisan Fortes os direitos sociais “são verdadeira dimensão dos direitos fundamentais, porquanto são uma maneira de expressar o princípio da igualdade material previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, bem como adotados no próprio preâmbulo do diploma constitucional.”⁷⁹

⁷⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.

⁷⁵ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.265

⁷⁶ Id. Ibid., p. 265

⁷⁷ Id. Ibid., p. 265

⁷⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.

⁷⁹ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.266

Consoante leciona Wladimir Novaes Martinez⁸⁰, a Assistência Social expressa “o conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações”.

Pelos ensinamentos que emanam da doutrina,

A assistência social vem indicada no art. 4º da Lei 8.212 de 1991 como a política social que prevê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social.⁸¹

Segundo Sérgio Pinto Martins, “realiza-se a assistência social de forma integrada às políticas setoriais, visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia de um padrão social mínimo, ao provimento de condições para atender a contingências sociais e à universalização dos direitos sociais”.⁸²

Salienta Sérgio Fernando Moro que,

Direitos como os da assistência social transcendem os objetivos usuais de política assistencialista, visando não somente atender a necessidades materiais, mas também propiciar aos necessitados as condições reais de participação na vida política e social, o que é imperativo do regime democrático.⁸³

Ademais, nos dizeres de Marcelo Leonardo Tavares,

A assistência social é um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida. É um direito social fundamental e, para o Estado, um dever a ser realizado por meio de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas da existência humana, tais como a maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas.⁸⁴

Posteriormente, no plano infraconstitucional, a Lei nº 8.742/93, intitulada de Lei Orgânica da Assistencial Social/LOAS, veio dispor sobre a organização da Assistência Social. De acordo com o artigo 1º, da Lei nº 8.742/93,

1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através

⁸⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992, p.83

⁸¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart *et al.* *Hermenêutica aplicada: o benefício assistencial de prestação continuada à luz das teorias neoconstitucionais*. Curitiba: Juruá, 2012, p.31

⁸² MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 487

⁸³ MORO, Sérgio Fernando. *Restrição legal ao direito fundamental ao benefício da assistência social*. Revista de Previdência Social, São Paulo, n. 249, 2001, p.2

⁸⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.⁸⁵

Na referida Lei nº 8.742/1993, os princípios norteadores da Assistência Social estão contemplados de forma expressa, assim expostos:

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

I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;

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;

IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.⁸⁶

Pode-se salientar, consoante leciona Frederico Augusto Di Trindade Amado, que “os princípios informadores da Assistência Social brasileira revelam o seu espírito, pois este subsistema da seguridade social objetiva realizar as necessidades básicas das pessoas em situação de vulnerabilidade social, buscando restaurar ou preservar a sua dignidade.”⁸⁷

A assistência social eclode como Política de Seguridade Social não contributiva que destina-se a prover os mínimos sociais para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Por sua vez, o Benefício Assistencial de Prestação Continuada, também conhecido como LOAS ou Benefício Assistencial, que será tratado no próximo capítulo, é um benefício de cunho assistencial previsto no art. 203, inciso V da Constituição Federal, assim exposto:

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

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria

⁸⁵ BRASIL. Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. 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 10 jul. 2013.

⁸⁶ BRASIL. Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. 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 10 jul. 2013.

⁸⁷ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 55

manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (grifo nosso)⁸⁸

Salienta-se que o Benefício Assistencial de Prestação Continuada possui natureza de benefício integrante da Assistência Social, um dos ramos da tríade da Seguridade Social (Saúde, Previdência social e Assistência Social). Ressalta-se que, anteriormente, havia a previsão do benefício Renda Mensal Vitalícia que era devida ao maior de 70 anos de idade, ou inválido. Entretanto, exigia-se, alternativamente, a filiação à Previdência Social, em qualquer época, por no mínimo 12 meses, consecutivos ou não; exercício pretérito de atividade remunerada ou filiação à antiga Previdência Social Urbana.⁸⁹

⁸⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.

⁸⁹ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 441

2 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício Assistencial de Prestação Continuada, também conhecido como Benefício Assistencial, com assento constitucional em seu art. 203, inciso V, é 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.⁹⁰

Portanto, a Constituição Federal ao instituir o Benefício Assistencial elegeu a pessoa portadora de deficiência e o idoso como destinatários do recebimento do benefício quando comprovarem não possuir condição de sustento próprio ou concebida pela sua família.

A regulamentação do Benefício Assistencial de Prestação Continuada foi promovida, no campo infraconstitucional, pelos arts. 20, 21 e 21-A, da Lei nº 8.742/93 tendo em vista que a Carta Magna deixou ao legislador ordinário a tarefa de dispor sobre as condições de concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada.

A norma constitucional que prevê tal benefício é classificada como norma de eficácia limitada, na classificação tradicional do Professor José Afonso da Silva. Por essa classificação, o direito subjetivo ao pleito da prestação somente se aperfeiçoaria quando da ação integradora do legislador ordinário, o que se deu no ano de 1993, por intermédio da Lei nº 8.742, a qual dispõe sobre a Assistência Social (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS).⁹¹

O requerimento do Benefício Assistencial de Prestação Continuada é efetuado Administrativamente perante o INSS. É oportuno também esclarecer, que embora o Benefício Assistencial de Prestação Continuada tenha natureza assistencial, coube ao INSS a operacionalização do referido Benefício de Prestação Continuada, nos termos do art. 3º do Decreto nº 6.214/07.

⁹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10. jul. 2013.

⁹¹ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 441

2.1 Requisitos do Benefício Assistencial de Prestação Continuada

A Lei nº 8.742/1993, por meio do art. 20 e seus parágrafos, estabelece os pressupostos para a concessão do Benefício Assistencial, a saber:

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

§ 1º Para os efeitos do disposto no *caput*, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

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

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.⁹²

À vista disso, oportuno assentar que, de acordo com André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho, o citado diploma legal fixa os requisitos para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada. Os critérios colocados pelo diploma infraconstitucional são: a) ser pessoa idosa com idade de 65 anos ou mais; ou b) ser pessoa portadora de deficiência; c) hipossuficiência demonstrada pela renda mensal *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo. Ademais, o requerente não pode estar vinculado a outro

⁹² BRASIL. Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. 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 10 jul. 2013.

regime de previdência social, bem como, também não pode estar recebendo benefício de qualquer espécie.^{93, 94}

A seguir, será abordada a análise dos requisitos que devem ser cumpridos para a concessão do Benefício Assistencial.

2.1.1 Pessoa idosa para fins de concessão do Benefício Assistencial

Aos que requerem o Benefício Assistencial na condição de pessoa idosa, o critério da idade é previsto, de forma expressa, no caput do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, *in verbis*:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e **ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos** ou mais que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (grifo nosso)⁹⁵

No que se refere ao requisito etário, necessário à concessão do Benefício Assistencial ao idoso, é importante acrescentar que a idade mínima do idoso percorreu por diversas alterações desde a sua regulamentação. Nesse ponto, Fábio Zambitte Ibrahim nos esclarece o seguinte, em sua obra:

I – no período de 1º de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997, vigência da redação original do art. 38 da Lei nº 8.742, de 1993, a idade mínima para o idoso era de 70 (setenta anos);

II – no período de 1º de janeiro de 1998 a 31 de dezembro de 2003, a idade mínima para o idoso passou de a ser de 67 (sessenta e sete anos), em razão da Lei nº 9.270/98;

III – a partir de 1º de janeiro de 2004, com o Estatuto do Idoso (art. 34 c/c art. 118, ambos da Lei nº 10.741/03), a idade passou para 65 (sessenta e cinco) anos. Apesar da Lei nº 10.741/03 fixar a idade de 60 anos como paradigma para a qualificação da pessoa como idosa, o benefício assistencial restou limitado aos idosos necessitados com mais de 65 anos.⁹⁶

Assim sendo, atualmente, como requisito de idade a ser cumprido pelos idosos, restou consubstanciada a idade mínima de 65 anos, nos termos do art. 34 do Estatuto do Idoso:

⁹³ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 445

⁹⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart *et al.* *Hermenêutica aplicada: o benefício assistencial de prestação continuada à luz das teorias neoconstitucionais*. Curitiba: Juruá, 2012, 100

⁹⁵ BRASIL. *Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. 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 10 out. 2013.

⁹⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 19

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.⁹⁷

André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho ressaltam que o critério da idade previsto, como sendo 65 anos, é fixado de forma igualitária tanto para o idoso do sexo masculino, como para o do sexo feminino.⁹⁸ Dessa forma, pode-se dizer que, na concessão do Benefício Assistencial, não há diferença de faixa etária aos idosos em função do sexo.

Por sua vez, o art. 10 do Decreto nº 6.214/07 regulamenta que a identificação e a comprovação da idade do idoso devem ser comprovadas com a apresentação de um dos seguintes documentos: certidão de nascimento, certidão de casamento, certificado de reservista, carteira de identidade ou carteira de trabalho e previdência social.⁹⁹

Ademais, André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho acrescentam que “a condição de pessoa idosa não apresenta maiores dificuldades, pois os textos legais são claros em fixar a idade mínima para a concessão do Benefício de prestação continuada.”¹⁰⁰ Nesse sentido, Luiz Henrique Urquhart Cademartori afirma que “o requisito etário não tem gerado maiores controvérsias no âmbito jurídico, eis que está cristalizada a idade mínima de 65 anos como pré-requisito à concessão do benefício assistencial.”¹⁰¹

⁹⁷ BRASIL. *Lei nº. 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 11 out. 2013.

⁹⁸ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 446

⁹⁹ BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato_2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 12 out. 2013.

¹⁰⁰ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 446

2.1.2 Pessoa com deficiência para fins de concessão do Benefício Assistencial

O legislador infraconstitucional fixou por meio do §2º da Lei nº 8.742/1993 o conceito de pessoa com deficiência para fins de concessão do Benefício Assistencial.

Cabe ressaltar que, nos termos do § 2º do art. 20 da supracitada Lei, em sua redação original, a pessoa portadora de deficiência era “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.” Como pode-se perceber, o legislador ordinário estabeleceu, para fins de caracterização de pessoa portadora de deficiência, a necessidade de comprovação concomitante da incapacidade para o trabalho e, também, para os atos da vida independente. Portanto, consoante lecionam André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho, o requerente deveria demonstrar “a existência da dúplici incapacidade, quais sejam, para o trabalho e para os atos da vida independente.”¹⁰²

Frederico Augusto Di Trindade Amado explica que esse conceito de pessoa portadora de deficiência, inicialmente empregado pela Lei nº 8.742/1993, como “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”¹⁰³, vinha sendo interpretado de maneira flexível pela jurisprudência. Por sua vez, a Súmula nº 29 de 13/02/1996, da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais prescreveu que:

Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.¹⁰⁴

Ainda, segundo o citado doutrinador, a Súmula nº 30, da Advocacia-Geral da União, de 30.06.2008, havia disposto que “a incapacidade para prover à própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742/1993.”¹⁰⁵

¹⁰¹ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart *et al.* *Hermenêutica aplicada: o benefício assistencial de prestação continuada à luz das teorias neoconstitucionais*. Curitiba: Juruá, 2012, p.15

¹⁰² LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.448

¹⁰³ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.70

¹⁰⁴ Id. *Ibid.*, p.70

¹⁰⁵ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 70

Como pode-se observar, o legislador ordinário assentou em sua redação inicial um conceito inexorável para definir pessoa portadora de incapacidade, no qual, o requerente deveria comprovar a coexistência da incapacidade para o trabalho e para os atos da vida independente. Todavia, judicialmente, a definição de pessoa portadora de deficiência prevista na legislação foi interpretada de forma flexível.

Ocorre que, no ano de 2008, por meio do Decreto-legislativo nº 186/2008, o Brasil efetuou a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sendo promulgada pelo Decreto presidencial nº 6.949/2009. Diante disso, o tratado foi recepcionado em nosso ordenamento jurídico com *status* de norma constitucional nos moldes do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.^{106,107}

Tendo em vista a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a Lei nº 12.435/2011 conferiu nova redação ao §2º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 que passou a ser:

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

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

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

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).¹⁰⁸

Posteriormente, o §2º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, que define o conceito de pessoa com deficiência, novamente sofreu modificação por meio da Lei nº 12.470/2011 e o conceito de pessoa com deficiência restou estabelecido com a seguinte redação:

Art. 20

(...)

§ 2o Para efeito de concessão deste benefício, **considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.**

¹⁰⁶ ALENCAR, Hermes Arrais, *Benefícios previdenciários*. 4. Ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 569

¹⁰⁷ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.70

¹⁰⁸ BRASIL. *Lei nº. 12.435, de 06 de julho de 2011*. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.¹⁰⁹

Portanto, atualmente, define-se pessoa com deficiência como aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Destaca-se que a concessão do Benefício Assistencial, na condição de pessoa com deficiência, ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do INSS, conforme previsão do §6º do art. 20 da referida Lei nº 8.742/1993.

Os arts. 21 e 21-A da Lei nº 8.742/1993 estabelecem hipóteses que se aplicam ao Benefício Assistencial na condição de pessoa com deficiência, quais sejam:

Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

§ 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no *caput*, ou em caso de morte do beneficiário.

§ 3º O desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência.

§ 4º A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento.

Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual.

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o *caput* deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no *caput* do art. 21.

¹⁰⁹ BRASIL. Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. 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 10 jul. 2013.

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.¹¹⁰

Impende destacar que os arts. 21 e 21-A da Lei nº 8.742/1993 determinam os prazos em que o Benefício Assistencial deve ser revisto, bem como as condições de suspensão e cessação do Benefício.

2.1.3 O conceito de Família na legislação do Benefício Assistencial

A Constituição Federal assentou o Benefício Assistencial como a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção, nem de tê-la provida por sua família.

Por conseguinte, definir família para fins de concessão do Benefício Assistencial mostrou-se imprescindível, considerando que um dos critérios para a concessão do Benefício está ligado à família que não consegue prover à pessoa idosa ou o portador de deficiência.

Atualmente, para fins de concessão considera-se família como aquela composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto, consoante § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, **a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.** (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011, grifo nosso)¹¹¹

Como se pode observar, trata-se de um conceito de família que recentemente foi alterado pelo legislador ordinário através da Lei nº 12.435/2011.

¹¹⁰ BRASIL. Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. 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 10 jul. 2013.

¹¹¹ BRASIL. Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. 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 10 jul. 2013.

Quando da publicação da Lei nº 8.742/93, o §1º do art. 20, em seu texto original conceituada família, para fins de Benefício Assistencial, “como a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição dos seus integrantes”. Sobre esse aspecto, Simone Barbisan Fortes mencionando Patrícia de Melo Sanfelice, salienta que tal definição de família não se valia do parentesco por consanguinidade como condição para o reconhecimento da unidade familiar.¹¹²

A posteriori, a Lei nº 9.720/1998 fixou nova redação ao referido § 1º do art. 20 da Lei 8.742/1993, pelo qual “Família é o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto”, que, por sua vez, compreendia:

Art. 16. (...)

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

(...)

§ 2º. O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º. Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.¹¹³

Como bem consignado por Simone Barbisan Fortes, o conceito de família assentado para fins de concessão do benefício assistencial, enquanto conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, a saber, o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido,

põe-se em absoluto descompasso com a conceitua-ção de família sob o prisma da afetividade e mútua dependência, em noção constitucionalmente aberta. Com isso, afasta do acesso ao benefício um contingente de pessoas cuja vida conjunta, para

¹¹² FORTES. Simone Barbisan. *Conceito Aberto de família e Seguridade social*. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José António (organizadores). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 256

¹¹³ BRASIL. *Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 11 jul. 2013.

além dos limites do art. 16 da Lei 8.213/91, é condição para a própria sobrevivência.¹¹⁴

Simone Barbisan Fortes acrescenta as conclusões de Eduardo Picarelli para demonstrar o quanto é restritivo a definição de família como conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/1991, desde que vivam sob o mesmo teto:

O novo conceito de família, pelo fato de se reportar aos dependentes previdenciários relacionados no art. 16 da Lei 8.213/91, é conceito restritivo de família, o qual não permite que seja interpretado como um conceito exemplificativo de família, isto para fins de inclusão de outros parentes que efetivamente façam parte da família. A definição está em descompasso com o tratamento plural atribuído à família pela Constituição, negando a caracterização como entidade familiar a uniões afetivas, estáveis e públicas, que se formam normalmente entre parentes, como, por exemplo, as famílias formadas por irmãos, por sobrinhos e tios, por netos e avós etc.¹¹⁵

Com efeito, a realidade social é composta pelos mais variados arranjos familiares. Nas famílias de menor renda, por exemplo, percebe-se o agrupamento de pessoas, num mesmo teto, como forma de enfrentamento do contingenciamento da vida e reunião de recursos.¹¹⁶

Ademais, Luiz Henrique Urquhart Cademartori observa que,

Muito se discute acerca da possibilidade de ampliação do rol de pessoas que integram o grupo familiar, de modo a incluir todos aqueles que coabitam sob o mesmo teto. Isto porque diferentes graus de parentesco habitam a mesma residência, ainda que além daqueles, delimitados pelo diploma legal.¹¹⁷

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais tem reiterado o entendimento de que o conceito de grupo familiar deve ser obtido mediante interpretação restrita das disposições contidas no § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 e no art. 16 da Lei nº 8.213/91.

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. NOÇÃO DE GRUPO FAMILIAR. INTERPRETAÇÃO RESTRITA DO § 1º DO ART. 20 DA LEI Nº 8.742/93. EXCLUSÃO DA SOBRINHA MENOR DO GRUPO FAMILIAR CONFORME O INCISO I DO ART. 16 DA LEI Nº 8.213/91. 1. Para fins de benefício assistencial, o conceito de grupo familiar deve ser obtido mediante interpretação restrita das disposições contidas no § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 e

¹¹⁴ FORTES, Simone Barbisan. *Conceito Aberto de família e Seguridade social*. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José António (organizadores). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p.273

¹¹⁵ Id. Ibid., p.274

¹¹⁶ Id. Ibid., p.273

¹¹⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart *et al.* *Hermenêutica aplicada: o benefício assistencial de prestação continuada à luz das teorias neoconstitucionais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 17

no art. 16 da Lei nº 8.213/91, o que, no caso, exclui a sobrinha do autor do grupo familiar. 2. Pedido conhecido e provido.¹¹⁸

E mais,

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO. LOAS. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. COMPOSIÇÃO DO GRUPO FAMILIAR PARA O CÁLCULO DA RENDA PER CAPITA. GENRO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Esta Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência tem reiterado o entendimento de que o conceito de grupo familiar deve ser obtido mediante interpretação restrita das disposições contidas no § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 e no art. 16 da Lei nº 8.213/91 (IUJEF 2005.70.95.007585-1, Relator Rony Ferreira e IUJEF 0000191-58.2006.404.7155, Relator Alberi Augusto Soares da Silva), razão pela qual não deve ser incluído o genro no cálculo da renda per capita exigida para a concessão do benefício assistencial. 2. Incidente conhecido e provido.¹¹⁹

Entretanto, Frederico Augusto Di Trindade Amado, ao comentar sobre o conceito de família, afirma que “uma forte corrente jurisprudencial vinha flexibilizando o rol do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, a fim de incluir outras pessoas na composição da família para fins de aferição da renda”¹²⁰. Para ilustrar, o referido autor destaca a decisão da Juíza Federal Maria Divina Vitória, PEDILEF: 200770950064928/PR:

PROCESSO CIVIL - ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. CONCEITO DE FAMÍLIA.

1. **Ao apurar o grupo familiar do requerente, o juiz não está adstrito ao rol do art. 16 da Lei n. 8.213/91, que, neste caso, é meramente exemplificativo, podendo, diante do caso concreto, ser alargado ou diminuído**, de acordo com a sua equitativa apreciação, e tendo em visto o art. 5º da Lei n. 11.340/2006.

2. Caso de retorno dos autos ao juízo de origem para, diante do caso concreto, fazer a adequação do julgado.

3. Recurso conhecido e provido em parte.^{121,122}

Do corpo do julgado verifica-se a preocupação e necessidade de se repensar o que seja família para fins de concessão de Benefício Assistencial. Segundo a Relatora, deve-se olhar para a realidade presente e perceber que o conceito de família moderno ultrapassou os limites do direito positivado. E mais, argumenta que:

Com a promulgação da Constituição Federal a família passou a ser considerada um agrupamento aberto, plural, multifacetário, fundamentada na busca

¹¹⁸ TNU, Relator: JUIZ FEDERAL DERIVALDO DE FIGUEIREDO BEZERRA FILHO, Data de Julgamento: 21/11/2008, Turma Nacional de Uniformização

¹¹⁹ 5016961-75.2012.404.7108, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relatora p/ Acórdão Luísa Hickel Gamba, D.E. 26/04/2013

¹²⁰ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.62

¹²¹ TNU - PEDILEF: 200770950064928/PR , Relator: JUÍZA FEDERAL MARIA DIVINA VITÓRIA, Data de Julgamento: 26/09/2008, Turma Nacional de Uniformização, Data de Publicação: DJ 19/08/2009

¹²² AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.62

comum do bem estar de seus membros, no apoio mútuo, na solidariedade e no afeto.

Infere-se, portanto, que **o conceito moderno de entidade familiar há muito ultrapassou os limites do direito positivado** (casamento, união estável e família monoparental) **para abarcar todo e qualquer agrupamento de pessoas onde permeie o elemento afeto e exista o ânimo de viver em família.**(grifo nosso)¹²³

Nas palavras da Relatora, “o ordenamento jurídico deverá sempre reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual os seus membros enxergam uns aos outros como seu familiar.”¹²⁴ Embora a decisão em comento não tenha reiterado o entendimento da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, mediante interpretação restritiva do art. 16 da Lei nº 8.213/91, vê-se, pois, por meio da referida decisão judicial, o reconhecimento da realidade social das famílias da sociedade atual.

Não obstante, com a edição da Lei nº 12.435/2011, que deu nova redação ao § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, a família passou a ser definida como aquela composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto, assim exposta:

Art. 20 (...)

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a **família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.**¹²⁵

Com efeito, pode-se afirmar que o novo conceito de família introduzido pela Lei nº 12.435/2011, para fins de análise da concessão do Benefício Assistencial, buscou uma aproximação da realidade social das famílias menos favorecidas, onde a relação afetiva se faz presente para o enfrentamento da pobreza.

¹²³ TNU - PEDILEF: 200770950064928/PR , Relator: JUÍZA FEDERAL MARIA DIVINA VITÓRIA, Data de Julgamento: 26/09/2008, Turma Nacional de Uniformização, Data de Publicação: DJ 19/08/2009

¹²⁴ TNU - PEDILEF: 200770950064928/PR , Relator: JUÍZA FEDERAL MARIA DIVINA VITÓRIA, Data de Julgamento: 26/09/2008, Turma Nacional de Uniformização, Data de Publicação: DJ 19/08/2009

¹²⁵ BRASIL. *Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. 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 10 out. 2013

2.1.4 O Critério econômico de ¼ do salário mínimo de renda *per capita*¹²⁶

A legislação infraconstitucional elegeu o critério econômico de renda mensal bruta familiar como um dos requisitos a ser cumprido pelo requerente do Benefício Assistencial, estando assim fixado:

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

(...)

§ 3º **Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.**¹²⁷ (grifo nosso)

Por sua vez, o Decreto nº 6.214/2007 regulamentou o critério econômico da seguinte forma:

Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

IV - família incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou do idoso: **aquela cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a um quarto do salário mínimo;**¹²⁸ (grifo nosso)

A comprovação da renda familiar mensal *per capita* será feita mediante Declaração da Composição e Renda Familiar, em formulário instituído para este fim, assinada pelo requerente ou seu representante legal, confrontada com os documentos pertinentes, ficando o declarante sujeito às penas previstas em lei no caso de omissão de informação ou declaração falsa.¹²⁹

¹²⁶ Nesse sentido, merece destaque a obra *Hermenêutica Aplicada: O Benefício Assistencial de Prestação Continuada à Luz das Teorias Neoconstitucionais*, que analisa o instituto do Benefício Assistencial e seu critério econômico sob um aspecto jurídico a partir das Teorias Neoconstitucionais. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart *et al.* *Hermenêutica aplicada: o benefício assistencial de prestação continuada à luz das teorias neoconstitucionais*. Curitiba: Juruá, 2012.

¹²⁷ BRASIL. *Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. 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 10 out. 2013.

¹²⁸ BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 12 out. 2013.

¹²⁹ BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de

Por conseguinte, o Decreto nº 6.214/2007, em seu inciso VI do art. 4º, estabeleceu a definição de renda mensal bruta familiar como a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, *pro-labore*, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 19 (ou seja, o valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família).¹³⁰

Do mesmo modo, o Decreto nº 6.214/2007, em seu §2º do art. 4º, deixou assentado os rendimentos que não serão considerados como renda mensal bruta familiar, quais sejam:

§ 2º Para fins do disposto no inciso VI do caput, não serão computados como renda mensal bruta familiar:

I - benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária;

II - valores oriundos de programas sociais de transferência de renda;

III - bolsas de estágio curricular;

IV - pensão especial de natureza indenizatória e benefícios de assistência médica, conforme disposto no art. 5º;

V - rendas de natureza eventual ou sazonal, a serem regulamentadas em ato conjunto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do INSS; e

VI - remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz.¹³¹

Observa-se que persiste discussão judicial quando o assunto é o critério econômico para a concessão do Benefício Assistencial. Pelo requisito legal, para o

1993, e a Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 12 out. 2013.

¹³⁰ BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 12 out. 2013.

¹³¹ BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 12 out. 2013.

reconhecimento do direito ao Benefício Assistencial a renda mensal *per capita* da família deverá ser inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Por meio da ADI 1.232-1, o Supremo Tribunal Federal entendeu como válido o critério econômico do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993:

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.**¹³²

Não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.232-1, os Tribunais vem decidindo pela possibilidade de utilização de outros parâmetros que possam verificar a miserabilidade do Requerente.¹³³

PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 203 DA CF. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. - **O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal.** A renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um *quantum* objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor. - No caso do idoso, ante a disposição contida no parágrafo único, do art. 34, da Lei nº 10.741/03, é necessário excluir da renda familiar, para efeito de aferição da renda *per capita*, aquela proveniente do membro da família que, contando com mais de 65 anos de idade, receba benefício de valor mínimo, seja ele de natureza previdenciária ou assistencial.¹³⁴

Assim também foi o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. **AFERIÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS QUE NÃO A RENDA FAMILIAR "PER CAPITA" INFERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO.** MATÉRIA DECIDIDA PELO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. RECURSO INADMISSÍVEL, A ENSEJAR A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 557, § 2º, DO CPC. 1. **A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no regime do Art. 543-C CPC, uniformizou o entendimento de que possível a aferição da condição de hipossuficiência econômica do idoso ou do portador de deficiência, por outros meios que não apenas a comprovação da renda familiar mensal "per capita" inferior a 1/4 do**

¹³² STF - ADI: 1232 DF, Relator: ILMAR GALVÃO, Data de Julgamento: 26/08/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095

¹³³ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p.66

¹³⁴ TNU, Relator: JUIZ FEDERAL MARCOS ROBERTO ARAÚJO DOS SANTOS, Data de Julgamento: 03/09/2007, Turma Nacional de Uniformização.

salário mínimo. 2. O entendimento adotado pelo e. Tribunal de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça. 3. A interposição de agravo manifestamente inadmissível enseja aplicação da multa prevista no artigo 557 § 2º do Código de Processo Civil. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹³⁵

Como se pode observar, restou uniformizado o entendimento de que é possível a aferição da condição de hipossuficiência econômica do idoso ou do portador de deficiência, por outros meios que não apenas a comprovação da renda familiar mensal "*per capita*" inferior a 1/4 do salário mínimo.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Reclamação 4.374/2007, reconheceu repercussão geral consoante decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes. A sua decisão expõe a constatação de que “os inúmeros casos concretos, que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país,” (...) “têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.” Para o Ministro Gilmar Mendes, “o Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial” de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.¹³⁶

¹³⁵ STJ - AgRg no Ag: 1164852 RS 2009/0047458-3, Relator: Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), Data de Julgamento: 26/10/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/11/2010

¹³⁶ Reclamação 4.374, de 01.02.2007. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia_oticiaStf/anexo/RCL4374.pdf. Acesso em 14 out. 2013

3 A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO ESTRANGEIRO

Neste capítulo, será abordada a discussão doutrinária e jurisprudencial que envolve a Concessão do Benefício Assistencial quando tal benefício é requerido na condição de estrangeiro residente no Brasil. A controvérsia reside no direito ou não do estrangeiro residente no País ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada.

3.1 Considerações iniciais

Primeiramente, é importante esclarecer que, a partir de 01/05/2013, com a publicação do Decreto nº 7.999/2013, passou a ser devida a concessão de Benefícios Assistenciais aos estrangeiros de nacionalidade portuguesa, residentes legalmente em território brasileiro e que tenham os requisitos preenchidos, tendo em vista o Acordo Adicional que alterou o Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa.

Como já explicitado neste trabalho, com a Carta Magna, constitucionalizou-se o Benefício Assistencial em seu art. 203, inciso V, conferindo ao idoso e à pessoa portadora de deficiência a garantia de um salário mínimo quando comprovarem não possuir condição de sustento próprio ou tê-la promovida pela sua família.

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

(...)

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (grifo nosso)¹³⁷

Observa-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a Assistência Social será concedida a quem necessitar. Contudo, a tarefa de dispor sobre as condições de concessão do Benefício Assistencial foram deixadas ao legislador infraconstitucional, que por

¹³⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.

sua vez, com a edição da Lei nº 8.742/1993 veio regulamentar o art. 203, inciso V, da Constituição Federal¹³⁸

A Lei nº 8.742/1993 - Lei Orgânica da Assistência Social - foi omissa em relação ao direito dos estrangeiros residentes no País à percepção do Benefício Assistencial de Prestação Continuada¹³⁹, ao estabelecer que:

Art. 1º A assistência social, **direito do cidadão** e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.¹⁴⁰ (grifo nosso)

É justamente partindo do pressuposto de que a assistência é “direito do cidadão”, e reconhecendo como “cidadão”, tão somente, o brasileiro nato ou naturalizado, que o Decreto nº 1.744/1995 deixou explícita a impossibilidade de o estrangeiro obter a prestação do Benefício Assistencial.¹⁴¹

Art 4º São também beneficiários **os idosos e as pessoas portadoras de deficiência estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil**, desde que não amparados pelo sistema providenciário do país de origem.¹⁴² (grifo nosso)

Posteriormente, o Decreto nº 6.214/2007, que revogou o Decreto nº 1.744/1995, também manteve estabelecido que o Benefício Assistencial é devido ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil, e obedeça a todos os demais requisitos expostos nesse regulamento.

Art. 7º **É devido** o Benefício de Prestação Continuada **ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento.** (grifo nosso)¹⁴³

¹³⁸ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 440

¹³⁹ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 78

¹⁴⁰ BRASIL. *Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. 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 10 out. 2012.

¹⁴¹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Direito do Estrangeiro Residente no País ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.12, p. 10, fevereiro 2012.

¹⁴² BRASIL. *Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 12 out. 2013.

¹⁴³ BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 12 out. 2013.

Como é sabido, o Benefício Assistencial é operacionalizado pelo INSS e, à vista disso, é requerido administrativamente perante esse órgão.

O INSS, ao analisar o pedido de Benefício Assistencial do Requerente estrangeiro residente no País, indefere os Requerimentos de Benefício Assistencial solicitados por estrangeiros com base na disposição do art. 7º do Decreto nº 6.214/2007, pelo qual preceitua que “é devido o Benefício de Prestação Continuada ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento”¹⁴⁴.

Diante disso, o debate sobre a possibilidade de concessão a estrangeiros residente no Brasil foi crescendo. O problema posto está sendo origem de demandas judiciais, visto que os estrangeiros residentes no Brasil, após terem seu pedido negado pelo INSS – com base no art.7º do Decreto nº 6.214/2007, buscam o Poder Judiciário para que o seu direito ao Benefício Assistencial seja reconhecido.

O tema teve a repercussão geral reconhecida pelo STF ao analisar o juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário nº 587.970, no ano de 2009, que no presente momento aguarda julgamento:

Petição/STF nº 20.343/2011 RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPERCUSSÃO GERAL CONFLITO A ENVOLVER AUTARQUIA FEDERAL ATUAÇÃO DA UNIÃO ADMISSIBILIDADE.1. A Assessoria prestou as seguintes informações: A União, por meio da Petição/STF nº 20.343/2011, requer o ingresso na qualidade de “*amicus curiae*” no Recurso Extraordinário nº 587.970/SP, o qual versa acerca da possibilidade de concessão do benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Carta da República à pessoa estrangeira domiciliada no Brasil. Sustenta que a relevância da matéria e a existência de fundados interesses jurídico e econômico por parte da Fazenda Federal na solução da demanda justificam o ingresso e a respectiva manifestação no processo. Ao longo da referida petição, afirma que a obrigatoriedade de prestação de assistência social a quem dela necessitar abrange unicamente o povo brasileiro, elemento constitutivo da noção de Estado e destinatário natural da norma constitucional. Aponta ser a nacionalidade, nata ou adquirida, requisito para a proteção de determinado Estado. O aludido benefício pode até se estender ao nascido no estrangeiro, desde que haja o requerimento da nacionalidade brasileira. A garantia indistinta do benefício assistencial da Lei nº 8.742/93 LOAS a todos os estrangeiros que residem no país, segundo a União, consubstanciaria afronta ao princípio da isonomia, pois implica conferir tratamento igual a pessoas que ostentam situações jurídicas diversas, facilmente reveladas no cotejo entre nacionais e estrangeiros, na aferição da legalidade da entrada e permanência (residência) do estrangeiro ou até mesmo pela admissão de diversos

¹⁴⁴ BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 12 out. 2013.

status legalmente possíveis ao estrangeiro legalmente residindo no Brasil, em razão do tipo de visto que lhe foi deferido (folha 7, negritos no original). Acrescenta, por fim, como condicionante à concessão do benefício assistencial a garantia de reciprocidade de tratamento em favor do cidadão brasileiro pelo Estado da nacionalidade do requerente. Anoto encontrar-se a admissão de *amicus curiae*, no âmbito da análise de repercussão geral em recurso extraordinário, prevista no artigo 543 A do Código de Processo Civil, o qual transcrevo abaixo: Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. O Regimento Interno do Supremo, no artigo 323, § 3º, dispõe: Art. 323. Quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o (a) Relator (a) ou o Presidente submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral. § 3º Mediante decisão irrecorrível, poderá o (a) Relator (a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral. 2. Está-se diante de situação enquadrável no permissivo legal do § 6º do artigo 543-A do Código de Processo Civil. 3. Admito a participação da União, que recebe o processo no estágio em que se encontra. Publiquem.¹⁴⁵

O cerne da discussão reside justamente na possibilidade de interpretação do termo “cidadão” fixado pela Lei nº 8.742/1993. Diante do debate, observa-se a predominância de duas correntes que se posicionam sobre a questão: uma entendendo ser possível a concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao estrangeiro; outra, em sentido contrário, vedando a concessão do benefício ao não nacional, mesmo que domiciliado em território nacional.¹⁴⁶

3.2 Argumentos contrários à Concessão do Benefício Assistencial ao Estrangeiro

É partindo do ditame da Lei regulamentadora do Benefício Assistencial, Lei nº 8742/1993, que ao enunciar em seu Art. 1º, “a assistência social, “direito do cidadão” e dever do Estado (...)”¹⁴⁷, que os defensores pela não concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro vão se apoiar. Desse modo, é por meio de uma leitura restritiva do termo “Cidadão” adotado pela Lei nº 8742/1993 que parte da doutrina e jurisprudência entendem que os estrangeiros residentes no Brasil não são destinatários do Benefício Assistencial.

145 STF - RE: 587970 SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 30/04/2011, Data de Publicação: DJe-119 DIVULG 21/06/2011 PUBLIC 22/06/2011

146 LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 443

147 BRASIL. *Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. 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 10 out. 2012.

Nas palavras de José Afonso da Silva, “Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências.”¹⁴⁸ E mais, “Nacionalidade e cidadania não mais se confundem. A nacionalidade é vínculo ao território estatal por nascimento ou naturalização, enquanto que a cidadania é um *status* ligado ao regime político.” Para o autor, Cidadania “qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política.”¹⁴⁹

Portanto, doravante definição de Cidadão apresentada, tão somente aqueles que exercem direitos políticos, quais sejam, os brasileiros natos e naturalizados aqui domiciliados, poderiam ser os destinatários do Benefício Assistencial.¹⁵⁰

Dessa forma, o Decreto nº 1.744/1995 (atualmente revogado pelo Decreto nº 6.214/2007), naquele momento, deixou determinado que apenas as pessoas idosas e portadoras de deficiência estrangeiras naturalizadas e domiciliadas no Brasil e desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem, poderiam ser beneficiários do Benefício Assistencial:

Art 4º São também beneficiários os idosos e as pessoas portadoras de deficiência **estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil**, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem. (grifo nosso)¹⁵¹

Posteriormente, do mesmo modo, o Decreto nº 6.214/2007, ao revogar o Decreto nº 1.744/1995, manteve assentado o direito ao Benefício Assistencial apenas ao brasileiro naturalizado ou nato:

Art. 7º É devido o Benefício de Prestação Continuada ao brasileiro, naturalizado ou nato, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento”, restou consubstanciado o conceito restritivo do termo Cidadão.¹⁵²

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 345

¹⁴⁹ Id. *Ibid.*, p. 345

¹⁵⁰ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 444

¹⁵¹ BRASIL. *Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em 12 out. 2013.

¹⁵² BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em 12 out. 2013.

Como se pode perceber, os Decretos nº 1.744/1995 e 6.214/2007 efetuaram uma análise restrita do conceito de Cidadão, empregado pela Lei nº 8.742/1993, ao regulamentarem o Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Dessa forma, a interpretação Administrativa e defendida pelo INSS é de excluir o estrangeiro residente no Brasil do rol de beneficiários nos termos do art. 7º do Decreto nº 6.214/2007.

Consoante leciona André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho,

A (...) corrente, contrária à concessão do benefício assistencial aos estrangeiros, é a posição oficial da Administração Pública e, por via de consequência, a que deve ser defendida em juízo. Seus argumentos se fundam no conceito de "cidadania" adotado pela Lei nº 8.742/93, ser restrito, ou seja, somente pode ser concedido o benefício assistencial de prestação continuada a quem exerça direitos políticos (brasileiros natos e naturalizados aqui domiciliados).¹⁵³

Hermes Arrais Alencar, ao tratar do assunto em sua obra, esclarece que o Estado Brasileiro concedeu, naquele primeiro momento, o Benefício Assistencial apenas aos Cidadãos portadores de deficiência ou idade avançada, (...). Para o autor,

A seletividade e a distributividade tem *status* constitucional e outorgam legitimidade ao legislador para efetivar "escolha" sobre prestações e beneficiários a serem protegidos pelo Estado em determinado momento histórico. O benefício da LOAS é concedido independentemente de contribuição do beneficiário aos Sistema de Seguridade Social.¹⁵⁴

A preocupação com as limitações orçamentárias está sendo colocada como um dos argumentos empregados para a não concessão do direito ao Benefício Assistencial aos estrangeiros residentes no Brasil. Para Hermes Arrais Alencar “o aspecto econômico atua reduzindo, momentaneamente, a amplitude do benefício, que é de pouco em pouco, ampliado conforme a situação econômico-financeira do Estado-provedor.”¹⁵⁵

Dentro desse contexto, André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho, ao analisarem a corrente contrária à concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro, afirmam que por meio das limitações orçamentárias impostas pela *Reserva do possível* e pelo caráter não contributivo das prestações assistenciais, não seria razoável atribuir ao Estado brasileiro o ônus de manter financeiramente os não-nacionais.¹⁵⁶

¹⁵³ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 444

¹⁵⁴ ALENCAR, Hermes Arrais, *Benefícios previdenciários*. 4. Ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 580

¹⁵⁵ ALENCAR, Hermes Arrais, *Benefícios previdenciários*. 4. Ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 581

¹⁵⁶ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 444

Consoante Ingo Wolfgang Sarlet, a construção teórica da “*reserva do possível*” teve sua origem na Alemanha, no início dos anos 1970. Para o autor, segundo a noção de “*reserva do possível*”, “a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos”.¹⁵⁷

Carlos Gustavo Moimaz Marques afirma que,

Não há como se resguardar tamanho direito com base na isonomia constitucional, quando é sabido que a efetivação dos direitos sociais prescinde uma análise econômica e financeira do País concedente, ou seja, é condição imprescindível para a própria efetivação do direito social a existência de condições econômicas-financeiras para suportar tamanha proteção.¹⁵⁸

Ainda, segundo Carlos Gustavo Moimaz Marques,

Ora, se uma das grandes discussões da sociedade internacional hoje reside justamente no devido equacionamento do custo dos direitos de seguridade para cada Estado nacional e seu povo, torna-se imprescindível analisar se é possível ao Brasil, que também tem em sua agenda de metas a reformulação e a restrição dos direitos sociais ante ao seu elevado custo, a assunção desse filete maior de proteção. E mais, se este raciocínio não transformará o País em verdadeira fonte assistencial para o mundo, estimulando migrações e assolando ainda mais o desequilíbrio financeiro-atuarial amplamente divulgado no custo do sistema de seguridade.¹⁵⁹

Ingo Wolfgang Sarlet, na obra intitulada como *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”* observa que,

Seja com relação aos direitos sociais a prestações de um modo geral, seja relativamente à própria garantia do mínimo existencial, não há como desconsiderar que uma das principais (se não a principal!) objeções esgrimidas em matéria de concretização dos direitos sociais diz respeito à dimensão economicamente relevante desses direitos, que, embora comum a todos os direitos fundamentais de todas as dimensões, acaba assumindo particular relevância quando se cuida da efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações. Com efeito, argumenta-se que as prestações necessárias à efetivação dos direitos fundamentais dependem sempre da disponibilidade financeira e da capacidade jurídica de quem tenha o dever de assegurá-las. Por conta de tal objeção, sustenta-se que os direitos a prestações e o mínimo existencial encontram-se condicionados pela assim designada “*reserva do possível*” e pela relação que esta guarda, entre outros aspectos, com as competências constitucionais, o princípio da separação dos Poderes, a reserva de lei orçamentária, o princípio federativo.^{160 161 162 163 164}

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 29

¹⁵⁸ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Direito do Estrangeiro Residente no País ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.12, p. 10, fevereiro 2012, p. 15

¹⁵⁹ Id. *Ibid.*, p.16

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 27

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que a *Reserva do possível* tem sido empregada de forma enganosa “quando é argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.”¹⁶⁵

Outro argumento empregado como defesa para a não concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro residente no Brasil se apóia na inexistência de Acordo Internacional de reciprocidade entre o Brasil e o país de origem do estrangeiro que vise garantir o Benefício Assistencial aos estrangeiros residentes no Brasil.

Mister esclarecer que o Brasil possui Acordos Internacionais de Previdência Social firmados com vários países.¹⁶⁶

Com a globalização, verifica-se um crescente movimento migratório de trabalhadores. Estes trabalhadores estarão cobertos pela previdência social do país em que desenvolvem suas atividades e, ocorrendo um movimento migratório para outro país, estarão sujeitos à legislação previdenciária deste novo país onde estiverem exercendo nova atividade. **Esse movimento não prejudica o direito a uma aposentadoria, pois os Acordos Internacionais de Previdência estabelecem a totalização dos períodos trabalhados nos dois países para implementação de direitos.**¹⁶⁷(grifo nosso)

¹⁶¹ Entretanto, Ingo Wolfgang Sarlet, indaga dizendo que, “não parece correta a afirmação de que a *reserva do possível* seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30

¹⁶² Ademais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “levar a sério a “*reserva do possível*” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, (...) que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32

¹⁶³ E mais, “As objeções atreladas à reserva do possível não poderão prevalecer nesta hipótese, exigíveis, portanto, providências que assegurem, no caso concreto, a prevalência da vida e da dignidade da pessoa, inclusive o cogente direcionamento ou redirecionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos, pois é disso que no fundo se está a tratar.” SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 37

¹⁶⁴ Ingo Wolfgang Sarlet ainda elucida que “Até mesmo a tese de que a *Reserva do possível* poderia servir de argumento eficiente a afastar a responsabilidade do Estado (...) não nos parece possa ser aceita, ainda mais de modo generalizado, na esfera das prestações que inequivocamente dizem com o mínimo existencial.” SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 37

¹⁶⁵ Id. Ibid., p.32

¹⁶⁶ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/publicacoes/coleo-previdncia-social/>. Acesso em 17 nov. 2013.

¹⁶⁷ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/publicacoes/coleo-previdncia-social/>. Acesso em 17 nov. 2013.

O fluxo migratório intenso de trabalhadores, provocado pelo elevado volume de comércio exterior, constitui um dos motivos pelo qual o Governo brasileiro firmou Acordos Internacionais com outros países. Assim sendo, hoje o Brasil mantém Acordos de Previdência Social com os seguintes países: Argentina, Paraguai, Uruguai, Bolívia, Chile, Equador, Espanha, Cabo Verde, Chile, Alemanha, Espanha, Grécia, Itália, Luxemburgo, Portugal e Japão. Os Acordos Internacionais de Seguridade Social “visam prover um arcabouço legal quanto às obrigações e direitos previdenciários, tendo em vista a movimentação migratória de trabalhadores.”¹⁶⁸

As disposições dos Acordos Internacionais de Previdência Social aplicam-se aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social brasileiro, relativamente aos eventos: incapacidade para o trabalho (permanente ou temporária); tempo de contribuição; velhice; morte e doença profissional. Tais Acordos Internacionais de previdência prevêm a Prestação de Assistência Médica no Exterior aos brasileiros e estrangeiros que se deslocam, trabalhadores, residentes ou em trânsito pelo Brasil.

Em matéria de Acordo de Seguridade Social, é importante lembrar que, tendo em vista o Acordo Adicional que alterou o Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, a partir de 01/05/2013, com a publicação do Decreto nº 7.999/2013, passou a ser devida a concessão de Benefícios Assistenciais aos estrangeiros de nacionalidade portuguesa, residentes legalmente em território brasileiro e que tenham os requisitos preenchidos.¹⁶⁹

Desse modo, observar-se que, com exceção do Acordo Adicional que alterou o Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa de Portugal, os Acordos Internacionais de Previdência Social assinados pelo Brasil não incluíram o Benefício Assistencial no rol de benefícios previstos.

Para Carlos Gustavo Moimaz Marques “Afastar a necessidade de relações que garantam direito recíproco entre Estados é atacar contra a própria higidez de qualquer sistema de

¹⁶⁸ MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL: Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/publicacoes/coleo-previdncia-social/>. Acesso em 17 nov. 2013.

¹⁶⁹ BRASIL. *Decreto nº 7.999, de 8 de maio de 2013*. Promulga o Acordo Adicional que altera o Acordo de Seguridade Social ou Segurança Social entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, firmado em Brasília, em 9 de agosto de 2006. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em 17 nov. 2013.

seguridade, pois lhe retira sua segurança jurídica e financeira, imprescindíveis para qualquer sistema.”¹⁷⁰

Carlos Gustavo Moimaz Marques acrescenta que,

Não menos verdade também é a conclusão de que **inexiste igualdade fática a ser protegida quando se sabe que o arranjo internacional não dá o mesmo tratamento que é empregado pelo sistema pátrio**, ou seja, como se pode falar em tratamento isonômico de estrangeiro e brasileiro se o inverso (brasileiro que reside no exterior) não tem esse mesmo amparo, apesar de estar em igual situação de miserabilidade? Como justificar o viés isonômico para proteger o estrangeiro e impor o ônus à coletividade (percepção objetiva do direito em si) se esse mesmo membro, que suportará esse gravame para custear o sistema, não terá o mesmo tratamento caso se veja nessa situação em outro país?¹⁷¹ (grifo nosso)

Carlos Gustavo Moimaz Marques afirma que é “justamente por meio dos acordos internacionais de reciprocidade que a solidariedade se materializa no âmbito internacional, basta verificar a quantidade de avenças realizadas pelo Brasil, não só no campo da previdência, como também da própria saúde.”¹⁷²

Dessa forma, sem o auxílio de todos não há como se custear nem tampouco legitimar qualquer sistema que busque a justiça social. E é justamente por isso que não há como se falar em efetivação de direitos de seguridade social a nível internacional, sem antes fixar o encargo de toda a coletividade mundial.¹⁷³

O referido autor sustenta que “é imprescindível para garantir proteção assistencial a estrangeiro que antes se averigue se toda a coletividade internacional também está disposta a suportar este mesmo ônus, sob pena de inexistir auxílio mútuo, idéia básica que legitimaria qualquer noção de solidariedade.”¹⁷⁴ Ademais, “a ausência de reciprocidade, seja nacional ou estrangeira, desvirtua até mesmo a legitimação do sistema em si.”¹⁷⁵ Portanto, nas palavras de Hermes Arrais Alencar, “a inexistência de tratados internacionais é óbice que não pode ser desprezado.”¹⁷⁶

No âmbito judicial, encontram-se precedentes que evidenciam argumentos contrários à concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro residente no país:

¹⁷⁰ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Direito do Estrangeiro Residente no País ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.12, p. 10, fevereiro 2012, p. 15

¹⁷¹ Id. Ibid., p.13

¹⁷² MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Direito do Estrangeiro Residente no País ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.12, p. 10, fevereiro 2012, p.13

¹⁷³ Id. Ibid., p.13

¹⁷⁴ Id. Ibid., p.13

¹⁷⁵ Id. Ibid., p.14

¹⁷⁶ ALENCAR, Hermes Arrais, *Benefícios previdenciários*. 4. Ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 581

EMENTA: BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CONCESSÃO. IDOSA ESTRANGEIRA NÃO NATURALIZADA BRASILEIRA. INEXISTÊNCIA DE ACORDO DE RECIPROCIDADE (TRATADO) ENTRE O BRASIL E O SEU PAÍS DE ORIGEM (A ARGENTINA). PRINCÍPIOS DA RECIPROCIDADE E DA RESERVA DO POSSÍVEL 1. De acordo com o princípio da reciprocidade, em virtude da igualdade entre os Estados (que devem se respeitar mutuamente, sob pena de violação de sua soberania), o estrangeiro deve receber de um Estado o mesmo tratamento que o nacional deste Estado recebe no País do estrangeiro, não tendo direito a receber mais do que isso simplesmente com base no princípio da isonomia entre nacionais e estrangeiros. 2. **No que tange às prestações positivas do Poder Público, a extensão aos estrangeiros dos mesmos direitos dos nacionais passa, necessariamente, pelo princípio da reserva do possível, de sorte que, diante da escassez de recursos os Estados podem fazer uma opção política de protegerem os seus nacionais mais amplamente do que os estrangeiros, ainda que residentes no País de que se trata.** 3. Em se tratando de Assistência Social e, mais especificamente, para fins de obtenção do benefício assistencial de prestação continuada previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988 e no art. 20 da Lei nº 8.742/93 o estrangeiro residente em território nacional que não seja naturalizado brasileiro só terá direito ao benefício se houver acordo de reciprocidade, mediante tratado, celebrado entre o Brasil e o seu País de origem. Já o estrangeiro residente em território nacional que for naturalizado brasileiro só terá direito ao benefício se tiver domicílio no Brasil e se não estiver amparado pelo sistema previdenciário do seu País de origem. 2. No caso, cuidando-se de idosa argentina não naturalizada brasileira, e não havendo entre o Brasil e a Argentina acordo de reciprocidade em matéria de Assistência Social, afigura-se incabível a concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988 e no art. 20 da Lei nº 8.742/93. 3. Recurso da parte autora improvido.¹⁷⁷ (grifo nosso)

É possível perceber, pela análise da Ementa, que a inexistência de acordo de reciprocidade é óbice para o reconhecimento do direito do estrangeiro residente no país ao Benefício Assistencial. Ademais, por meio do princípio da *Reserva do possível*, a Segunda Turma Recursal do RS nos afirma que o Brasil pode, diante da escassez de recursos, realizar uma opção política de proteger mais amplamente os seus nacionais do que os estrangeiros, ainda que residentes no País.

3.3 Argumentos favoráveis à Concessão do Benefício Assistencial ao Estrangeiro

A corrente defensora pela Concessão do Benefício Assistencial ao Estrangeiro adota uma interpretação ampliativa do termo de “cidadão” exposto pelo art. 1º da Lei nº 8.742/1993, *in verbis*:

Art. 1º A assistência social, **direito do cidadão** e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através

¹⁷⁷ RCI 2007.71.53.001711-7, Segunda Turma Recursal do RS, Relator Ricardo Nüske, julgado em 06/05/2009

de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.¹⁷⁸ (grifo nosso)

Para essa corrente, o termo “cidadão”, é entendido como todo indivíduo integrado à sociedade independentemente de serem nacionais e exercerem direitos políticos.^{179 180}

André Studart Leitão e Augusto Grieco Sant’Anna Meirinho, ao comentar o conceito de “cidadão”, explica que deve-se acolher o conceito de "cidadão" mais abrangente tendo em vista o princípio da universalidade aplicado à Seguridade Social.

Este princípio preconiza que as ações da Seguridade Social tenham a maior abrangência possível, não realizando distinção entre os destinatários que se encontram na mesma contingência, de modo a contemplar não apenas os nacionais, mas também os estrangeiros residentes no Brasil.¹⁸¹

Daniel Machado da Rocha esclarece que a universalidade tem por pretensão tornar a seguridade social disponível a todas as pessoas residentes no país, inclusive estrangeiras.

O princípio da universalidade tem por desiderato tornar acessível a seguridade social a todas as pessoas residentes no país, inclusive estrangeiras. Entretanto, quando se cogita da previdência social, espécie notoriamente contributiva do gênero seguridade social, não se prescinde da necessária participação econômica do segurado, sem a qual o sistema não seria viável. (grifo nosso)¹⁸²

Segundo os ensinamentos de Marcelo Leonardo Tavares, “a universalidade é uma característica dos direitos humanos como direitos de todas as pessoas. As prestações decorrentes do sistema de seguridade social devem ser destinadas às pessoas que delas necessitem, da forma mais abrangente possível.”¹⁸³

Nesse diapasão, o princípio da universalidade nos orienta para uma leitura ampla do termo “cidadão” assentado pelo art. 1º da Lei nº 8.742/1993. Ademais, interpretar de forma limitada o termo “cidadão” definindo-o como aquele indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado estaria, assim, excluindo da Assistência Social todos os

¹⁷⁸ BRASIL. *Lei n.º. 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. 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 10 out. 2013.

¹⁷⁹ LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 443

¹⁸⁰ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 72

¹⁸¹ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 39

¹⁸² ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 33

que não são titulares do direito de votar e ser votado. Desse modo, uma interpretação restrita do vocábulo “cidadão” nos conduziria para o afastamento de um dos objetivos da Assistência Social que é, por exemplo, o amparo às crianças (tendo em vista que as crianças não são titulares do direito de votar e ser votado e, portanto, não possuiriam o *status* de cidadãos).

Fábio Zambitte Ibrahim, em sua obra *Curso de Direito Previdenciário*, justifica seu posicionamento favorável à concessão de Benefício Assistencial ao estrangeiro legalmente residentes no Brasil:

(...) dentro da realidade nacional, **acredito que a exclusão de estrangeiros legalmente residentes no país não seria também proporcional, especialmente por vulnerar a abrangência necessária do sistema, fragilizando possível grupo carente somente motivado pela nacionalidade, grupo este formado, com freqüência, pelos mais necessitados da seguridade social, como que os colocando em situação de inferioridade frente aos nacionais.** A exclusão somente poderia ser admitida se houvesse comprovação cabal, por parte da União, de flagrante falência do sistema (e não simples alegações), não havendo, hoje, qualquer motivação sustentável para a não extensão da prestação a estrangeiros legalmente residentes. **Não há razoabilidade para tamanha discriminação, ainda mais ao se tratar de prestação necessária ao mínimo existencial.**¹⁸⁴(grifo nosso)

Outro argumento que se faz presente tanto na doutrina como na jurisprudência, sendo elencado como um dos principais fundamentos para a concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro, é igualdade de condição com o nacional prevista no art. 5º da Carta Magna:

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:¹⁸⁵ (grifo nosso)

Hermes Arrais Alencar ressalta que a garantia constitucional disposta no art. 5º da Norma Máxima é impositiva no sentido da inadmissão de quaisquer diferenciações na outorga de direitos entre nacionais e estrangeiros residentes no País. Diante disso, afirma que é devida a concessão do Benefício Assistencial aos estrangeiros residentes no País, se presentes os demais critérios estabelecidos a qualquer nacional, tais como, hipossuficiência aliada à idade ou à deficiência. Argumenta, ainda, que “a nacionalidade não é levada em consideração, mas sim a deficiência física ou mental, idade avançada e a hipossuficiência.”¹⁸⁶

¹⁸³TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.189

¹⁸⁴IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010, p. 26

¹⁸⁵BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10. out. 2013.

¹⁸⁶ALENCAR, Hermes Arrais, *Benefícios previdenciários*. 4. Ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 578

Ainda segundo os ensinamentos de Hermes Arrais Alencar,

em termos constitucionais, não encontra respaldo a discriminação pretendida pela Administração Pública Federal. Temos para nós que **o termo "cidadão" utilizado no dispositivo não foi empregado no intuito de restrição, corrobora essa afirmativa o inciso IV do art. 4º da própria lei que editada os princípios da Assistência Social:**

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

(...)

IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais.¹⁸⁷

Na concepção de Simone Barbisan Fortes, os direitos sociais “são verdadeira dimensão dos direitos fundamentais, porquanto são uma maneira de expressar o princípio da igualdade material previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, bem como adotados no próprio preâmbulo do diploma constitucional.”¹⁸⁸

Outrossim, os artigos que regulamentam o Benefício Assistencial na Lei nº 8.742/1993, fazem referência do Benefício em favor da "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.¹⁸⁹ Nesse ínterim, importante também mencionar que o texto Constitucional não efetuou qualquer distinção entre brasileiros e estrangeiros ao dispor sobre o Benefício Assistencial:

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.¹⁹⁰

Como se pode observar, a Constituição Federal em momento algum firmou restrição quanto à nacionalidade ao tratar do Benefício Assistencial. Ademais, o legislador

¹⁸⁷ Id. Ibid., p.579

¹⁸⁸ FORTES, Simone Barbisan. *Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.266

¹⁸⁹ ALENCAR, Hermes Arrais, *Benefícios previdenciários*. 4. Ed. São Paulo: Leud, 2009, p. 579

¹⁹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. out. 2013.

ordinário, por meio da Lei nº 8.742/1993, assentou em seu artigo 4º, inciso IV, a “igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais”.¹⁹¹ Portanto, a Lei nº 8.742/1993 ao indicar a Assistência Social como direito do “cidadão” vai de encontro com um dos seus objetivos que é a igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza.

Para demonstrar a aplicação do art. 5º da Constituição Federal como fundamento das decisões judiciais que são favoráveis à concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro residente no país tem-se a decisão da Egrégia Turma regional de Uniformização do Tribunal Regional da 4ª Região:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CONCESSÃO A ESTRANGEIRO LEGALMENTE RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. **A condição de estrangeiro legalmente residente no Brasil não impede a concessão de benefício assistencial** ao idoso ou deficiente, **pois a Constituição Federal, art. 5º, assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.** A concessão do amparo, porém, deve ser afastada se restar demonstrado que o estrangeiro transferiu residência para o Brasil apenas com intuito de auferir o benefício em exame. Incidente conhecido e improvido.¹⁹² (grifo nosso)

Nessa direção, também é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

EMENTA: DIREITO ASSISTENCIAL. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CF/88. MATÉRIA PRELIMINAR. CONDIÇÃO DE POBREZA NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DO AMPARO. - Sentença condicionada ao reexame necessário. Condenação excedente a 60 (sessenta) salários mínimos. - **A condição de estrangeiro não impede a concessão de benefício previdenciário de prestação continuada, pois, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.** - Precedentes jurisprudenciais. - Matéria preliminar rejeitada. - Requisito para a implementação do benefício de amparo assistencial não satisfeito; família detentora de condições econômicas de prover a manutenção. - Estudo social que demonstra inexistência de miserabilidade. - Beneficiário da assistência judiciária gratuita, descabe a condenação do autor ao pagamento da verba honorária e custas processuais. Precedentes da Terceira Seção desta Corte. - Remessa oficial e apelação do INSS providas, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido, revogando a tutela anteriormente concedida.¹⁹³ (grifo nosso)

¹⁹¹ BRASIL. Lei nº. 8.742, de 07 de dezembro de 1993. 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 10 out. 2013.

¹⁹² TRF-4 - IUJEF: 14089 PR 2007.70.95.014089-0, Relator: RONY FERREIRA, Data de Julgamento: 22/08/2008, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO, Data de Publicação: D.E. 17/09/2008

¹⁹³ TRF-3 - APELREE: 6571 SP 2004.61.04.006571-1, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, Data de Julgamento: 19/10/2009, OITAVA TURMA

Do mesmo modo, não outro é o entendimento do Tribunal Regional da 1ª Região:

EMENTA: APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREVIDENCIÁRIO. AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA. 1. **O fato de a impetrante ser estrangeira não obsta a percepção do benefício assistencial, tendo em vista não existir esta vedação no ordenamento jurídico brasileiro, longe disso, a Constituição Federal em seu art. 5º, caput, assegura igualdade de condições entre o estrangeiro e o nacional.** 2. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento.¹⁹⁴ (grifo nosso)

Do exposto, percebe-se que no âmbito das decisões judiciais o art. 5º da Carta Federal também é empregado como elemento de fundamentação para a concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro residente no país. Da análise da ementa, a condição de estrangeiro não impede a concessão de benefício previdenciário de prestação continuada, pois, de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal é assegurado ao estrangeiro, residente no país, o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.

Ainda, seguindo nos argumentos favoráveis ao direito do estrangeiro residente no país ao recebimento do Benefício Assistencial, a Constituição Federal incluiu o Art. 6º dentro do capítulo dos direitos fundamentais:

Art. 6º **São direitos sociais** a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, **a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição.¹⁹⁵

Nesse sentido, cumpre destacar a ementa do Acórdão da Terceira Turma Recursal do RS:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA A ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. 1. **O artigo 6º e o artigo 203 da Constituição Federal não limitam o amparo assistencial aos brasileiros, sendo direito fundamental de todos os que residem neste país, desde que preenchidos os demais requisitos legais.** 2. Recurso do INSS desprovido.¹⁹⁶ (grifo nosso)

Nesse ponto convém registrar que há, por parte da jurisprudência, o reconhecimento do direito assentado nos art. 6º e 203 da Constituição Federal como direito fundamental de todos os que residem neste país, desde que preenchidos os demais requisitos legais.

¹⁹⁴ TRF-1 – APELRE: 2009.39.00.009345/PA, Relatora: Ângela Catão, Data Julgamento: 21/08/2013, PRIMEIRA TURMA

¹⁹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10. out. 2013.

¹⁹⁶ 5016430-23.2011.404.7108, Terceira Turma Recursal do RS, Relatora p/ Acórdão Marina Vasques Duarte de Barros Falcão, julgado em 18/04/2012

A dignidade da pessoa humana passou a ser elencada, também, como um dos argumentos favoráveis à concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro, visto que é consagrada, de forma expressa, no art. 1º, inciso III da Constituição de 1988, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil:

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:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - **a dignidade da pessoa humana;**¹⁹⁷ (grifo nosso)

Deste modo, a dignidade da pessoa humana foi fixada pelo constituinte originário como fundamento de nosso Estado democrático de Direito, sendo colocada em posição de relevo ao fazer parte do título dos princípios fundamentais.

O conceito de dignidade da pessoa humana que merece destaque no campo jurídico é o apresentado por Ingo Wolfgang Sarlet. Para o autor, a dignidade da pessoa humana é a:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹⁹⁸

Esclarece Ingo Wolfgang Sarlet que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, pela sua magnitude, possui, dentre as suas funções, a atribuição de ser, simultaneamente, “elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, (...)”¹⁹⁹

E mais, pretende sustentar de modo mais enfático que,

a dignidade da pessoa humana na condição de valor (e princípio normativo) **fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões** (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade, estar-se-á negando-lhe a própria dignidade.

¹⁹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 10. out. 2012.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 67

¹⁹⁹ Id. *Ibid.*, p. 85

Ingo Wolfgang Sarlet ressalta, ainda, os ensinamentos de Paulo Bonavides à respeito do princípio da dignidade da pessoa humana:

sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.²⁰⁰

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet, há uma íntima vinculação entre os direitos à Assistência Social e o princípio da dignidade da pessoa humana. Ressalta que os direitos sociais, econômicos e culturais constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana.²⁰¹ Para o autor, “os direitos sociais de cunho prestacional encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade, (...)”²⁰²

Ainda, segundo Ingo Wolfgang Sarlet,

expressando a noção de pessoa como sujeito de direitos e obrigações, talvez o mais correto fosse afirmar que, com fundamento na própria dignidade da pessoa humana, poder-se-á falar também em um direito fundamental de toda a pessoa humana a ser titular de direitos fundamentais que reconheçam, assegurem e promovam justamente a sua condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade. Aproxima-se desta noção - embora com ela evidentemente não se confunda - o assim denominado princípio da universalidade dos direitos fundamentais, que, inobstante não consagrado expressamente pelo Constituinte de 1988 e a despeito da redação do *caput* do artigo 5º da nossa Carta Magna (atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no país) a titularidade dos direitos fundamentais, reclama, todavia – como já tem decidido por várias vezes o nosso Supremo Tribunal Federal – uma exegese de cunho extensivo, justamente em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de que pelo menos os direitos e garantias fundamentais diretamente fundados na dignidade da pessoa humana podem e devem ser reconhecidos a todos, independentemente de sua nacionalidade, excepcionando-se, à evidência, aqueles direitos cuja titularidade depende de circunstâncias específicas e que, de regra, nem mesmo todos os nacionais de um determinado Estado podem exercer, (...)”²⁰³

Dessa maneira, no sistema pátrio, grande parte da doutrina entende que a dignidade humana permeia e orienta o ordenamento que a concebe como fundamento, servindo de princípio fundamentador dos direitos prestacionais. Para Luís Roberto Barroso, “o

²⁰⁰ Id. Ibid., p. 83

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 100

²⁰² Id. Ibid., p.101

desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo.”²⁰⁴

Ademais, o Brasil, a partir da Constituição de 1988, tem ratificado importantes tratados internacionais de direitos humanos. Afirma Flavia Piovesan, em seu estudo intitulado como “A proteção dos direitos Humanos nos 20 anos de Vigência da Constituição Atual”, que “a subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos simboliza ainda o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, (...)”²⁰⁵

Desta forma,

fortalece-se a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, **porque revela tema de legítimo interesse internacional.**²⁰⁶ (grifo nosso)

Consoante Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Leilane Serratine Grubba,

pode-se dizer que os direitos humanos e sua versão dogmático-positiva de direitos fundamentais, vistos como processos de luta, cultural, social, econômica e política, permitem perceber a riqueza humana – para além do reconhecimento dos direitos normatizados e a necessidade de sua efetiva garantia, não há uma negação da luta emancipadora, que é tanto política quanto social, pois todos necessitam ter acesso aos meios para uma afirmação plural e diferenciada pela sua concepção de vida digna, na qual se inserem os bens materiais e imateriais de criatividade.²⁰⁷

Ainda, segundo Luiz Henrique Urquhart Cademartori e Leilane Serratine Grubba,

O reconhecimento dos Direitos Humanos, em âmbito internacional, e dos Direitos Fundamentais, em nível Constitucional, demonstrou a intenção a favor da implementação de direitos – de liberdade, sociais, políticos, econômicos e cívicos – **e do estabelecimento de um mínimo de dignidade a ser normatizado e garantido ética e juridicamente a todos, universalmente.**²⁰⁸ (grifo nosso)

²⁰³ Id. Ibid., p. 06

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 334

²⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (Coordenadores). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 463

²⁰⁶ Id. Ibid., p.460

²⁰⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. *Embasamento dos Direitos Humanos e sua relação com os Direitos Fundamentais a partir do diálogo Garantista com a Teoria da Reinvenção dos Direitos Humanos*. Revista Direito GV, vol.8 n.º.2 São Paulo Jul/Dez. 2012. Disponível em :<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322012000200013&script=sci_arttext>. Acesso em 10 out. 2013

²⁰⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: Convergências entre Joaquim Herrera Flores e Luigi Ferrajoli*. Disponível em: <http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/13_rev16_703-724_-_luiz_henrique_urquhart_cademartori.pdf>. Acesso em 10 out. 2013

Por conseguinte, a partir do elevado número de Estados ratificando os tratados de proteção de direito humanos, tem-se a tese da internacionalização dos direitos fundamentais, em que “esses direitos não são mais fundamentais somente no interior dos Estados em cujas constituições são formulados, mas são direitos supraestatais, aos quais os Estados são vinculados e subordinados também no nível do direitos internacional.”²⁰⁹ Deste modo, segundo Luigi Ferrajoli, não temos mais direitos de cidadania, “mas direitos das pessoas independentes das suas diferentes cidadanias.”²¹⁰

Assim, em decorrência das interdependências e dos processos de integração e migratórios²¹¹, os países passaram a agregar pessoas de distintas nacionalidades. Com isso, começou-se a desenvolver “uma oposição entre igualdade e cidadania, entre o universalismo dos direitos e os seus limites estatais”²¹².

No Brasil, por exemplo, está se vivenciando esse conflito entre a igualdade e a cidadania quando da análise do Benefício Assistencial. Como demonstrado, o ponto controvertido reside na interpretação e conseqüente extensão que se deve dar ao termo “cidadão” empregado pela Lei n° 8.742/1993 ao definir Assistência Social como direito do “cidadão”.

Luigi Ferrajoli, quando tratou dos Direitos fundamentais e da cidadania, afirma que a questão “não poderá ser resolvida, pelo caráter sempre mais insustentável e explosivo, senão com a superação da cidadania, pela definitiva desnacionalização dos direitos fundamentais e a correlativa desestatização das nacionalidades.”²¹³

Flávia Piovesan compartilha deste mesmo entendimento, assim dispendo:

os instrumentos internacionais de direitos humanos invocam a redefinição da cidadania, a partir da incorporação, ampliação e fortalecimento de direitos e garantias voltadas à proteção dos direitos humanos, a serem tutelados perante as instâncias nacionais e internacionais. **É fundamental a interação entre o catálogo de direitos nacionalmente previstos e o catálogo de direitos internacionais**, com vistas a assegurar a mais efetiva proteção aos direitos humanos. **Impõe-se ainda ao Estado o dever de harmonizar a sua ordem jurídica interna à luz dos**

²⁰⁹FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 30

²¹⁰FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 30

²¹¹ Id. Ibid., p.33

²¹² Id. Ibid., p.33

²¹³ Id. Ibid., p.33

parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos – parâmetros estes livremente acolhidos pelos Estados.²¹⁴

Destarte, como bem pontuado por Flávia Piovesan há uma necessidade de avaliar o conceito de cidadania para atender os parâmetros mínimos de proteção dos direitos humanos, que possui toda a sua lógica principiológica fundada no princípio maior da dignidade humana.²¹⁵ Para Flávia Piovesan, “os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo constitucional.”²¹⁶

A chamada concepção contemporânea de direitos humanos é fundada na universalidade e na indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição. **Indivisibilidade porque os direitos civis e políticos não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade.**²¹⁷

Portanto, partindo do pressuposto de que “a assistência social é um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida,”²¹⁸ e que há uma íntima vinculação entre os direitos à Assistência Social, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos humanos, e que o Benefício Assistencial, como direito social de cunho prestacional, encontra-se a serviço da igualdade material e da existência de uma vida com dignidade, encontra-se fortes argumentos para sustentar a tese de que o conceito de “cidadão” empregado pela Lei nº 8.742/1993 deve ser interpretado de forma ampla, quer melhor dizer, como todo indivíduo integrado à sociedade independente de nacionalidade ou de exercerem direitos políticos. Dessa forma, a concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro residente no país pautada por uma leitura aberta do conceito de “cidadão” reforça a proteção dos direitos humanos em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, bem como, a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

²¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf. Acesso em 10 out. 2013

²¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Declaração universal de direitos humanos: desafios e perspectivas*. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/DH%20-%20Desafios%20e%20Perspectivas%20-%20FPiovesan.pdf>. Acesso em 10 out. 2013

²¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf. Acesso em 10 out. 2013

²¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional Brasileiro*. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev4.htm>. Acesso em 10 out. 2013

Em sede judicial, colaciona-se decisão da lavra do Relator Luis Eduardo Bianchi Cerqueira, da Primeira Turma Recursal do Rio de Janeiro, que indica na ementa a Dignidade da Pessoa Humana:

PREVIDENCIÁRIO. **LOAS**. CIDADÃO ITALIANO. O FATO DO REQUERENTE OSTENTAR A **CONDIÇÃO JURÍDICA DE NÃO NACIONAL DO BRASIL NÃO OBSTA A CONCESSÃO DO ALUDIDO BENEFÍCIO. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.²¹⁹

Vê-se, pois, pela ementa que a Dignidade da Pessoa Humana é reconhecida como Princípio. Ademais, no corpo do julgado, o voto vencedor elucida que o constituinte originário positivou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no seu art. 1º, inciso III, pretendendo atribuir direitos fundamentais a todos os seres humanos, independente de nacionalidade.

²¹⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

²¹⁹ Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, processo 2008.51.51.032510-2/01, Relator Luis Eduardo Bianchi Cerqueira, Data do Julgamento: 23/02/2011. Disponível em http://www.jfrj.jus.br/documentos/grupo_108/boletim29.pdf. Acesso em 10 agost. 2013

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou demonstrar os fundamentos contrários e favoráveis à concessão do Benefício Assistencial de Prestação Continuada ao estrangeiro, residente no Brasil, segundo aspectos doutrinários e jurisprudenciais.

Primeiramente, no capítulo inicial, analisou-se a Seguridade Social. Para tanto, efetuou-se um breve histórico sobre o seu surgimento e, assim, pode-se perceber que a necessidade de proteção contra as incertezas da vida humana, como incapacidade, velhice, miséria, foi sendo invocada pela humanidade. O próprio processo de crescimento da sociedade, a evolução socioeconômica, o desenvolvimento de atividades profissionais de risco, foram agravando ainda mais a condição de miséria, incapacidade, velhice. Dessa forma, observou-se que, mundialmente, a política de proteção social surgiu da necessidade de intervenção do Estado como forma de garantir melhores condições de vida às classes mais desprotegidas. No Brasil, constatou-se a existência de entidades atuando nas ações relativas à Seguridade Social desde muito tempo.

Contudo, no tópico seguinte, verificou-se que a Constituição Federal de 1988 simbolizou um grande avanço para a Seguridade Social ao reservar um capítulo para tratar da Ordem Social. Observou-se que a Seguridade Social foi introduzida como sistema englobando a saúde, a previdência e a assistência social. Ademais, notou-se que o constituinte originário assentou explicitamente a maioria dos princípios informadores da Seguridade Social.

Em relação à Assistência Social, pôde-se constatar que a Constituição determinou que será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à Seguridade Social. Dentre os objetivos da Assistência Social, percebeu-se que a Carta Federal instituiu 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, e, que, pela regulamentação ordinária passou a ser chamado de Benefício Assistencial de Prestação Continuada.

O segundo capítulo desta pesquisa abrigou o estudo do Benefício Assistencial e os requisitos para à sua concessão, sendo tratado o conceito de pessoa idosa, pessoa portadora de deficiência, o conceito de família e o critério econômico. Da verificação do critério de pessoa idosa constatou-se que é um critério a ser cumprido quando o benefício é requerido na

condição de idoso, e pôde-se concluir que não tem gerado polêmica. Entretanto, observou-se que os requisitos que dependem da análise do requisito pessoa portadora de deficiência, do conceito de família e do critério econômico têm reproduzido muitas controvérsias no campo judicial. Quanto ao conceito de pessoa portadora de deficiência, pôde-se notar que a redação do legislador ordinário estabeleceu a necessidade de comprovação concomitante da incapacidade para o trabalho e, também, para a vida independente. Entretanto, no âmbito judicial, constatou-se que esse conceito vinha sendo flexibilizado. Destaca-se que, recentemente, o conceito de pessoa portadora de deficiência sofreu alteração pela Lei nº 12.470/2011 tendo em vista a ratificação da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência no ano de 2008. Ao efetuar o estudo do conceito de família percebeu-se que a doutrina questionava a definição de família empregada para fins de análise do Benefício Assistencial. Não obstante, constatou-se que, por meio da Lei nº 12.435/2011, que deu nova redação ao §1º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, o novo conceito de família representa uma aproximação da realidade social das famílias menos desfavorecidas. Ao examinar o critério econômico de ¼ do salário mínimo de renda *per capita* destaca-se que, na esfera judicial, restou uniformizado o entendimento de que é possível a aferição da condição de hipossuficiência econômica por outros meios que não apenas a comprovação da renda familiar mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo.

O capítulo final deste trabalho ocupou-se do estudo da contenda que envolve a concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro residente no país. Assim, pôde-se constatar a existência de duas correntes: a favorável à concessão do benefício assistencial de prestação continuada ao estrangeiro residente no país e, outra, entendendo que a concessão do Benefício Assistencial está restrita ao brasileiro nato e ao naturalizado.

Nesse ponto, verificou-se que a interpretação Administrativa e defendida pelo INSS, responsável pela análise do benefício, é de excluir o estrangeiro residente no Brasil do rol de beneficiários. Notou-se que os argumentos contrários à concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro fundamentam-se a partir de uma leitura restritiva do termo de “cidadão” adotado pela Lei nº 8.742/1993, assim entendido como aquele que exerça direitos políticos (brasileiro nato e naturalizado aqui domiciliado). Dessa forma, pôde-se constatar que a falta de Acordo de reciprocidade entre o Brasil e o país da nacionalidade do estrangeiro, estendendo o mesmo direito ao brasileiro residente em outro Estado, e a preocupação com a *reserva do possível* foram os elementos apontados para embasar a corrente desfavorável à concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro.

Por outro lado, verificou-se que a corrente favorável à concessão do Benefício Assistencial ao estrangeiro parte do entendimento de que “cidadão” é todo indivíduo integrado à sociedade independentemente de ser nacional e exercer direitos políticos. Constatou-se que essa leitura é efetuada a partir do princípio da universalidade que preconiza que as ações da seguridade social tenham a maior abrangência possível, não realizando distinção entre os destinatários que se encontram na mesma contingência. Entre os argumentos favoráveis verificou-se elencada a garantia de igualdade entre brasileiro e estrangeiro determinada constitucionalmente pelo art. 5º, haja vista a igualdade de direito de acesso no atendimento sem discriminação de qualquer natureza como um dos princípios da Assistência Social. Destacou-se, também, o princípio da dignidade da pessoa humana como princípio a ser observado tendo em vista que o Benefício Assistencial, como direito social de cunho prestacional, encontra-se a serviço da igualdade material e da existência de uma vida com dignidade. Igualmente, notou-se que uma leitura aberta do conceito de “cidadão” reforça a proteção dos direitos humanos em face dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, bem como a primazia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que com base no princípio da dignidade da pessoa humana e na igualdade prevista no caput do art. 5º da Constituição Federal encontram-se fortes argumentos para sustentar a tese de que o conceito de “cidadão” empregado pela Lei nº 8.742/1993 deve ser interpretado de forma ampla, quer melhor dizer, como todo indivíduo integrado à sociedade independente de nacionalidade ou de exercerem direitos políticos.

Contudo, conforme analisado, não se pode dizer que a jurisprudência seja pacífica sobre o tema. Há decisões que, pela inexistência de acordo de reciprocidade e com base no princípio da reserva do possível, entendem que a concessão do Benefício Assistencial é direito tão somente do brasileiro nato ou naturalizado. Embora se possa encontrar decisões, de Primeira Instância e de algumas Turmas Recursais, negando o Benefício Assistencial ao estrangeiro residente no país, observa-se que grande parte das decisões judiciais, tanto em Primeira Instância como em grau de Recurso diante das Turmas Regionais de Uniformização, estão reconhecendo o direito do Benefício Assistencial ao estrangeiro residente no país pautados na igualdade do art. 5º da Constituição Federal, no reconhecimento do art.6º e art. 203 da Carta Magna como direito fundamental de todos que residem no país e, mais inovador ainda, no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamentador da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 4ª ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009.
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BERNARDO. Leandro Ferreira; FRACALLOSSI, William. *Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais: Doutrina e Jurisprudência*. 3. Ed. São Paulo: Método, 2012.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10. jul. 2013.
- _____. *Decreto nº 6.564, de 12 de setembro de 2008*. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Decreto/D6564.htm>. Acesso em 12 jul. 2013.
- _____. *Decreto nº 6.214, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm. Acesso em 12 jul. 2013.
- _____. *Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995*. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1744.htm. Acesso em 09 jul. 2013.
- _____. *Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011*. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm. Acesso em: 10 jul. 2013.
- _____. *Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011*. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda; altera os arts. 16, 72 e 77 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, para incluir o filho ou o irmão que tenha deficiência intelectual ou mental como dependente e determinar o pagamento do salário-maternidade devido à empregada do microempreendedor individual diretamente pela Previdência Social; altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência; e

acrescenta os §§ 4o e 5o ao art. 968 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, para estabelecer trâmite especial e simplificado para o processo de abertura, registro, alteração e baixa do microempreendedor individual. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112470.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. *Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 11 jul. 2013.

_____. *Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. 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 10 jul. 2013.

_____. *Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: 11 jul. 2013.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (Coord.). *Hermenêutica aplicada: o benefício assistencial de prestação continuada à luz das teorias neoconstitucionais*. Curitiba: Juruá, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Curso elementar de direito previdenciário: conforme a legislação em vigor até abril 2005*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 10. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

FORTES, Simone Barbisan. *Conceito Aberto de família e Seguridade social*. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José António (organizadores). *Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 8ª ed. São Paulo: Rideel, 2006.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 8. Ed. São Paulo: Quatier Latin, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LEITÃO, André Studart; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna (Coord.). *Prática Previdenciária: a defesa do INSS em juízo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Direito do Estrangeiro Residente no País ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.12, p. 10, fevereiro 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário: noções de direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *Curso de direito previdenciário: previdência social*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Princípios de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2001.

_____. *A seguridade social na Constituição Federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/1_120918-105953-503.pdf>. Acesso em: 12 out. 2012.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORO, Sérgio Fernando. *Restrição legal ao direito fundamental ao benefício da assistência social*. Revista de Previdência Social, São Paulo, n. 249, 2001.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- PEREIRA, Potyara Amazoneida P. *A assistência social na perspectiva dos direitos: crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil*. Brasília: Thesaurus, 1996.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ROCHA, Daniel Machado da (Coord.). *Curso de especialização em direito previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2006.
- _____, Daniel Machado da (Coord.). *Temas atuais de Direito Previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à lei orgânica de previdência social*. Rio de Janeiro: José Confino, 1962.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.