XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

JOSÉ QUERINO TAVARES NETO

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR

RICARDO JOSÉ MACEDO DE BRITTO PEREIRA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

D597

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

Coordenadores: José Querino Tavares Neto

Marco Aurélio Serau Junior

Ricardo José Macedo De Britto Pereira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-772-4

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

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No dia 20.06.2019, durante a realização do XXVIII Encontro Nacional do Conpedi, realizado na Universidade Federal de Goiás, cidade de Goiânia/GO, ocorreram os debates no bojo do GT Direitos Sociais, Previdência e Seguridade Social, sob coordenação dos Professores Doutores Marco Aurélio Serau Junior (UFPR), José Querino Tavares Neto (UFG) e Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira (UDF).

Foram apresentados 23 trabalhos, os quais gravitaram em torno de 4 eixos temáticos: a) judicialização do acesso ao direito à saúde; b) direito fundamental à educação; c) Teoria Geral da Seguridade Social, e d) Direito Previdenciário e Reforma Previdenciária.

Esses trabalhos se coadunam à perfeição com os objetivos específicos desse Grupo de Trabalho, voltado não somente às discussões sobre Seguridade Social, mas, de modo mais amplo, à reflexão sobre os direitos sociais como um segmento próprio e coeso dos direitos fundamentais.

Essa perspectiva de discussão acadêmica é extremamente relevante para o momento pelo qual estamos transitando, pautado por inúmeras alterações legislativas cuja tônica é, quase sempre, da restrição aos direitos fundamentais sociais, a exemplo da já consolidada Reforma Trabalhista (levada a cabo sobretudo pelas Leis 13.467/2017 e Lei 13.429/2017) e da Reforma Previdenciária, que já avançou por meio da Lei 13.846/2019 e aguarda sua consolidação caso aprovada a PEC 6/2019, cuja pretensão é o abandono dos pilares constitutivos da Seguridade Social, em particular o princípio da solidariedade social, portanto, numa perspectiva mais aguda, um risco à própria sociedade e seus avanços no que se refere às conquistas de direitos e afirmação da justiça social.

Numa palavra, qualquer alteração legal em direitos previdenciários, seguridade social e, por reflexo direto, sociais, devem ocorrer, e não há qualquer sociedade que não deva levar em conta essa necessidade, mas, sobretudo, nossa sociedade tão desigual como a brasileira, isso deve ocorrer de forma serena e em diálogo com a sociedade, mormente, reflexo de audiências públicas e de forma dialogal com especialistas, inclusive a academia, sob o risco de uma reforma que aprofunde ainda mais as desigualdades numa sociedade de classes.

Todos as pesquisas apresentadas em Goiânia seguem esse pensamento crítico e pavimentam a contribuição teórica que a Universidade deve proporcionar à sociedade a fim de que as políticas públicas sejam seriamente delineadas.

Assim, convidamos todas e todos à leitura destes valorosos trabalhos que se seguem.

Dia desses com muito aprendizado coletivo.

Os coordenadores

Prof. Dr. Marco Aurélio Serau Junior - UFPR

Prof. Dr. Ricardo José Pereira Macedo de Britto Pereira - UDF

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG

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

A MUTAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO B.P.C AO LONGO DOS 25 ANOS DA L.O.A.S E AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS CAUSADAS PELAS MUDANÇAS FACE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE MUTATION OF THE BPC CRITERIA DURING 25 YEARS OF LOAS AND THE CONSEQUENCES CAUSES BY THE CHANGES GIVEN ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Mariana Rezende Maranhão da Costa
Daniel Gonçalves Mendes da Costa

Resumo

O artigo analisa o Benefício de Prestação Continuada – BPC previsto na Lei 8.742/93, destacando as consequências oriundas da mutação dos critérios na concessão do benefício assistencial. Assim, estuda-se inicialmente a Assistência Social enquanto ramo da Seguridade Social. Em um segundo momento verifica-se as alterações nas regras do BPC desde sua criação. Por fim, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quanto ao "processo de inconstitucionalização", permitindo a elasticidade dos critérios. Para tanto, utilizar-se-á da Análise Econômica do Direito, com objetivo de demonstrar as consequências causadas pela mutação dos critérios para a concessão do BPC e seu impacto na Seguridade Social.

Palavras-chave: Benefício de prestação continuada, Mutação, Consequências, Seguridade social, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The article analyzes the Continuous Cash Benefit Program - BPC provided for under Law 8.742/93, highlighting the consequences of the criteria mutation for the benefit concession. Thus, Social Assistance is studied as foundations of Social Security. Secondly, changes in the BPC's rules since its creation are verified. Finally, Supreme Court stare decisis related to "unconstitutionalization process", allowing an elasticity of criteria. To do so, an Economic Analysis of Law will be used as a tool, intending to prove the legal consequences caused by the mutation of the objective criteria for concession of BPC and its impact on Social Security.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Continuous cash benefit program, Mutation, Consequences, Social security, Economic analysis of law

I - INTRODUÇÃO

No final do ano de 2018, a Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993, mais conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, completou vinte e cinco anos. Então, neste recente momento de jubileu de prata, importante refletir um pouco sobre essa importante lei, que regulamentou a Assistência Social, uma das áreas do tripé de atuação da Seguridade Social, resguardada pela Constituição de 1988.

No artigo primeiro da LOAS (BRASIL, 1993, *online*), descreve-se que a assistência social é "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."

Assim, pretende-se neste artigo analisar a LOAS e suas alterações, após seus vinte e cinco anos de existência, como regra mínima da Assistência Social, dando destaque especialmente ao Benefício de Prestação Continuada – BPC. Este é um dos principais benefícios assistenciais que resguardam às pessoas um mínimo de dignidade humana, porém sem se olvidar de analisar as consequências e reflexos diante de todo o complexo contexto da Seguridade Social, face a Análise Econômica do Direito - AED. Afinal, as normas influenciam comportamentos humanos, enquanto seres racionais, o homem está sujeito a incentivos que trarão consequências a sociedade. Desta forma, através da AED buscar-se-á a compreensão dos efeitos da LOAS sobre o comportamento dos agentes, analisando a garantia do Benefício de Prestação Continuada no valor de um salário mínimo a determinados grupos da sociedade, na tentativa de analisar os efeitos deste benefício assistencial e se os seus efeitos são socialmente desejáveis diante de todo o contexto da Seguridade Social.

II – A ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SEUS PRECEDENTES HISTÓRICOS

A Assistência Social está prevista nos artigos 203 e 204 do texto constitucional, sendo um dos três ramos de atuação da Seguridade Social, juntamente com a saúde e previdência. Sabe-se que a Seguridade Social, enquanto conceito organizador da proteção social no Brasil, é uma das mais relevantes inovações trazidas na Constituição Federal de 1988.

> A Constituição Federal (CF) ampliou a cobertura do sistema previdenciário e flexibilizou o acesso aos benefícios para os trabalhadores rurais, reconheceu a Assistência Social como política pública não contributiva que opera tanto serviços como benefícios monetários, e consolidou a universalização do atendimento à saúde por meio da criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Desta forma, a Seguridade Social articulando as políticas de seguro social, assistência social, saúde e seguro-desemprego passa a estar fundada em um conjunto de políticas com vocação universal.
>
> Contudo, mais que a ampliação da abrangência de cada uma das políticas abordadas no âmbito do capítulo da Seguridade Social, a relevância do tratamento constitucional neste campo deve-se ao fato de representar a instauração das bases para um amplo sistema de proteção social no país. De fato, são reconhecidas como objeto de intervenção pública e como campo do direito social, um conjunto de necessidades e provisões cujo atendimento se encontrava anteriormente restrito ao âmbito privado. É neste sentido que se afirmou a garantia do acesso à Assistência Social a todos os que dela necessitarem. Também neste contexto, a proteção social aos idosos, às pessoas com deficiência, aos trabalhadores da agricultura familiar e aos doentes sem acesso à assistência médica previdenciária passou a ser entendida como responsabilidade do Estado e como direito do cidadão. (DELGADO; JACCOUD; NOGUEIRA, 2010, p. 17.)

Sabe-se que a expressão Seguridade Social tem origem anglo saxônica, tendo por referências certas políticas sociais do início do século XX. Portanto trata-se de um conceito estruturante, que consiste num conjunto de políticas sociais para amparar e assistir os cidadãos que se encontram em situações de vulnerabilidade e necessidade, portanto sua principal característica é expressar o esforço de garantia universal da prestação de benefícios e serviços de proteção social pelo Estado.

> Com a publicação do Relatório Beveridge, em 1942, Social security passou a apresentar um significado mais próximo do atual. Tratava-se, de acordo com o relatório, encomendado pelo governo inglês ao renomado economista Sir. William Beveridge, de desenhar uma política de libertação das pessoas da condição pobreza. Este movimento, que desembocou nas reformas sociais inglesas de 1945-1948, também resultou na inscrição da Seguridade Social como um dos direitos fundamentais na Carta dos Direitos Humanos de 1948, por ocasião da fundação das Nações Unidas.
>
> Em 1952, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) colocou em vigor a Convenção no 102, que define o termo Seguridade Social e estabelece padrões mínimos a serem cumpridos pelos países ratificantes. (DELGADO; JACCOUD; NOGUEIRA, 2010, p. 22.)

Assim, pode-se compreender que a seguridade estimulou a criação de uma rede de proteção social ampla, cujo objetivo é garantir uma sociedade mais equilibrada socialmente, amparando aos doentes e acidentados no trabalho, assegurando aqueles que não mais podem trabalhar, mas que ainda fazem parte da movimentação da economia, com aposentadorias e assistências, para isto se responsabiliza o Estado, bem como toda a sociedade.

Uma vez que ainda há uma grande desigualdade no Brasil, especialmente com relação à distribuição da renda, o que é prejudicial inclusive à economia do país e consequentemente ao desenvolvimento, a seguridade tem papel fundamental na manutenção do país. São três institutos: saúde, assistência e previdência, que se interligam na realidade social, e precisam estar regularmente em operação e em harmonia para a efetividade em seu maior grau da seguridade. Estudiosos afirmam que essa rede de proteção social conta tradicionalmente com três pilares:

> i) as políticas universais, financiadas com recursos tributários; ii) as políticas de seguro social, portanto, contributivas; e iii) as políticas de Assistência Social, não contributivas, residuais nos países desenvolvidos, sendo ali suplementares ao seguro. A Seguridade Social é essencialmente inclusiva, no sentido de reconhecer o direito dos cidadãos à proteção social com base em outros critérios universalizáveis que não apenas o da capacidade de contribuição individual daqueles que estão formalmente vinculados ao mercado de trabalho. (DELGADO; JACCOUD; NOGUEIRA, 2010, p. 22)

O primeiro pilar das políticas universais tem na saúde sua concretização; afinal, é um dever do Estado estendida a todos os cidadãos em razão dos princípios que lhe regem, em especial o da universalidade e da igualdade. Deve ser prestada a todos os que a busquem, inclusive as pessoas estrangeiras que se encontrem no país, independentemente de contribuição. As ações nesta área são de responsabilidade, principalmente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado pela Lei 8.080, de 1990.

Por sua vez, o segundo pilar das políticas contributivas, representa-se pela Previdência Social, que tem por base a ideia de seguro social, que só se dá mediante contribuição dos segurados, com filiação obrigatória, o que configura sua natureza institucional. Portanto, a Previdência tem a finalidade de amparar das contingências que venham ocorrer como: doença, invalidez, acidente de trabalho, desemprego involuntário, gravidez, velhice, morte, prisão, tempo de serviço aos seus segurados, portanto são dez o total de benefícios previdenciários previstos no artigo 18 da Lei 8.213/91. Dos três pilares da seguridade social, este é o de maior rentabilidade, até mesmo porque é o único contributivo.

Importante destacar que mesmo antes da Constituição Federal de 1988, quando, efetivamente, se solidificou a Seguridade Social no Brasil e se determinou cada pilar de atuação, já tinha sido criado em 1974, por meio da Lei 6.179, a base do que hoje é a principal forma de atuação da denominada assistência social. Portanto o terceiro pilar, que consiste em um ramo de proteção disposta a quem dela necessitar, não exigindo contribuição, mas sim a comprovação da situação de carência financeira. Porém a Lei 6.179/74 na época institui o

então denominado amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, criando o benefício de Renda Mensal Vitalícia no valor de metade do salário mínimo vigente à época no país.

> A política de Assistência Social, após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, elevou-se da antiga condição de ação subsidiária do Estado, de caráter discricionário e compensatório, à condição de política com mesmo grau de importância que as demais políticas de Seguridade, assumindo a condição de direito de todo cidadão. Seu reconhecimento como política pública foi, por si, um avanço expressivo em uma área marcada pela tradição das iniciativas privadas e autônomas com cunho caritativo e filantrópico. Também representou um marco histórico a sua dissociação da Previdência Social e sua afirmação como campo específico da política social. (DELGADO; JACCOUD; NOGUEIRA, 2010, p. 25)

Atualmente, a assistência tem como papel a proteção à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, inclusive por meio da concessão de benefícios assistenciais, no valor de um salário mínimo, após a Constituição de 1988, às pessoas com deficiência e a idosos hipossuficientes maiores de 65 anos de idade.

> A existência de uma rede de proteção social é uma conquista do processo civilizatório. Entre as atribuições que cabem ao Estado, no primeiro capítulo de qualquer manual de finanças públicas, por mais liberal que seja, constam os objetivos de zelar pela defesa nacional, cuidar da justiça e segurança, prover educação e saúde, e amparar os despossuídos. Há na maioria dos seres humanos uma consciência solidária que justifica que aqueles a quem a vida deu melhores possibilidades paguem, com parcela dos seus impostos, a sustentação daqueles para quem o destino acabou não sorrindo. No fundo, é essa consciência solidária a origem de benefício assistencial. Sociedades que deixam os seus idosos desamparados são sociedades marcadas pelo individualismo. O assistencialismo – para com os idosos e os desemparados em geral, é um bem e, como política pública deve ser mantido. (GIAMBIAGI, 2007, p. 157.)

Esta política pública para com os idosos e deficientes, que não exige qualquer contribuição prévia para o sistema de previdência social, está devidamente regulamentada na Lei Orgânica de Assistência Social que, como demonstrado, completou 25 anos de existência no final do ano de 2018. Afinal, o artigo 20 da LOAS é o sucessor do benefício da Renda Mensal Vitalícia, atualmente denominado de Benefício de Prestação Continuada.

III – O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DESDE A SUA CRIAÇÃO

O Benefício de Prestação Continuada, embora tenha sido criado em 1988, somente foi regulamentado pelo artigo 20 da Lei 8.742/93, também conhecida como LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social. Esta lei cinco anos após a promulgação da Constituição Federal, veio formalizar como se consumaria o disposto no artigo 203, V, que assegura uma

renda mensal de cidadania a todos os idosos e pessoas com deficiência em situação de pobreza:

> 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. (BRASIL, 1988, online).

Como se observa, a Constituição de 1988 passou a garantir um salário mínimo, não mais de metade do salário mínimo como era previsto no benefício da Renda Mensal Vitalícia de 1974. Porém a redação original do artigo 20 da Lei 8.742 em 1993 garantia o benefício de prestação continuada de 1 (um) salário mínimo mensal apenas à pessoa portadora de deficiência, que era aquela incapacitada para vida independente e para o trabalho; ou ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Em 1993, entendia-se por família a unidade mononuclear, que vivia sob o mesmo teto, cuja economia era mantida pela contribuição de seus integrantes. Quanto ao critério de impossibilidade de prover a própria manutenção ou familiar, a Lei estabelecia no parágrafo terceiro do artigo 20 que se considera "incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo." (BRASIL, 1993, *online*)

"Apesar de aprovada em 1993, a LOAS passou a vigorar somente em 1996. Nesse ano, cerca de 42 mil idosos foram beneficiados por recursos da Loas [..]. A partir desse ano, como era de se esperar, o número de pessoas beneficiadas aumentou de maneira intensa." (CAMARGO; REIS, 2007, p. 265) Uma das causas da ampliação no acesso ao Benefício de Prestação Continuada – BPC se dá em razão de que em 1998, por meio da Lei 9.720, o limite de idade para recebimento da Loas reduziu para 67 anos de idade, mantendo os demais critérios da deficiência e renda.

> A Loas tem por objetivo evitar que trabalhadores pobres, que não contribuíram para a previdência social durante sua vida ativa – seja porque, em decorrência de seus baixos salários, têm uma taxa de desconto do tempo muito elevada privilegiando o consumo presente, seja devido à incapacidade de obter emprego permanente ao longo de sua vida útil –, não fiquem totalmente desprotegidos quando perdem a capacidade de trabalho ao atingir a velhice. Caberia ao Estado prover alguma proteção mínima a esses trabalhadores. (CAMARGO; REIS, 2007, p. 263)

Assim, mais uma vez preocupado em alcançar uma maior quantidade de pessoas desprotegidas pela sociedade, o legislador em 2003, reduziu por sua vez ainda mais o limite etário, para os atuais 65 anos de idade. Esta alteração se deu com a Lei 10.741 de 1º outubro de 2003, mais conhecida como Estatuto do Idoso, em que se estabeleceu no artigo 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." (BRASIL, 2003, online)

Inclusive merece destacar que este critério de sessenta e cinco anos estabelecido pelo Estatuto do Idoso é superior ao que se conceitua atualmente como idoso no Brasil. Afinal, nos termos do próprio Estatuto, idosos são as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos. Porém, este critério de sessenta e cinco anos estabelecido para o Benefício de Prestação Continuada foi ratificado pela Lei 12.435 de 2011, que atualizou a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Nesta lei de 2011, que alterou a LOAS, o Benefício de Prestação Continuada tornou-se devido aos idosos maiores de 65 anos de idade, independentemente do sexo e aos deficientes, no valor de 1 salário mínimo, quando a pessoa necessitada for considerada incapaz de prover a manutenção, para tanto a renda mensal familiar, per capita, da pessoa com deficiência ou idosa deve ser inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Sendo que nos termos do §1º "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." (BRASIL, 2011, online) Ressalta-se que o §5º dispõe que a condição de acolhimento em instituições de longa permanência, como asilos, clínicas de repouso ou hospital, não prejudicará o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao recebimento do benefício de prestação continuada.

Desta forma, o benefício assistencial pode ser em duas espécies: do idoso maior de 65 anos de idade (código 88 no INSS), em que o requisito etário é facilmente comprovável por qualquer documento de identidade, em que conste a data de nascimento; ou poderá ser também na espécie do deficiente (código 87 no INSS), sendo que este último critério do que seja pessoa com deficiência para o Benefício de Prestação Continuada, foi recente alterado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com

Deficiência – Lei 13.146, de 06 de julho de 2015), estabeleceu-se no §2º do artigo 20 da LOAS que:

> §2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015, online)

Neste sentido somente por meio de avaliação médica e avaliação social no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que se verifica a deficiência e o grau de impedimento, como dispõe o §6º do artigo 20 da LOAS. Caso as avaliações não possam ser realizadas no Município de residência do requerente do benefício, lhe é assegurado nos termos do §7º, o encaminhamento ao Município mais próximo que tenha tal estrutura a fim de possibilitar as avaliações.

Inclusive merece destacar que o §10 do mesmo artigo 20 prevê que se considera como impedimento de longo prazo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. Neste sentido inclusive o afastamento para tratamento de algumas doenças como o câncer, pode ser enquadrado nestas situações para concessão de benefício assistencial ao deficiente. Assim, a pessoa doente poderá receber o benefício assistencial enquanto perdurar as causas do impedimento, tanto é que o artigo 21 da LOAS, deixa claro que o benefício de prestação continuada é temporário e deverá ser revisto a cada 2 (dois) anos para novas avaliações da continuidade das condições que lhe deram origem.

Porém, seja na espécie do BPC do idoso ou do deficiente ambos têm o critério cumulativo da renda a cumprir, que deve ser declarada pelo Requerente ou seu representante legal, nos termos do artigo 20, §§3º e 8º da LOAS que prevê: “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.” (BRASIL, 1993, *online*) Este critério é a prova da condição de miserabilidade que sobrevive a família avaliada, tanto é que, nos termos do §4º, o BPC não pode ser acumulado com qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. No entanto, merece destaque duas exceções ao critério de renda, a primeira prevista no próprio §9º do artigo 20 que não incluiu os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem para os fins de cálculo da renda familiar per capita.

Já a segunda exceção está prevista no parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que possibilita que dois idosos da mesma família, vivendo sobre o mesmo teto, recebam ambos o Benefício de Prestação Continuada, nestes termos: "O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas." (BRASIL, 2003, online) Assim, com esta benesse legislativa seria perfeitamente possível um casal cumular o Benefício Prestação Continuada no valor de um salário mínimo para cada.

Por fim, como BPC tem por objetivo proteger as pessoas idosas e as pessoas com deficiência em face de vulnerabilidades agravadas pela insuficiência de renda, assegurando-lhes o sustento e favorecendo o acesso às políticas, programas e serviços de assistência social, bem como a superação das desvantagens sociais enfrentadas e a conquista de sua autonomia, ressalta-se o disposto no §11 (último parágrafo) do artigo 20 da Lei 8.742/93, acrescido em 2015 pelo Estatuto do Deficiente, que afirma poder utilizar outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade para concessão do benefício.

IV –A FLEXIBILIZAÇÃO DA RENDA PELO STF

O Supremo Tribunal Federal - STF já tinha analisado em 1998 o critério da renda estabelecido no §3º do artigo 20 da Lei 8.742/93, na época ao julgar a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232, entendeu-se como constitucional os requisitos para a comprovação da incapacidade de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família, no patamar de renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Porém, em 2013 percebe-se mudança de posicionamento, pois ao julgar em abril, por maioria de votos, o Plenário do STF entendeu nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963, ambos com repercussão geral, bem como na Reclamação (RCL) 4374, estabeleceu-se como inconstitucional o critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo.

Considerou-se que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. Porém, o Plenário não pronunciou a nulidade das regras. O Ministro Gilmar Mendes tentou propor a fixação de prazo para que o Congresso Nacional elaborasse nova regulamentação sobre a matéria, mantendo-se a validade das regras até o dia 31 de dezembro de 2015, mas essa proposta não alcançou a adesão de dois terços dos ministros (quórum para

modulação). Apenas cinco ministros se posicionaram favorável pela modulação dos efeitos da decisão (Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello).

Assim, nos Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963 entendeu-se que o requisito financeiro estabelecido pela lei (da renda mensal familiar inferior a ¼ de salário mínimo) teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Portanto, afirma que os critérios objetivos preestabelecidos não podem ser mais aplicados, em razão de processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993, tanto é que demonstra que paralelamente a vigência da LOAS, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais. Entre as leis citadas estão: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

A decisão do Supremo Tribunal Federal sugeriu que o critério objetivo da da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS é transponível pela análise subjetiva em que se avalia o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Assim, reconheceu-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). Portanto foi declarada a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

Já o processo da Reclamação 4374 foi ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) com o objetivo de suspender o pagamento de um salário mínimo mensal a um trabalhador rural de Pernambuco. O benefício tinha sido concedido pela Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. Na Reclamação, o INSS alegava afronta da decisão judicial ao entendimento da Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1232, pois em 1998, na ADI ficou reconhecida a constitucionalidade dos critérios estabelecidos no parágrafo 3º do artigo 20 da Loas para o pagamento do benefício, em especial, o que exige uma renda mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo.

O relator da reclamação foi o Ministro Gilmar Mendes, neste voto defendeu-se a possibilidade de o Tribunal exercer um novo juízo, a qualquer tempo sobre aquela ADI, considerando que quinze anos depois, o STF não teria a mesma posição, tomando outra decisão. O Ministro destacou que ao longo dos anos houve uma proliferação de outras leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais. Assim, estas novas leis abriram as portas para a concessão do benefício assistencial fora dos parâmetros objetivos fixados pelo artigo 20 da LOAS, e juízes e tribunais passaram a flexibilizar o critério da renda familiar per capita, tornando-se menos rigorosos e mais generosos, apontando inclusive para um novo critério presumido para a LOAS, de meio salário mínimo o valor padrão de renda familiar per capita.

O Ministro Gilmar Mendes ressaltou que o critério de meio salário mínimo utilizado em outros programas de assistência social no Brasil, como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios, é um indicador bastante razoável de que o critério de um quarto do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e inadequado para aferir a miserabilidade das famílias, que, de acordo com o artigo 203, parágrafo 5º, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Afirma, ainda, que ao longo dos vários anos desde a sua promulgação em 1993, a LOAS passou por um "processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas" (STF, 2013, online).

Com esses argumentos, o Ministro votou pela improcedência da reclamação, consequentemente declarou a inconstitucionalidade incidental do artigo 20, parágrafo 3º, da LOAS, sem determinar, no entanto, a nulidade da norma. Assim, ao final, por maioria, o Plenário julgou improcedente a reclamação, seguindo o voto do relator, foi vencido o ministro Teori Zavascki, que a julgava procedente. Já os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa votaram pelo não conhecimento da ação.

V – AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA MUTAÇÃO DOS CRITÉRIOS DO BPC

Como amplamente demonstrado, ao longo dos vinte e cinco de existência do Benefício de Prestação Continuada, previsto no artigo 20 da LOAS, os critérios para a concessão do benefício assistencial foram flexibilizados e relaxados, situação que merece atenção especial pela Análise Econômica do Direito - AED. Afinal, a AED estuda justamente

as consequências das normas, assumindo que os indivíduos são racionais em suas interações sociais em um mundo de recursos escassos.

A primeira alteração do critério, que merece ser analisada, é inclusive anterior a LOAS de 1993, pois foi oriunda da própria Constituição Federal de 1988 ao garantir no artigo 203, V o benefício assistencial devido no valor de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso. Pois antes pela lei 1974 o benefício da Renda Mensal Vitalícia era de meio salário mínimo. Assim, com a majoração do valor do benefício assistencial, igualando ao piso salarial dos trabalhadores da ativa traz severas preocupações especialmente em relação a Previdência Social, único dos ramos contributivos da Seguridade Social como destacado:

> Apesar de seus nobres objetivos, a possibilidade de que um trabalhador, sem ter realizado qualquer contribuição para a previdência social, venha a ganhar pensão de 1 SM mensal, correspondente ao piso salarial dos trabalhadores que estão na vida ativa, pode ter um efeito colateral preocupante para o equilíbrio financeiro da previdência. Isto porque poderá criar um incentivo para que os trabalhadores da ativa, cuja remuneração seja próxima do valor do SM, decidam não contribuir para a previdência social, pois, mesmo que não o façam, terão direito à pensão concedida pela Loas. (CAMARGO; REIS, 2007, p. 263-264)

Outra mutação dos critérios do BPC que merece muita atenção é justamente o etário, pois quando publicada em 1993 o benefício assistencial era devido para os maiores de 70 anos, da mesma forma que acontecia com o benefício da Renda Mensal Vitalícia de 1974. Porém, este critério etário já passou por duas reduções, apesar da crescente expectativa de vida do brasileiro, em 1998 tornou-se devido para os maiores de 67 anos; sendo que desde 2003, como previsto pelo Estatuto do Idoso, o benefício assistencial é garantido aos maiores de 65 anos de idade.

Diante deste critério etário de 65 anos de idade, mais uma vez verifica-se juntamente com o valor de um salário mínimo, uma consequência muito prejudicial ao sistema do Regime Geral de Previdência Social, previsto no artigo 201 da Constituição Federal. Pois a aposentadoria por idade ao homem urbano, somente será devida aos 65 anos de idade, ou seja, o trabalhador não tem nenhuma estrutura de incentivos em contribuir a Previdência face a Assistência, pois os benefícios devidos são bem semelhantes tanto quanto aos critérios do valor de um salário mínimo como a idade de 65 anos.

Assim, a AED preocupa-se em estudar justamente estas situações, em que a regra criada pelo direito, influenciam a conduta das pessoas - comportamentos, pois geram

incentivos, sejam positivos ou negativos. Neste sentido, um agente racional realizará uma conduta apenas se o benefício esperado superar o custo esperado, afinal as pessoas são racionais e elas respondem a incentivos.

> A questão pode ser colocada da seguinte forma: um trabalhador que contribui com 7,56% do seu salário todo mês por 35 anos tem direito a uma aposentadoria correspondente ao salário na ativa, desde que esse seja igual ou inferior a 8 SMs. Com a introdução da Loas o trabalhador que optar por não contribuir durante toda a vida pode requerer o benefício de 1 SM quando completar 65 anos. Mesmo para trabalhadores que recebem mais de 1 SM, a segunda alternativa poderá muitas vezes ser mais interessante, do ponto de vista puramente financeiro, a não ser que a taxa de juros seja muito baixa (pelo menos para os padrões brasileiros) ou a expectativa de vida muito alta.
> Se a hipótese acima for correta, a Loas afetaria negativamente o equilíbrio financeiro da previdência e assistência social tanto pelo lado dos gastos quanto da arrecadação. De um lado, a lei leva a um aumento dos gastos públicos com o pagamento dos benefícios; de outro, os incentivos adversos criados pela Loas contribuiriam para o aumento do grau de informalidade no mercado de trabalho brasileiro na medida em que reduziriam os benefícios da formalização sem reduzir seus custos. O resultado seria uma diminuição da receita governamental não apenas da previdência social, mas também dos outros impostos sobre a folha de pagamento. Esse impacto sobre a contribuição previdenciária deve ser maior no caso dos trabalhadores por conta própria, que têm mais liberdade para optar pela contribuição, particularmente aqueles com renda mais baixa, para os quais se espera que os benefícios da Loas sejam mais importantes. (CAMARGO; REIS, 2007, p. 264.)

Por fim, o último critério que deve ser analisado com cautela é justamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que flexibilizou o último critério que era rígido e objetivo na concessão do Benefício de Prestação Continuada, justamente o critério da miserabilidade, qual seja ter renda familiar per capita inferior a ¼ de salário mínimo. Percebe-se que com esta flexibilização da renda familiar, o Judiciário está estendo de forma ampla, irrestrita e generosa uma política pública, apesar da lei dispor ao contrário, portanto neste caso o STF agiu de forma ativista, afinal violou uma lei existente.

Pois ao julgar os Recursos Extraordinários (REs) 567985 e 580963, ambos com repercussão geral, bem como na Reclamação (RCL) 4374 declarou-se a inconstitucionalidade incidental do artigo 20, parágrafo 3º, da LOAS, sem determinar, no entanto, a nulidade da norma. Tanto é que não se fixou qual o novo critério de renda per capita familiar deverá ser aplicado, causando uma insegurança jurídica. Além do mais, merece destacar que a segurança jurídica é justamente o valor mais caro do Direito, que deveria ser buscado por toda a sociedade, especialmente pelo STF.

Assim, ao se flexibilizar pelo judiciário o critério da renda familiar, está mais uma vez, se estimulando, privilegiando e ampliando o acesso ao benefício assistencial. Situação que desestimula o comportamento dos agentes para adesão ao sistema previdenciário, o que inclusive poderia melhorar a arrecadação do orçamento da Seguridade Social. As alterações nos últimos vinte e cinco anos da LOAS não são racionais, pois está se garantindo semelhante estrutura de incentivos para o assistido e o precavido. Em resumo, trata-se de uma política pública às avessas, afinal privilegia-se aquele que não contribuiu e receberá favor assistencial sem prévio custeio, face ao trabalhador que contribuiu e se esforçou ao longo de muitos anos para ter direito a benefícios previdenciários, consequências nefastas ao sistema da Seguridade Social.

VI – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise dos vinte e cinco anos de existência do Benefício de Prestação Continuada, percebe-se uma situação um tanto quanto curiosa e interessante, pois a introdução da LOAS em 1993, com a concessão de um benefício assistencial no valor de um salário mínimo, especialmente após 2003 em que se reduziu a idade para 65 anos, ou seja, a mesma idade exigida para a aposentadoria por idade, criou-se um incentivo para que determinados grupos de trabalhadores não contribuam para a previdência social. Ou seja, pode-se afirmar que a garantia do Benefício de Prestação Continuada é um incentivo a informalidade, pois garante, sem qualquer contribuição, o mesmo valor de um salário mínimo que 70% dos aposentados brasileiros recebem, depois de longos anos de esforço e contribuição.

Inclusive já foram feitos estudos com evidências empíricas (GIAMBIAGI et al, 2004) (CAMARGO; REIS, 2007) que demonstram que, em razão do Benefício de Prestação Continuada garantido pela LOAS, grupo de trabalhadores com nível educacional baixo, deixaram de contribuir para a previdência social. Inclusive os estudos demonstram que os gastos com LOAS têm apresentado crescimento bem mais acentuado que os gastos com aposentadorias, portanto prejudicando ainda mais as contas do governo, tão discutidas na atualidade em razão dos alegados déficits que justificariam a Reforma da Previdência.

Assim, acredita-se que a flexibilização dos critérios do BPC, assemelhando aos requisitos dos benefícios previdenciários, trouxe incentivos negativos ao sistema previdenciário, que é contributivo. Pois as pessoas, especialmente as que trabalham na

informalidade e de renda mais baixa, não vislumbram nenhuma estrutura de incentivos para contribuir a Previdência, preferindo esperar pelo benefício assistencial. Desta forma, compreendeu-se os efeitos da flexibilização dos critérios do BPC sobre os comportamentos dos agentes, demonstrando os efeitos negativos e de que os mesmos não são socialmente desejáveis, especialmente ao se analisar a Seguridade Social como um complexo sistema que envolve Saúde, Assistência e Previdência social

VII – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei 6.179/74, que institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6179.htm> Acesso em 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei 8.742/93, que dispõe sobre a organização da assistência social.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8742.htm> Acesso em 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei 10.741/03, que dispõe sobre o estatuto do idoso.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei 12.435/11, que 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 01 de jun. 2018.

BRASIL. **Lei 13.146/15, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em 01 de jun. 2018.

CAMARGO, José Marcio; REIS, Maurício Cortez. **Lei Orgânica da Assistência Social: incentivando a informalidade.** 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/Arq15_Cap07Leorganica__21.pdf> Acesso em 01 de jun. 2018.

COOTER, Robert. **Direito & economia.** trad: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DELGADO, Guilherme; JACCOUD, Luciana; NOGUEIRA, Roberto Passos. **Seguridade Social: redefinindo o alcance da cidadania.** 2010. Disponível em: < http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/4347/1/bps_n17_vol01_seguridade_social.pdf> Acesso em 31 de mai. 2018.

GIAMBIAGI, Fábio; MENDONÇA, João Luis de Oliveira; BELTRÃO, Kaizô Iwakami; ARDEO, Vagner Laerte. **Diagnóstico da Previdência Social no Brasil : O que foi Feito e o que Falta Reformar ?** Rio de Janeiro, outubro de 2004. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4248> Acesso em 01 de jun. 2018.

GIAMBIAGI, Fábio. **Reforma da previdência: o encontro marcado**. 2ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

STF. **ADI 1232 – Ação Direta de Inconstitucionalidade.** Relator Ministro Ilmar Galvão. Julgamento 27/08/1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451> Acesso em 02 de jun. 2018.

STF. **RE 567985/ MT – Mato Grosso**. Recurso Extraordinário. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 18/04/2013. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447> Acesso em 02 de jun. 2018.

STF. **RE 580963/ PR – Paraná.** Recurso Extraordinário. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 18/04/2013. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062> Acesso em 02 de jun. 2018.

STF. **RCL 4374/PE – Pernambuco.** Reclamação. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 18/04/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489> Acesso em 03 de jun. 2018.