

O critério de miserabilidade como requisito limitador para concessão do benefício de prestação continuada ao idoso no Brasil

The criterion of misery as a limiting requirement for granting the continuous cash benefit to the elderly in Brazil

Karoline Goulart Gouveia¹
José Antônio Pancotti Junior²
João Geraldo Nunes Rubelo³
Helton Laurindo Simoncelli⁴

RESUMO

Este artigo foi realizado com o objetivo de analisar o requisito de renda mensal *per capita* familiar, cunhado como critério de miserabilidade, previsto no benefício de prestação continuada e regulamentado pela Lei Orgânica de Assistência Social. Tal critério quando aplicado aos idosos gera discussão respeitante à aferição da real condição de desamparo social defronte à máxima efetividade da norma constitucional, princípio defendido pela doutrina e jurisprudência. A discussão permeia o cenário jurídico por cerca de vinte anos, em decorrência da mudança de exegese da norma nos Tribunais, dadas as necessidades reais da sociedade e a notória judicialização da temática. A falta de adequação da norma impacta aos idosos, que só conseguem flexibilizar o critério limitador do benefício no Judiciário.

Palavras – chaves: Benefício de Prestação Continuada, Idoso, Critério de Miserabilidade.

ABSTRACT

This article was carried out with the objective of analyzing the requirement of monthly family per capita income, minted as a misery criterion, provided in the continuous cash benefit and ruled by the Organic Law of Social Assistance. This criterion when applied to the elderly generates discussion regarding the measurement of the real condition of social helplessness in the face of maximum effectiveness of the constitutional rule, principle defended by doctrine and jurisprudence. The discussion permeates the legal scenario for about twenty years, due to the change of exegesis of the norm in the Courts judgments, due to the real needs of society and the notorious judicialization of the theme. The lack of adequacy of the norm impacts the elderly, who can only make the limiting criterion of benefit more flexible in the judiciary.

Keywords: Continuous Cash Benefit, Elderly, Misery Criterion.

Introdução

A ideia de proteção social parte do princípio de que as pessoas em situação

¹ Acadêmica do 10º termo do curso de Direito no Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSalesiano Campus Araçatuba.

² Mestre em Direito. Docente do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSalesiano Campus Araçatuba.

³ Filósofo e Mestre em Geografia. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSalesiano Campus Araçatuba.

⁴ Coordenador do curso de Direito e Mestre em Direito do Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium - UniSalesiano Campus Araçatuba.

de aguda necessidade precisam estar assistidas por uma ampla rede de amparo, sendo caracterizado o marco inicial de preservação desses sujeitos no núcleo familiar. O ponto preocupante surge quando ausente essa primeira barreira de proteção, circunstância que conduz ao Estado o dever de proteger os mais vulneráveis, principalmente, aqueles com mais idade.

Nessa perspectiva, o direito fundamental de amparo social ao cidadão em situação de vulnerabilidade atinge seu grau máximo com o reconhecimento dos direitos sociais no texto da Constituição Federal de 1988. Mas, foi somente com a criação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) em 1993, que passou a ser regulamentada a concessão de um benefício assistencial de prestação continuada, na ordem de um salário mínimo, independente de contribuição, como forma de efetivação das políticas sociais do Estado.

Desde então, estabelecidos os critérios legais para a elegibilidade do benefício de prestação continuada (BPC), torna-se alvo de discussão o requisito previsto no §3º do artigo 20 da LOAS. Com efeito, o critério objetivo que estipula um parâmetro matemático de $\frac{1}{4}$ da renda mensal *per capita* familiar, como aferição da miserabilidade econômica, reputa-se como fator restritivo, de forma geral.

Isso se justifica porque o legislador ordinário não pretende aplicar um benefício de forma generalizada, mas tão somente àqueles em situação de comprovada carência social. Contudo, a sociedade está à míngua da interpretação literal do dispositivo pelo INSS, que indeferindo pedidos, limita o acesso ao BPC com brevidade e propicia a ampliação da judicialização no Judiciário.

Posto isto, defende-se a concessão imediata do benefício através da análise mais detalhada das necessidades do postulante, uma vez que diante de um percentual cada vez maior de idosos, há que se batalhar para que a população envelheça com dignidade, sob o manto das garantias constitucionais.

De início, remontar-se-á a contextualização da proteção social, perscrutando os principais marcos históricos até a sistematização da seguridade social pelo constituinte em 1988. Também, ao BPC segundo os critérios contidos na Constituição e na lei especial, estabelecendo relações com a defesa doutrinária a respeito do idoso como sujeito de direitos e da importância do amparo social dessa classe. E, ao ponto fulcral do estudo, em que se verifica o acesso do idoso ao benefício de frente à hermenêutica do critério de miserabilidade no STF, a dissonância de

efetividade da norma dada pelo constituinte e pelo legislador ordinário, a flexibilização legal do critério, e, a judicialização do benefício.

Contextualização da proteção social

O homem, em razão de seu processo evolutivo natural e dos desafios experimentados na vida em sociedade, protagonizou um longo percurso de adaptação, defronte as dificuldades relacionadas às enfermidades do corpo, à escassez de alimento e ao fenômeno do envelhecimento. Nesse contexto, a proteção social foi primeiramente observada no âmbito familiar, marco inicial histórico da proteção exercida em favor dos sujeitos mais velhos e necessitados integrados à família. O ponto conflitante, contudo, surgiu aos que não pertenciam a nenhum agrupamento familiar e, por consequência, ficaram carentes dessa primeira rede de proteção (IBRAHIM, 2015).

Nessa perspectiva, segundo Santos (2019) os membros mais abastados da sociedade eram incentivados a praticar a caridade, conforme a dogmática religiosa e, assim, a primeira fase de proteção social voltada à sociedade foi coordenada pela igreja, dando surgimento à assistência pública.

Por outro lado, os membros da comunidade desenvolveram um sistema de proteção diverso da assistência, baseado no mutualismo, pelo qual um grupo de pessoas que compartilhavam as mesmas condições e interesses sociais, uniam-se para compor uma reserva de valor, que serviria de garantia para suprir suas necessidades futuras (IBRAHIM, 2015).

Com o advento dos primeiros contratos de seguro marítimo, passa a existir uma forma especial de se proteger algo por meio de um instrumento, o contrato. Nesse cenário, segundo Santos (2019) as pessoas somente seriam beneficiadas pela proteção securitária, caso celebrassem um contrato. No entanto, a maioria dos indivíduos da sociedade nessa época pertenciam à classe assalariada e não detinham os mesmos privilégios da minoritária, que detinha condições para financiar o prêmio. Logo, para proteger os menos favorecidos nessa, seria preciso que o Estado lhes prestasse a assistência por intermédio da instituição de um seguro obrigatório.

Assim, o Estado foi assumindo parcialmente a responsabilidade de prestar assistência para aqueles considerados mais frágeis e necessitados, sendo que, de

modo final, constituiu-se um plano estatal securitário, de caráter compulsório e coletivo (IBRAHIM, 2015).

Foi com a edição da Lei dos Pobres, *Poor Law Acr*, fundada no combate à miséria e aplicada em favor dos desempregados, inválidos, crianças e idosos, que se reconhece, na Inglaterra em 1601, o momento mais marcante da seguridade social, com a criação de um programa de assistência social de contribuição obrigatória e de aspecto universal (VIANNA, 2014).

Em 1789, na França, a partir da filosofia do solidarismo, admite-se como direito subjetivo de todos os indivíduos a garantia à seguridade social na redação do texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Outro marco legal, a Lei do seguro doença, no ano de 1883 na Alemanha, aderiu ao modelo de regulamentação de seguros *Bismarchiano*, cuja proteção social era dirigida aos empregados e exigia uma contribuição prévia para fazer *jus* ao benefício.

Contudo, os beneficiários desse sistema sofreram um forte impacto econômico na cobertura do seguro após o término da Primeira Guerra Mundial e, depois, em 1919, passou a ser discutida a criação de um plano relacionado à previdência social durante o acordo de paz firmado no Tratado de Versalhes, que foi oficialmente aprovado em 1921 com a criação da Organização Internacional do Trabalho (MARTINS, 1997).

Com o declínio das ideias liberais concebidas na política do Estado mínimo, houve forte demanda da sociedade pelo Estado de tamanho certo, traçando-se como objetivo as necessidades sociais do povo, que nesse período já ultrapassam o âmbito da seguridade social (IBRAHIM, 2015).

A partir da política do *New Deal* implantada nos Estados Unidos, adotou-se o modelo *Welfare State* voltado para o Estado democrático, preocupado em garantir a existência de uma vida digna e, sobretudo, o bem-estar social de toda coletividade. Para tanto, em 1935 foi instituída a Seguridade Social americana sob o nome de *Social Security Act*. Em contraposição ao modelo *Bismarchiano*, o americano abrangia a cobertura total dos cidadãos, ainda que o sujeito não prestasse qualquer contribuição (TSUTIYA, 2013).

Em Londres, no ano de 1942, a sociedade presenciou a idealização do modelo universal de proteção social, o *Beverigde*, cujo propósito principal se referia a

proteção do indivíduo do nascimento até a morte e de seus familiares (HORVATH JÚNIOR, 2011; TSUTIYA, 2013).

No período pós-guerra, a fim de que todas as nações coibissem qualquer ação humana de autodestruição, foi erigida a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, ano em que a seguridade social ganhou *status* de direito garantido a todos os povos (TSUTIYA, 2013).

No território brasileiro, a proteção social marcada pelo pensamento liberal clássico e influenciada pelo contexto político-filosófico europeu, também se desenvolveu de forma gradual, haja vista a longa trajetória histórica até se passar da mera assistência à seguridade social (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Antes do advento da primeira Constituição, os indícios da proteção social remontam ao ano de 1543, a partir da fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos, onde também surgiu o programa de assistência privada aos empregados. Nesse mesmo período, foram fundadas outras irmandades e no ano de 1795 foi formado o Plano de Beneficência dos órfãos e viúvas dos Oficiais da Marinha (CASTRO; LAZZARI, 2020; VIANNA, 2014).

Anteriormente à Constituição de 1824, o modelo de montepio mais antigo foi datado em 1808, atribuído à guarda pessoal do príncipe Dom João VI. Mais tarde, Dom Pedro I, como regente, publica o decreto de 1º de outubro de 1821, que concede aposentadoria aos professores e mestres com mais de 30 anos de serviço (OLIVEIRA, 1996 *apud* CASTRO; LAZZARI, 2020, p. 30).

A Constituição imperial de 1824 continha em seu teor a fragmentação das ideias liberais de origem estrangeira e que foram difundidas, em especial pelo imperador Dom Pedro I, cujo governo prontificou em estabelecer normas garantidoras à questão social (SANTORO, 2001). Assim, foi enunciado o direito aos socorros públicos no artigo 179, inciso 31, da Constituição de 1824, pela qual [...] *a Carta Imperial já lançava pedra fundamental para a edificação da proteção social no Brasil* (BALERA, 1989, p. 17).

Nos anos que se seguiram, foram criadas caixas de socorros e montepios para os trabalhadores das estradas de ferro, sendo o Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado – MONGERAL – o mais famoso (BRAGANÇA, 2012).

Com o advento da primeira Constituição da República em 1891, foi contemplado pela primeira vez o termo aposentadoria no texto da lei, sendo

estabelecia a aposentadoria aos funcionários públicos, em caso de invalidez (BALERA, 1989).

Nos anos seguintes, surgiu a Lei de Acidentes do Trabalho em 1919, com objetivo de proteção às condições do trabalho e em 1923 foi criada a Lei Eloy Chaves, sendo o primeiro diploma legal à proteção previdenciária no Brasil, pelo qual se [...] *autorizava as empresas ferroviárias a criarem suas caixas de aposentadoria e pensão* (HORVATH JÚNIOR, 2011, p. 3).

Após dez anos, em 1933, passou-se a fase de criação dos institutos de aposentadorias e pensões, sob a gestão estatal, individualizados por categorias profissionais, abrangendo um maior número de trabalhadores e, sobretudo, passando ao *status* de previdência pública (AMADO, 2017).

Com a promulgação da Constituição de 1934, através do título *Da ordem econômica e social* foi declarado o direito do trabalhador brasileiro à proteção social, cabendo à legislação trabalhista o resguardo, dentre outros, à previdência.

De outra parte, na Constituição de 1937, foi reduzida a regulamentação dos riscos sociais para somente dois dispositivos, concedendo-se amparo à velhice, invalidez e acidentes do trabalho em um e, no outro, a assistência médica ao trabalhador e à gestante (BALERA, 1989). Depois, a Constituição de 1946, [...] *substituiu a expressão seguro social por previdência social* (VIANNA, 2014, p. 13).

Após esse fenômeno, foi publicada a Lei Orgânica da Previdência Social em 1960, a partir da qual houve a uniformização dos benefícios garantidos através de diplomas esparsos relacionados às classes profissionais.

A partir da Constituição de 1988, é consagrado no bojo do texto legal o direito à saúde, à previdência social e à assistência social, ora espécies do gênero seguridade social, situado no artigo 194 da Constituição, onde o sistema securitário então composto pela divisão formal dos três segmentos citados, estabeleceu o compartilhamento do interesse comum de cobertura dos riscos sociais (SANTORO, 2001).

A saúde, por exemplo, consoante a redação do artigo 196 da Constituição de 1988, realça-se o princípio da universalidade, [...] *assim deve ser, pois uma política sanitária coerente deve amparar a todos, pois não há ambiente salubre em uma sociedade na qual alguns não são incluídos na rede protetiva* (IBRAHIM, 2015, p. 9).

A previdência social, conceituada como seguro social em sentido amplo, garante a prestação de benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes, cobrindo os chamados riscos sociais imprevisíveis, como a doença e acidentes; e, os previsíveis, que é o caso da velhice (IBRAHIM, 2015).

Os artigos 203 e 204 da Constituição de 1988 que tratam da assistência social, preceituam que se prestará o auxílio assistencial àqueles que realmente necessitarem, sem se exigir qualquer contribuição da pessoa incapaz de prover sua própria subsistência para que seja beneficiada. Entende-se que para fins de percepção de qualquer benefício proveniente da assistência social, a necessidade do assistido deve ser considerada como requisito base para que haja a concessão. Assim, o objetivo principal da assistência social se resume à proteção dos sujeitos que não pertencem ao regime de previdência social (IBRAHIM, 2015).

Longo foi o percurso trilhado até se chegar à maximização da proteção social, através da positivação da seguridade social no ordenamento jurídico pátrio. Esse contexto evolutivo permitiu que benefícios sociais fossem criados no âmbito da assistência social às pessoas que não estavam amparadas pela previdência social.

Benefício de prestação continuada ao idoso

O benefício previdenciário conceituado como renda mensal vitalícia através da Lei nº 6.179/1974, antecedente histórico do BPC, tornou-se precursor no exercício da proteção dos idosos, maiores de 70 anos de idade (COUTO, 2006).

Foi a partir da implantação do BPC pela LOAS, que a RMV foi substituída e extinta, modificando-se a natureza do benefício para ser completamente assistencial, mediante a eliminação do componente da contribuição.

Nesse sentido, segundo Freitas, Souza; Martins (2013, p. 141),

[...] o BPC representou o alargamento da proteção social a segmentos até então excluídos de qualquer acesso à segurança de renda. Por outro, a extinção da RMV trouxe a incerteza para uma parcela da população que não tem o perfil para o BPC, composta por trabalhadores sem vinculação ou com vinculação precária à previdência social que, não atendendo aos requisitos para as tradicionais aposentadorias previdenciárias, tinham a RMV como alternativa.

Por esse motivo, foca-se na proteção social da população idosa em condição de desamparo social, uma vez que,

[...] A existência da pessoa idosa como sujeito de direitos surge do reconhecimento de que há um grupo de pessoas que se identificam por uma condição humana específica, qual seja, o estado de velhice, que demandam proteção dirigida, em razão das fragilidades que os acometem, limitando-os a capacidade de exercício das ações diárias, considerada a debilitação física e mental que se agrava com o passar do tempo (SOARES; BARBOSA, 2017, p. 25).

Assim, a assistência social se reveste de dupla importância: proteção aos idosos em condição de vulnerabilidade social e promoção de condições que assegurem a saída do sistema assistencial para o previdenciário.

Por isso, assegura-se a proteção ao envelhecimento saudável, capaz de propor dignidade ao idoso, competindo ao Estado garantir o cumprimento de políticas sociais a fim de dar efetividade ao referido direito (LENZA, 2021).

Dessa forma, o artigo 203 da Constituição de 1988 impõe ao Estado o dever de prestar a assistência social aos necessitados, e, no seu inciso V, prescreve *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.*

Contudo, a norma constitucional não definiu a idade a ser considerada para a pessoa idosa, tampouco os componentes individualizadores para afastar a aplicabilidade indistinta da norma, condições que ficaram sob o cuidado da norma infraconstitucional.

No Estatuto do idoso, definiu-se a idade em 65 anos para acesso ao BPC, *[...] Apesar da Lei n.º 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 (IBRAHIM, 2015, p. 18).*

Analisando-se a diferença de tratamento prevista dentro do estatuto, para Salatin; Dias (2018, p. 119), *[...] conclui-se que houve uma ofensa ao princípio da Isonomia, já que os idosos são tratados de forma diferente pela própria normatização que, em tese, protege-os.*

Superado esse componente, explora-se sobre o critério previsto no §3º, do artigo 20, da LOAS, onde se adotou um recorte de renda com base em um critério matemático, em que se considera *incapaz de prover a manutenção da pessoa com*

deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a um quarto do salário mínimo.

Indaga-se sobre a fixação de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo como indicador da miserabilidade familiar e insuficiência de recursos, uma vez que à época da edição do benefício em 1993, o critério já beirava à pobreza extrema.

O elemento previsto na lei indica ao administrador público a quem se destina o benefício, de modo ordenado e célere, posto que o benefício tem natureza alimentar, sendo, então, indispensável seu rápido processamento (SAVARIS, 2018).

Mas, a presunção de miserabilidade fez surgir, segundo Amado (2017, p. 55) *[...] A grande polêmica que persistiu durante anos foi saber se o critério da renda individual dos membros da família poderia ser flexibilizado em situações concretas, com o manejo de outros critérios a serem considerados mais adequados pelo julgador.*

Tal problemática se direciona à importância de examinar o critério de miserabilidade em detrimento da pessoa idosa paralelamente às normas e princípios constitucionais, bem como as decisões do Judiciário dos últimos 20 anos.

Critério de miserabilidade: o (in) acesso ao benefício assistencial

Conforme visto, o artigo 203, inciso V, da Constituição de 1988, deixou reservado à lei ordinária a definição da idade e forma de comprovação da vulnerabilidade. Assim, cuida-se de saber se o valor correspondente a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo mensal, *per capita*, previsto no §3º do artigo 20 da LOAS estaria de acordo com o dispositivo constitucional, com o sistema de assistência social e com as normas principiológicas conformadas na Constituição de 1988.

Segundo Santos (2019, p. 213),

[...] Ao fixar em 1/4 do salário mínimo o fator discriminante para aferição da necessidade, o legislador elegeu discriminar inconstitucional porque deu aos necessitados conceito diferente de bem-estar social, presumindo que a renda per capita superior a $\frac{1}{4}$ do mínimo seria a necessária e suficiente para a sua manutenção, ou seja, quanto menos têm, menos precisam ter!

O discriminar utilizado pelo legislador ordinário fere o princípio do não retrocesso social, sobretudo, o da isonomia, ao passo que uma pessoa que aufera $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por mês no Brasil é pobre, mas não somente, haja vista que também é a que recebe um pouco mais do que essa quantia.

Para Silva (2009) pode-se afirmar que a pobreza representa o malgrado cenário da pura escassez. Nesse contexto, o despossuído não dispõe dos meios necessários à sua própria manutenção, uma vez que lhe são reduzidos os recursos materiais necessários à garantia da saúde, nutrição e expectativa de vida.

Nessa senda, surge o conceito de mínimo existencial, conjugado com a concepção de direito mínimo – prestado aos carentes –, e de existência condigna, circunstância que reivindica a dignidade humana (TORRES, 2009).

De acordo com Martins (2020, p. 320), *[...] decorre da dignidade da pessoa humana o dever estatal de garantir a todos um mínimo existencial dos direitos sociais, sem os quais se viola a integralidade da natureza humana.*

Contudo, não se pode ignorar a teoria da reserva do possível, oposta ao mínimo existencial, que *[...] equivale a reserva democrática, no sentido de que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador* (TORRES, 2009, p. 105).

Nesse ponto, entende-se que *[...] Um direito social sob reserva dos cofres cheios equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica* (CANOTILHO, 2003, p. 481). Com efeito, os direitos sociais não podem reduzir-se a reserva dos cofres públicos, sob pena de tornar letra morta a norma constitucional.

Por esse motivo, o administrador público não poderá se aproveitar da chamada reserva do possível como fundamento para inviabilizar a concessão de benefícios, *[...] vindo a tornar-se a desculpa cômoda que impeça a mudança social programada pelo Direito e que muitas vezes esconde a distorção de prioridades na aplicação dos recursos [...]* (BARCELLOS, 2011, p. 276).

Em caso de indeferimento administrativo do benefício, eleva-se a judicialização do direito social, visto que os idosos terão que demandar uma ação no Judiciário como medida de efetivação do seu direito de amparo social.

Nesse íterim, revela-se significativa a dissidência de interpretação dos critérios legais para acesso dos benefícios entre o INSS e o Judiciário, haja vista que a autarquia se mostra mais inclinada a decisões considerando o orçamento público, enquanto o Poder Judiciário expande a interpretação da lei aos benefícios de baixa prestação, como os assistenciais (INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA, 2020).

A hermenêutica em torno do conceito impróprio de miserabilidade adotado pela LOAS, foi determinante para o questionamento fundado na comprovação da

verdadeira situação de hipossuficiência econômica, diante da presunção absoluta de vulnerabilidade em contraposição à presunção relativa, pela qual se analisa outros elementos capazes de justificar a concessão do benefício ao idoso.

A esse respeito, pronunciou-se o STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, julgando o critério previsto no artigo 20, §3º da LOAS como simples parâmetro utilizado para regulamentar e concretizar o direito previsto na norma constitucional, sendo incapaz de limitar o acesso ao BPC.

Embora declarada a constitucionalidade, a discussão não foi pacificada; o que provocou o STF a decidir sobre a mesma matéria, no ano de 2013, com o julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários 567.985/MT e 580.963/PR. Em sede de repercussão geral da questão, optou-se, com fundamento na decisão de outros recursos e entendimentos dos demais Ministros integrantes da Corte Suprema, por flexibilizar o componente de renda, sem ser pronunciada a inconstitucionalidade do dispositivo, pois do contrário, o mesmo ficaria sem regulamentação legal, inviabilizando-se o instituto (SANTOS, 2016).

Nesse diapasão, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência em 2015, foi inserido o §11, no artigo 20 da LOAS, cuja redação buscou resguardar a *ratio decidendi* acerca da flexibilização do recorte de renda decretada pelo STF, permitindo-se a utilização de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade.

Assim, ao se interpretar o BPC no Judiciário, o magistrado deverá se valer de instrumentos que viabilizem a análise da real condição de miserabilidade. Desse modo, comprova-se as condições socioeconômicas do postulante [...] *por laudo de assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou, sendo inviabilizados os referidos meios, por prova testemunhal* (BRASIL, 2015).

A condução do processo deverá se pautar pela aplicação do *in dubio pro misero*, dilatando-se a produção probatória, se for o caso, a fim de formar o juízo do magistrado, lembrando-se que [...] *a constatação do possível naufrágio da pretensão previdenciária deve levar à desaceleração, abrindo-se espaço para a realização de diligências que poderão mudar a sorte processual do hipossuficiente* (SAVARIS, 2018, p. 113).

Cumprе realçar que, enquanto o critério de miserabilidade não for reavaliado na legislação de forma a atender as expectativas sociais da população idosa, será

mantida a hiper judicialização nos tribunais brasileiros. Resta saber qual proposta razoável para solucionar a questão do acesso do BPC nas instâncias ordinárias.

Considerando-se as transformações no âmbito socioeconômico das últimas duas décadas, recai sobre o Poder Legislativo a obrigação de averiguar e aplicar novo parâmetro legal, em consonância com o recente cenário financeiro no Brasil (AMADO, 2017).

De acordo com a sugestão do relator da Reclamação 4.734/PE, Ministro Gilmar Mendes, deveria ser mantida a validade da norma considerada inconstitucional por um período razoável até a edição de um novo dispositivo legal pelo poder competente – legislativo e executivo (BRASIL, 2013).

Foi fixado o prazo de dois períodos anuais no julgamento da referida Reclamação para que o legislativo brasileiro firmasse novo critério na LOAS. Contudo, passaram-se oito anos. E até o momento nenhuma lei foi aprovada no sentido de alterar o critério de miserabilidade.

A propósito, foi apresentado o projeto de lei nº 1832 em 2020, com o objetivo de ampliação do critério de miserabilidade de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ salário mínimo por pessoa da família. Mas, a aferição da miserabilidade por meio de outro critério financeiro é insuficiente para comprovar a realidade econômico-social do necessitado, porque desconsidera fatores subjetivos relacionados à pessoa idosa. Para o jurista Savaris (2018, p. 106), [...] *O direito à concessão de um benefício da seguridade social não pode ser aferido a partir dos critérios milimétricos estabelecidos pela legislação previdenciária.*

Posto isso, deduz-se, que a ampliação do critério para $\frac{1}{2}$ salário mínimo somente minimizará as demandas judiciais, pois a judicialização não é em si o problema, mas consequência do fato de que o BPC possui um critério limitador para fins de acesso na via administrativa, já que impede a análise acurada da realidade dos idosos pela utilização de um valor padrão considerado impróprio, segundo as normas e princípios conformados na Constituição de 1988 e da condição *sine qua non* para a preservação do Estado Democrático de Direito.

Conclusão

O presente artigo assenta mais uma reflexão sobre a problemática do acesso ao BPC debatida há cerca de duas décadas no cenário jurídico brasileiro, integrando parte de um trabalho desenvolvido por doutrinadores, juízes e ministros.

A flexibilização do critério de miserabilidade adotada pelo STF não pretende ser uma solução definitiva para o (in) acesso do benefício de prestação continuada ao idoso, para que a concretização social da norma seja atingida. Embora pretenda contribuir para o exercício da política social, esse quadro perdura de forma acomodada, a despeito da omissão normativa no que tange à limitação do requisito eleito para aferir as condições próprias e familiares de auto sustento dos postulantes ao benefício.

Sob a ótica geral, foi demonstrada a dialética doutrinária a respeito da hermenêutica do critério de miserabilidade e a dissonância presente na aplicação mais limitada do direito social realizada pelo INSS em paralelo à aplicação mais flexível e harmônica do direito no âmbito Judiciário. Após, mostrou-se a maciça quantidade de processos como meio de assegurar a consecução do direito do idoso ao BPC, mesmo que isso importe em morosidade de acesso ao benefício, devido à formação da convicção racional do julgador durante o processo previdenciário na fase de instrução probatória.

Ainda, sobre a tentativa de substituição do critério atual por um padrão econômico mais amplo, segundo os doutrinadores, depreende-se a necessidade de adoção de um modelo jurídico mais justo e harmônico ao entendimento emanado pelo STF, cuja recomendação confirma a carência de um requisito que se pautar pela constatação da real condição de miserabilidade, sem ignorar a heterogeneidade dos casos concretos.

Conclui-se que o critério eleito pelo legislador ordinário, notadamente, quando consideradas pessoas vulneráveis aquelas com renda *per capita* mensal inferior a ¼ do salário mínimo no núcleo familiar, está, nitidamente, desvalorizando a garantia de concretização da norma defendida pelo constituinte originário. Além disso, confirmou-se a morosidade do acesso ao BPC que por vezes só se é obtido pela via judicial, em razão dos indeferimentos no âmbito administrativo.

Por todo o exposto, verifica-se que os idosos vulneráveis não têm acesso efetivo aos direitos expressamente previstos pela Constituição brasileira, uma vez que a garantia ao mínimo existencial, por meio do presente instituto estudado, não

está de fato garantida para as pessoas na melhor idade. Assim, vislumbra-se como trabalhos legislativos futuros a substituição do § 3º do artigo 20 da LOAS por outro componente mais elástico, capaz de analisar a real condição de miserabilidade, para se assegurar o mínimo necessário ao envelhecimento digno à luz do princípio da dignidade humana e nos moldes do Estado Democrático de Direito.

Referências Bibliográficas

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 9. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

BALERA, Wagner. **A Seguridade Social na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BARCELLOS, Ana P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRAGANÇA, Kerlly H. **Manual de Direito Previdenciário** [livro eletrônico]. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BRASIL (2013). **Supremo Tribunal Federal**. Reclamação nº 4.374-PE; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; Data do Julgamento: 18 abril 2013; Data de Publicação: 04 set. 2013.

BRASIL (2015). Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 79**. Brasília, 24 abr. 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=79&PHPSESSID=uimkn453vt3rnrj03odsbppea4>. Acesso em: 12 ago. 2021.

CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 14 reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos A. P.; LAZZARI, João B. **Manual de Direito Previdenciário** [livro eletrônico]. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

COUTO, Berenice R. **O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível?** São Paulo: Cortez, 2006.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. São Paulo: Manole, 2011.

IBRAHIM, Fábio Z. **Curso de direito previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA. **A judicialização de benefícios previdenciários e assistenciais**, Brasília-DF, 2020. Disponível em:

https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/Relatorio-Final-INSPER_2020-10-09.pdf. Acesso em 18 ago. 2021.

FREITAS, Maria J.; SOUZA, Maria V. S.; MARTINS, Raquel de F. A. O Benefício de Prestação Continuada – BPC: direito socioassistencial.

Coletânea de Artigos Comemorativos dos 20 Anos da Lei Orgânica de Assistência Social. Brasília-DF, 2013, p. 134-153. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Livros/20anosLOAS.pdf. Acesso em: 08 ago. 2021.

KLIEMANN, José G. Seguro e Seguridade social: apontamentos acerca da evolução da proteção social. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre-RS, v. 34, n. 71, p. 09-32, jan/jun. 2013. Disponível em: <https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22164814-rpge71.pdf>. Acesso em: 02 maio 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica** [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINS, Sérgio P. **Direito da Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SALATIN, Gabriela C.; DIAS, Eliotério F. Benefício de prestação continuada ao idoso: uma garantia não garantida? **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ**. Mato Grosso do Sul, v. 6, n. 1, p.113-128, mar-jun. 2018. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/download/2310/2019> >. Acesso em: 02 maio 2021.

SANTORO, José J. S. **Manual de Direito Previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S.A., 2001.

SANTOS, Marisa F. **Direito previdenciário esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SAVARIS, José A. **Direito processual previdenciário**. 7. ed. Curitiba: Editora Alteridade, 2018.

SILVA, José A. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Ricardo M. F.; BARBOSA, Charles S. **Série IDP – Manual dos direitos da pessoa idosa – DIG** [livro eletrônico]. São Paulo: Saraiva, 2017.

TORRES, Ricardo L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.