



E-ISSN: 2595-7414

# RBDS

*Revista Brasileira de Direito Social*



**V.5,** 2022 Setembro  
**N.3** Outubro  
Novembro  
Dezembro

**IEPREV**  
**EDITORA**

**PRESIDÊNCIA DO IEPREV**

ROBERTO DE CARVALHO SANTOS

**EDITOR-CHEFE**

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR, UFPR/PR

**EDITORAS-ADJUNTAS**

ANA PAULA FERNANDES, UMSA, ARGENTINA

MARIAH BROCHADO, UFMG/MG

**EDITORES-EXECUTIVOS**

GILMAR GOMES DE BARROS, FURG/RS

LUCAS MAGNO PORTO, UFMG/MG

**CONSELHO EDITORIAL**

ANA PAULA MISKULIN, USP/SP.

ANTÔNIO FABRÍCIO DE MATOS GONÇALVES, ESA/MG

CLÁUDIA SALLES VILELA VIANNA, EMATRA-PR.

CYNTIA TEIXEIRA PEREIRA CARNEIRO LAFETÁ, UL.  
LISBOA, PORTUGAL

DANIELA MURADAS REIS, UFMG/MG.

DÉCIO BRUNO LOPES, PUC-SP. SÃO PAULO/SP

DENISE PIRES FINCATO, PUC-RS

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

ESTER MORENO DE MIRANDA VIEIRA, PUC-SP

FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, UERJ/RJ

FERNANDO FERREIRA CALAZANS, UNIFEMM/MG

FULVIA HELENA DE GIOIA, MACKENZIE. SÃO PAULO/SP

ITIBERÊ DE OLIVEIRA CASTELLANO RODRIGUES UFPEL/  
RS.

IVANI CONTINI BRAMANTE, FDSBC/SP.

JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, PUC-PR.

JOÃO BATISTA OPTIZ NETO. UNIP/SP

JOSÉ ANTONIO SAVARIS, UNIVALI/SC

JULIANA TEIXEIRA ESTEVES, UFPE. RECIFE/PE

MARCELO BARROSO LIMA BRITO DE CAMPOS, UNI-BH

MARCUS ORIONE GONÇALVES CORREIA, USP/SP

MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO, UFMG/MG

OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO DE MORAIS, UEL/PR

PAULO RICARDO OPUSZKA, UFPR/PR.

TUFFI MESSIAS SALIBA, UNA/MG, BRASIL

VALMIR CÉSAR POZZETI, UFAM/AM.

YNÊS DA SILVA FÉLIX, UFMS/MS.

**CONSELHO CONSULTIVO**

ADRIANE MEDIANEIRA TOALDO, ULBRA/RS

ALEXANDRE VICENTINE XAVIER, UFMT/MT

ALINE FAGUNDES SANTOS, UFVJM/MG

ANA MARIA ISQUIERDO, FURG/RS

ANA MARIA MAXIMILIANO, UFPR/PR

ANDRESSA FRACARO CAVALHEIRO, UNIOESTE/PR

BRUNO ALVES RODRIGUES, CEFET-MG

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA, DOM HELDER/MG

CLAUDIO PEDROSA NUNES, UFCG/PB

DENILSON VICTOR MACHADO TEIXEIRA, UEL/PR

DENISE POIANI DELBONI, FGV/SP

EDER DION DE PAULA COSTA, FURG/RS

GABRIELA CARAMURU TELES, USP/SP

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, USP/SP

HECTOR CURY SOARES, FURG/RS

HÉLIO SILVIO OURÉM CAMPOS, UNICAP/PE

JESUS NAGIB BESCHIZZA FERES. UNIVEM/SP

ISABELE BANDEIRA DE MORAES D'ANGELO, UPE/PE

IVAN SIMÕES GARCIA, UFRJ/RJ

JOÃO BATISTA LAZZARI, CESUSC/SC

JOÃO BATISTA OPTIZ JUNIOR, UMSA, ARGENTINA

JOÃO REZENDE ALMEIDA OLIVEIRA, UCB/DF

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA, FURG/RS

JULIANA DE CASSIA BENTO BORBA, PUC-MG.

JULIANA TORALLES DOS SANTOS BRAGA, FURG/RS

JULIANE CARAVIERI MARTINS, FURG/RS

LAURA SOUZA LIMA E BRITO, USP/SP

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO, FURG/RS

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA, UFS/SE

LUIZ CARLOS GARCIA, UFMG/MG

LUIZ GUSTAVO BOIAM PANCOTTI, UNIMEP/SP

LUMA CAVALEIRO DE MACÊDO SCAFF, UFPA/PA

MÁRCIA CAVALCANTE DE ARAÚJO, UNIVERSIDAD DE  
SALAMANCA, ESPANHA

MARIA AUREA BARONI CECATO, UFPB/PB

MIGUEL HORVATH JÚNIOR, PUC-SP

MIRIAN APARECIDA CALDAS, UNIVERSIDADE ESTADUAL  
DO CENTRO-OESTE, UNICENTRO/PR

NADJA KARIN PELLEJERO, FURG/RS

PAULO AFONSO BRUM VAZ, UNISINOS/RS

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI, UFMG/MG

RAPHAEL SILVA RODRIGUES, UFMG/MG

RODRIGO GARCIA SCHWARZ, UNOESC/SC

RUBENS SOARES VELLINHO, UCPEL/RS

SAYONARA GRILLO COUTINHO LEONARDO DA SILVA, UFRJ/RJ

VALENA JACOB CHAVES MESQUITA, UFPA/PA

RBDS	Belo Horizonte	v. 5	n. 3	p. 1-86	2022
------	----------------	------	------	---------	------

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica elaborada pelo Bibliotecário Gilmar Gomes de Barros, CRB 14/1693

R454 Revista Brasileira de Direito Social [recurso eletrônico]:  
RBDS / Editora do Instituto de Estudos Previdenciários,  
Trabalhistas e Tributários. – Dados eletrônicos. – Vol. 5, n. 3  
(set./dez. 2022). – Belo Horizonte : Editora IEPREV, 2018-.

Modo de acesso: <<http://rbds.ieprev.com.br/rbds/>>.  
Quadrimestral.

Título abreviado: R. Bras. Dir. Soc.

Editor: Marco Aurélio Serau Junior.

ISSN eletrônico: 2595-7414

1. Direitos sociais. I. Instituto de Estudos Previdenciários  
Trabalhistas e Tributários.

CDU, 2ª ed.: 349.3

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	04
Marco Aurélio Serau Júnior	
<b>A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A INVERSÃO DA HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS POR MEIO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 128/2022 EDITADA PELO INSS</b> .....	05-13
Lucas Hendricus Andrade Van den Boomen	
<b>O DIREITO AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADADA SPESSE O A SEM SITUAÇÃO O DERUAN</b> .....	14-30
Eduardo Levin Alexandre Levin	
<b>INAPLICABILIDADE DO PARECER CONJUR/MPS Nº 616/10-QUESTÃO 15 NOS CASOS QUE VERSAM SOBRE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO CONSELHO DE RECURSO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL-CRPS</b> .....	31-48
Juliana Souza Ribeiro	
<b>OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DE PERFIL PROFISSIONAL PREVIDENCIÁRIO – PPP PELOS MUNICÍPIOS</b> .....	49-62
Antonia Joelma Cesar Cabral Gomes	
<b>BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO RPPS: TEMA 445 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MARCO INICIAL DOS INSTITUTOS DA DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO</b> .....	63-74
Nilvana Monteiro Sampaio Ximenes	
<b>A BAIXA RENDA COMO REQUISITO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO</b> .....	75-86
Fabio Massuchin	

## EDITORIAL

Vem à luz mais uma edição da Revista Brasileira de Direito Social (Volume 5, nº 3, 2022), reiterando que o período foi congado pela Avaliação da CAPES com a excelente nota B1, desde sua primeira avaliação.

Novamente contamos com diversos estudos de grande relevância para o Direito Previdenciário, em particular, e para o campo mais amplo dos direitos sociais.

A edição é inaugurada com o texto “A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A INVERSÃO DA HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS POR MEIO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 128/2022 EDITADA PELO INSS”, de Lucas Hendricus Andrade Van den Boomen.

Na sequência, lemos “O DIREITO AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA”, de Eduardo Levin e Alexandre Levin.

Apresentando ao público a crítica a um tema de grande repercussão na vida dos segurados, temos o artigo “INAPLICABILIDADE DO PARECER CONJUR/MPS Nº 616/10-QUESTÃO15 NOS CASOS QUE VERSAM SOBRE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO CONSELHO DE RECURSO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL-CRPS”, de Juliana Souza Ribeiro.

As polêmicas em torno da aposentadoria especial dos servidores públicos é objeto do estudo desenvolvido por Antonia Joelma Cesar Cabral Gomes, “OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DE PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO – PPP PELOS MUNICÍPIOS”.

Os regimes próprios de previdência social, sempre objeto de estudos neste periódico, aparece com “BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO RPPS: TEMA 445 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MARCO INICIAL DOS INSTITUTOS DA DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO”, de autoria de Nilvana Monteiro Sampaio Ximenes.

Finalmente, esta edição se encerra com o trabalho de Fabio Massuchin, abrangendo o sempre polêmico assunto do auxílio-reclusão: “A BAIXA RENDA COMO REQUISITO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO”.

Diante deste quadro, com tranquilidade entregamos aos leitores mais uma excelente edição da cada vez mais indispensável RBDS.

Uma boa leitura!

**Marco Aurélio Serau Junior**  
Editor-Chefe

# A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A INVERSÃO DA HIERARQUIA DAS NORMAS JURÍDICAS POR MEIO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 128/2022 EDITADA PELO INSS

Lucas Hendricus Andrade Van den Boomen<sup>1</sup>

## Resumo

O presente estudo trata da inversão da hierarquia existente no ordenamento jurídico brasileiro, operada pela posição de privilégio que possui a Instrução Normativa nº 128/2022 frente aos processos administrativos previdenciários no INSS. Acredita-se que tal situação gera insubordinação as normas superiores e diversos óbices ao acesso a direitos sociais de fundamental importância.

**Palavras-chave:** Pirâmide de Kelsen. Instrução Normativa nº 128/2022. INSS. Direitos Sociais. Previdência Social.

## Social Security and the inversion of the Hierarchy of Laws through Normative Instruction nº 128/2022 issued by the INSS

### Abstract

The present study deals with the inversion of the existing hierarchy in the Brazilian legal system, operated by the privileged position that has the Normative Instruction nº 128/2022 in the social security administrative proceedings in the “INSS”. It is believed that such a situation generates insubordination to higher laws in the hierarchy and also generates several obstacles to access to very important social rights.

**Keywords:** Kelsen’s Pyramid of Law. Normative Instruction nº 128/2022. INSS. Social Rights. Social Security.

## 1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro existe hierarquia entre as normas existentes que as subordinam umas às outras partindo-se da lei fundamental, a Constituição Federal de 1988. Tal hierarquia pode ser representada graficamente através da conhecida “Pirâmide de Kelsen”, instrumento didático que facilita a compreensão do escalonamento das normas.

Na base dessa estrutura hierárquica encontram-se “normas secundárias” ou “atos normativos secundários” editados pelos chefes do poder executivo dos diversos entes da federação e de outras autoridades competentes nas entidades e órgãos da administração pública. Dentre essas normas subordinadas a lei e criadas para dar-lhe cumprimento se encontra a Instrução Normativa nº 128 de 28 de março de 2022, considerada a principal norma interna do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Usualmente, os cidadãos que procuram o INSS contribuíram para o sistema de custeio e agora se encontram em situações delicadas como a idade avançada,

<sup>1</sup> Pós-graduado em Direito Previdenciário e Prática Previdenciária pela Faculdade Legale.

incapacidade para o trabalho ou até mesmo a perda de um ente querido, por exemplo. Por essa razão, a autarquia federal exerce uma função social extremamente relevante e deve buscar a concretização de direitos fundamentais muito caros aos seus segurados.

Nesse contexto, acredita-se que a priorização dos comandos da instrução normativa em detrimento das normas superiores, inclusive a Constituição, burocratiza em demasia o acesso aos direitos dos segurados da Previdência Social, bem como inverte totalmente a hierarquia das normas jurídicas vigente no direito brasileiro.

## 2 A “Pirâmide de Kelsen” e a hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro

A teoria da construção escalonada do direito (em alemão *Stufenbaulehre*) ou teoria da hierarquia das normas jurídicas foi desenvolvida pelo jurista austríaco Hans Kelsen (1881-1973) na sua *magnum opus*, a “Teoria Pura do Direito” (*Reine Rechtslehre*) publicada em 1934. A teoria se popularizou através de sua representação gráfica na famosa “Pirâmide de Kelsen”, muito estudada nas disciplinas propedêuticas do ensino jurídico e nas cadeiras de Direito Constitucional por todo o mundo.

Apirâmide<sup>2</sup> é uma imagem que simboliza a estrutura hierárquica de um ordenamento jurídico, situando a constituição no topo, as leis no meio e as demais normas na base, numa relação de subordinação que vem de cima para baixo. Tal representação que parece simples à primeira vista, também guarda sua complexidade no que diz respeito a “norma hipotética fundamental” que seria o fundamento de validade do próprio texto constitucional, localizado no mais alto degrau da estrutura escalonada.

Ainda no campo teórico, Norberto Bobbio aponta a utilidade dessa estrutura como um dos critérios para a resolução das antinomias no ordenamento jurídico, denominando-o *critério hierárquico*, ou seja, “aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferior*” (BOBBIO, 1995, p. 93).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 aparece no topo da pirâmide, por óbvio, mas não é a única norma que lá se encontra. Mendes e Branco (2018, p. 86) explicam que “participam do conceito da Constituição formal todas as normas que forem tidas pelo poder constituinte originário ou de reforma como normas constitucionais, situadas no ápice da hierarquia das normas jurídicas”. Por conseguinte, lá também está situado o produto do poder constituinte reformador: as emendas à Constituição.

Não obstante, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos aprovados em cada Casa do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passaram a ser equivalentes às emendas constitucionais. Logo, tais tratados e convenções também se situam no topo da Pirâmide de Kelsen, possuindo “status” de emenda constitucional.

<sup>2</sup> Segundo Simioni e Souza (2021) não há referência à pirâmide nos escritos de Hans Kelsen. Os autores afirmam que o pioneiro na utilização da imagem da pirâmide como metonímia da hierarquia de um ordenamento jurídico foi Adolf Merckl, aluno de Kelsen e um dos cofundadores da Escola de Viena. Sobre o tema consultar o excelente artigo de Matheus Pelegrino da Silva intitulado “Contribuições de Merkl à Teoria Pura do Direito”, publicado na Revista Direito e Práxis.

O art. 59 da Constituição Federal de 1988 (CF/88) dispõe que “o processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções” (BRASIL, 1988). Assim, dentre as espécies normativas existentes no Brasil, as leis estariam subordinadas as normas de status constitucional.

Existe uma celeuma doutrinária acerca da possibilidade de existência de hierarquia entre leis complementares e leis ordinárias. Segundo Lenza (2018, p. 800), para os doutrinadores que defendem a hierarquia entre os dois tipos de leis, esta “se dá em decorrência do *quórum* mais qualificado e das hipóteses taxativas de previsão da lei complementar”. De qualquer modo, é importante entender que uma norma “de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 123).

Guedes (2015) acrescenta que “em todos os escalões, existem margens de liberdade e discricionariedade conferidas aos órgãos habilitados a conformar - por atos normativos inferiores - as normas de hierarquia superior”. Todavia, existem limites impostos pela hierarquia, a estrita legalidade e a reserva de lei. Assim, no caso de uma norma inferior tratar de matéria reservada a lei ou qualquer outro tipo de conflito hierárquico, existem diversos instrumentos processuais no direito pátrio que permitem realizar o controle de legalidade e/ou de constitucionalidade da norma insubordinada.

Se deve ressaltar que todas as espécies legislativas citadas no art. 59 da CF/88 são consideradas normas primárias. Tais normas “possuem, como característica principal, a aptidão para inovar no ordenamento jurídico (*Rechtsgesetze*) de maneira geral e abstrata” (MENDES, 2021, p. 947). O mesmo não pode ser dito sobre as normas secundárias promulgadas através do “poder ou função regulamentar” previsto no inciso IV do art. 84 da CF/88, onde se lê: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: IV — sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, **bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Através do poder regulamentar, não só o presidente da república, mas também os chefes do poder executivo estadual e municipal editam decretos para fiel execução das leis. Por outro lado, Di Pietro (2020, p. 151) esclarece que

existem outros tipos de atos normativos com caráter regulamentar, expedidos por órgãos ou entidades da Administração Pública, como as resoluções, portarias, instruções, circulares, regimentos, ordens de serviço, avisos, além de atos normativos do Legislativo e do Judiciário, praticados no exercício de função administrativa. É o caso dos decretos legislativos e resoluções do Legislativo, bem como dos provimentos dos Tribunais em matéria de sua respectiva competência. Ainda podem ser mencionados os pareceres normativos e as súmulas editadas no âmbito administrativo, com efeitos vinculantes para toda a Administração Pública. Todos esses atos têm em comum o fato de produzirem normas, ou seja, atos com efeitos gerais e abstratos, alguns com efeitos internos ao ente que os baixou, outros com efeitos externos. Todos eles subordinam-se hierarquicamente à Constituição e à lei (DI PIETRO, 2020, p. 151).



Dentre esses atos normativos secundários editados por autoridades outras que não o Chefe do Executivo, encontra-se a Instrução Normativa nº 128 de 28 de março de 2022, norma interna do INSS figurativamente situada na base da Pirâmide de Kelsen.

### 3 A PRIMAZIA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA EM DETRIMENTO DAS NORMAS SUPERIORES NO DIA A DIA DO INSS

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) foi criado em 27 de junho de 1990, por meio do Decreto nº 99.350, a partir da fusão do Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Trata-se de uma **autarquia, classificada como** pessoa jurídica de direito público **integrante da Administração indireta do governo federal**.

Atualmente as principais normas que regulam a previdência social no Brasil são a Seção III do Capítulo II da Constituição (Arts. 201 e 202); a Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991 (conhecida como “Lei de Custeio”); a Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991 (conhecida como “Lei de Benefícios”) e o Decreto nº 3.048 de 6 maio de 1999 (conhecido como “Regulamento da Previdência Social). Todavia, é voz corrente entre os doutrinadores e professores de Direito Previdenciário que a Instrução Normativa nº 128/2022 (IN 128/2022) é a norma privilegiada internamente pelos servidores da Autarquia Federal.

A IN 128/2022, editada pelo Presidente do INSS, possui quase setecentos artigos e possui o objetivo de disciplinar “as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário” (INSS, 2022). Seu art. 1º diz o seguinte:

Art. 1º Disciplinar as regras acerca dos procedimentos e das rotinas sobre cadastro, administração e retificação de informações dos beneficiários, reconhecimento, manutenção, revisão e recursos de benefícios previdenciários e assistenciais, serviços do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, compensação previdenciária, acordos internacionais de Previdência Social e processo administrativo previdenciário no âmbito do INSS (INSS, 2022).

Ao longo das suas centenas de artigos, a IN 128/2022 formaliza uma gama de procedimentos que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelos servidores da autarquia previdenciária em virtude do princípio da legalidade estrita. É o que diz a literalidade do último artigo da IN: “Art. 674. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação, **devendo ser aplicada a todos os processos pendentes de análise e decisão**” (INSS, 2022, grifo nosso). Trata-se do Processo Administrativo Previdenciário, definido por Araújo (2013, p. 30) como

o conjunto de atos articulados entre si, desenvolvidos de forma ordenada, visando uma decisão definitiva quanto ao reconhecimento de direitos relativos a prestações e custeios dos regimes previdenciários básicos e complementares, acertamento de dados previdenciários, bem como as prestações da seguridade social operacionalizadas pelo INSS (ARAÚJO, 2013, p. 30).

Celso de Mello (2013, apud DI PIETRO, 2020, p. 152), por sua vez, afirma que “o regulamento existe quando a lei deixa um espaço para que a Administração Pública decida discricionariamente a maneira como deve ser cumprida a lei”. Ora, já o existe o Regulamento da Previdência Social materializado no Decreto 3.048/1999, editado pelo Presidente da República para dar fiel cumprimento a legislação previdenciária. Não obstante, a instrução normativa traz comandos direcionados aos servidores e certos requisitos muito específicos para serem aplicados no interior dos processos administrativos, que tornam mais burocrática a concessão dos benefícios aos segurados.

Vejamos um exemplo: antes da “Reforma da Previdência” (Emenda Constitucional nº 103/2019) os requisitos exigidos por lei para obtenção do benefício previdenciário de aposentadoria por idade eram os seguintes: comprovar a carência mínima de 180 contribuições; ter 15 anos de tempo de contribuição; ter a idade mínima de 65 anos, se homem, ou a partir de 60 anos, se mulher. Contudo, na situação prática do requerimento do benefício, o mesmo pode ser negado ainda que preenchidos os requisitos legais, caso não tenha sido cumprida alguma exigência emanada pelo servidor responsável solicitando algum documento que só tenha previsão na própria instrução normativa. Tal realidade aumenta grandemente o número de ajuizamentos de demandas judiciais nos juizados especiais federais e nas demais varas da justiça federal comum, sobrecarregando o Poder Judiciário.

Do mesmo modo, a Portaria PRES/INSS Nº 1.382, de 19 de Novembro de 2021 afronta diretamente a hierarquia das normas e os direitos dos segurados. A citada portaria prevê a proibição do recolhimento em atraso para cômputo do tempo de contribuição perante as regras de pedágio da Emenda Constitucional nº 103/2019, bem como para fins de direito adquirido. Serau Junior (2021) explica que

esse ato normativo infralegal cria uma situação em que ocorre o recolhimento de contribuições previdenciárias por parte do segurado, ajustando sua situação contributiva, e disso não decorre praticamente nenhum efeito jurídico-previdenciário relevante, pois a Portaria visa coibir o aproveitamento dessas contribuições para efeito de carência, obstando também o acesso às regras de transição estabelecidas na Emenda Constitucional 103/19 assim como a eventual configuração do direito adquirido

A Portaria PRES/INSS nº 1.382, de 19 de Novembro de 2021 dispõe sobre o Decreto nº 10.410, de 30 de junho de 2020, que alterou o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual, por sua vez, se encontra subordinado a diversas normas primárias (como a Lei nº 8.212/1991 e a Lei nº 8.213/1991), bem como a própria Constituição. Assim, cria-se uma situação labiríntica de eternas remissões a outros dispositivos legais. Ora, uma mera portaria que busca mudar a lei por si mesma é a hipérbole da má técnica legislativa e da subversão do ordenamento jurídico.

Soma-se a todo esse cenário o fato de que o ingresso no cargo de “Técnico do Seguro Social” do INSS se dá através de concurso público (art. 37 da CF/88) mas não é exigido o curso superior em Direito. Logo, a maioria dos servidores públicos do INSS possuem o nível médio de escolaridade e não são suficientemente preparados

pela autarquia para lidar com a complexidade e a vastidão da legislação previdenciária, povoada por reformas, regras de transição, revisões jurídicas de fato e de direito, dentro muitos outros pormenores.

Em entrevista do dia 15 de setembro de 2022, o então ministro do Trabalho e Previdência, José Carlos Oliveira, afirmou que a Autarquia planeja a “exigência de nível superior também para o cargo de técnico do seguro social” (CAVALLINI, 2022) nos próximos concursos públicos do INSS, todavia, esta ainda não é uma realidade.

Além disso, o que parece é que o INSS segue uma lógica de economia de gastos públicos em vista do gigantesco déficit existente nas contas da autarquia, ao invés de privilegiar a garantia dos direitos sociais insculpidos na Constituição Federal de 1988 (Art. 6º, *caput*).

#### **4 A NECESSIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE GUIADA E DO RESPEITO A HIERARQUIA DAS NORMAS**

O que se defende no presente artigo não é uma “uma leitura simplificada da ordem jurídica, como estrutura estática de onde atos jurídicos concretos, numa quase derivação lógica, surgem como mera execução de normas legais abstratas” (GUEDES, 2015). O que se defende é que a análise dos requerimentos dos segurados da previdência social seja pautada nos requisitos legais dos benefícios, postos pelas principais fontes formais do direito previdenciário, e não meramente nos requisitos procedimentais aplicados aos processos administrativos pela IN 128/2022.

Finalmente, a base, o alicerce, o guia e norte da interpretação do cumprimento de tais requisitos legais pelos servidores da autarquia, devem ser as ditas normas de *status* constitucional, abstratas e gerais, como o art. 6º, *caput*, o qual afirma que a previdência social é um direito social; o art. 7º, inc. XXIV, onde se lê que a aposentadoria é um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, bem como o art. 201 onde consta que a previdência social atenderá, na forma da lei, a cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada, proteção à maternidade, especialmente à gestante, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes (BRASIL, 1988).

Ora, todos os dispositivos constitucionais citados anteriormente coadunam com a ideia de defesa e proteção da “dignidade da pessoa humana”, fundamento da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III). De fato, todos os segurados devem cumprir os requisitos legais específicos para ter direito aos benefícios do seguro social, mas, antes de tudo, o processo administrativo previdenciário deve ser continuamente sondado e orientado por essa principiologia e por esses valores constitucionais, sem os quais a previdência se torna uma mera máquina pública de cálculos matemáticos e pagamentos pecuniários. Além do mais, se uma instrução normativa não pode sequer contrariar uma lei ordinária, esta definitivamente não pode se sobrepor aos fundamentos e objetivos fundamentais da República.

Não se trata da aplicação direta de comandos abstratos ao processo administrativo, mas sim de por eles ser guiado na análise do direito ao benefício. Tal atitude possui

o condão de afastar formalidades supérfluas ou excessivamente burocráticas que constituam obstáculos à concessão dos benefícios devidos aos cidadãos que alimentam o sistema contributivo ou ainda aqueles que não possuem condições de contribuir, mas dependem da assistência social.

Ressalte-se que a seguridade social não se confunde com caridade, mas acreditamos que o fim nobre de todo o sistema da seguridade é o bem-estar social dos cidadãos que dela necessitam. Tal objetivo só pode ser atingido através de um processo administrativo previdenciário ágil, célere, que respeite a hierarquia das normas e seja constitucionalmente guiado.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto ao longo desta pesquisa, o que deve ficar claro é que o “manual de instruções” (forma) não se confunde com as “regras do jogo” (matéria). Nessa analogia, a primeira figura se refere aos procedimentos da Instrução Normativa e a segunda se refere as leis primárias e a Constituição. Em outras palavras, o aspecto formal, procedimental ou instrumental não pode contrariar o núcleo material de direitos e princípios relacionados a previdência social.

Conforme explicado anteriormente, existe toda uma hierarquia vigente que deve ser respeitada por toda a administração pública, sob pena de invalidação judicial do ato normativo secundário que contrariar as normas superiores.

A Pirâmide de Kelsen não pode e não deve ser invertida, situando procedimentos de operacionalização dos requerimentos administrativos de benefícios previdenciários acima de comandos legais. Independentemente da obrigatoriedade interna da Instrução Normativa nº 128/2022, até mesmo sob um ponto de vista axiológico, deve ser aplicada a interpretação que enxergue as tão esperadas aposentadorias e os demais benefícios como integrantes de um direito social constitucionalmente previsto, garantindo sua concretude e eficácia.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gustavo Beirão. **Processo administrativo previdenciário e suaefetividade**. Curitiba: Juruá, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 01 fev. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.** Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm). Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm). Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742compilado.htm). Acesso em: 04 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm). Acesso em: 03 fev. 2022.

CAVALLINI, Marta. INSS: cargo que oferece mil vagas poderá exigir nível superior no próximo concurso. **G1**, Rio de Janeiro, 15 set. 2022. Trabalho e Carreira. Disponível em: <https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/concursos/noticia/2022/09/15/inss-cargo-que-oferece-mil-vagas-podera-exigir-nivel-superior-no-proximo-concurso.ghtml>. Acesso em: 08 dez. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2020.

GUEDES, Néviton. Por que dizem que ato normativo tem duas caras? **RevistaConsultor Jurídico**, 03 de fevereiro de 2015c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-03/constituicao-poder-dizem-ato-normativo-duas-caras>. Acesso em: 05 fev. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. Ministério da Previdência Social. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015.** Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750). Acesso em: 01 fev. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **INSTRUÇÃO NORMATIVA PRES/ INSS Nº 128, DE 28 DE MARÇO DE 2022**. Disciplina as regras, procedimentos e rotinas necessárias à efetiva aplicação das normas de direito previdenciário. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-pres/inss-n-128-de-28-de-marco-de-2022-389275446>. Acesso em: 25 jun. 2022.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Coleção esquematizado).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Série IDP).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 (Série IDP).

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Portaria INSS 1.382/21: limitações ao recolhimento de contribuições previdenciárias em atraso**. Migalhas, 13 dez. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/356382/portaria-inss-1-382-21-limitacoes-ao-recolhimento-de-contribuicoes>. Acesso em: 06 mar. 2023.

SILVA, Matheus Pelegrino da. Contribuições de Merkl à Teoria Pura do Direito. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 2567-2595, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/36802>. Acesso em: 01 fev. 2022.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; SOUZA, Fafina Vilela de. O mito da pirâmide de Hans Kelsen. In: **Revista Consultor Jurídico**, 02 de outubro de 2021c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-02/simioni-souza-mito-piramide-hans-kelsen>. Acesso em: 02 fev. 2022.

Recebido em: 23 ago. 2023      Aceito em: 07 mar. 2023

## O DIREITO AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA

Eduardo Levin<sup>1</sup>  
Alexandre Levin<sup>2</sup>

### Resumo

O presente artigo objetiva desvendar o significado jurídico do requisito deficiência, para fins de obtenção do benefício assistencial de prestação continuada, previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, e na Lei nº 8.742/1993, quando a parte requerente está em situação de rua. A partir de considerações sobre o conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana, assim como sobre a configuração atual do sistema de Seguridade Social, o trabalho busca, através de uma interpretação sistemática dos textos normativos em vigor, bem como servindo-se da lição da doutrina mais abalizada, delinear os contornos jurídicos daquilo que deve ser entendido como deficiência, para fins de concessão do benefício em questão. Ao final, conclui ser devido o benefício assistencial às pessoas em situação de rua ainda que a incapacidade ao trabalho não esteja tecnicamente presente, tendo em vista as particulares circunstâncias de vida por elas enfrentadas, e os desafios quase que intransponíveis que se fazem presentes para a viabilização da reinserção social dessas pessoas.

**Palavras-chave:** Benefício assistencial; Pessoas em situação de rua.

## THE RIGHT TO THE WELFARE BENEFIT OF CONTINUED PROVISION OF HOMELESS PEOPLE

### Abstract

This article aims to unveil the legal meaning of the disability requirement, for the purpose of obtaining the benefit of continued benefit, provided for in Article 203, item V, of the Federal Constitution, and in Law No. 8,742/1993, when the requesting party is in a street situation. Based on considerations about the legal content of the principle of human dignity, as well as on the current configuration of the Social Security system, the work seeks, through a systematic interpretation of the normative texts in force, as well as using the lesson of the most a responsible doctrine, to outline the legal contours of what should be understood as disability, for the purpose of granting the benefit in

<sup>1</sup> Mestrado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutorado em andamento em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é Defensor Público Federal.

<sup>2</sup> Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador do Município de São Paulo desde 2000, atualmente exercendo a função de Assessor Jurídico na Secretaria Municipal de Urbanismo e Licenciamento (SMUL). Professor de Direito Administrativo e de Direito Ambiental no Curso de Graduação em Direito da Escola Paulista de Direito (EPD). Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da PUC-SP/COGEAE. Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito Público e Direito Municipal (FADUSP/RP, EPD, Damasio).

question. In the end, it concludes that it is due to the assistance benefit to homeless people even if the inability to work is not technically present, in view of the particular life circumstances faced by them, and the almost insurmountable challenges that are present for the promotion of the social reintegration of these people.

**Keywords:** Welfare benefit; Homeless people.

## 1 INTRODUÇÃO

Transitando por várias cidades do Brasil, é possível observar seres humanos vivendo e dormindo nas ruas, sob condições precárias de alimentação e higiene, a maioria embaixo de viadutos e marquises. Tal constatação, por si só, denota grave violação aos direitos humanos dessas pessoas, que não possuem moradia, meios de subsistência e nenhuma ou muito pouca assistência para suas necessidades básicas.

Em um Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, e onde “todo o poder emana do povo”<sup>3</sup>, a existência de pessoas em condições tão deploráveis é inaceitável, e revela a faceta da desigualdade extremada. A exclusão social atinge cada vez mais as pessoas que não se enquadram no modelo econômico-social vigente. A qualificação profissional exigida aos cidadãos acaba por tornar-se inacessível para alguns que, conseqüentemente, em razão de diversos fatores - tais como desemprego, desavenças e perda de referência familiar e de sua casa, falta de instrução e de autoestima -, utilizam a rua como moradia, provisória ou definitiva.

Segundo dados divulgados em junho de 2020 por duas pesquisas realizadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a população brasileira em situação de rua cresceu 140% a partir de 2012, chegando a 222 mil pessoas em março de 2020 (IPEA, 2020). Os estudos concluíram, entre outras coisas, que o crescimento da população de rua foi observado em todas as regiões do Brasil e em municípios de todos os portes, mas foi mais intenso nos grandes municípios, o que “sugere que a crise econômica e em particular o aumento do desemprego e da pobreza sejam fatores importantes para a explicação do ocorrido” (IPEA, 2020).

Para piorar a situação que já era ruim, a sociedade brasileira foi duramente castigada, a partir de fevereiro de 2020, com as conseqüências da pandemia causada pelo coronavírus da síndrome respiratória-2 (SARS-CoV-2), também chamado de COVID-19. A pandemia gerou profundos impactos econômicos, como perda de empregos, fechamento de negócios e queda na arrecadação tributária. As pessoas em situação socialmente vulnerável sentiram mais gravemente a crise vivida de forma ampla pela sociedade, uma vez que muitas de suas redes de apoio ficaram desestruturadas, seja pela falta de recursos, seja pela impossibilidade física de que o apoio chegasse até elas, em razão do isolamento social compulsório.

Para se ter uma ideia de como a pandemia ampliou o contingente populacional em situação de rua, dados de pesquisa divulgada em janeiro de 2022 pela Prefeitura de São Paulo revelaram que, em dois anos (a partir do início da pandemia), o crescimento da população em situação de rua na maior cidade do país foi de 31%, alcançando o

<sup>3</sup> Constituição, artigo 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.



montante de 31.884 pessoas nessa situação. Do total das pessoas em situação de rua, 28,4% apontaram como motivo principal para estarem nesta condição a perda de trabalho e/ou renda (COSTA, 2022).

A maioria das pessoas que vivem em situação de rua sofre todas as formas de violação de seus direitos humanos, e utiliza diferentes estratégias para a sobrevivência. A violência contra as pessoas em situação de rua não é algo recente, é uma situação recorrente e presente no dia a dia. Nos dias 19 a 22 de agosto de 2004, na cidade de São Paulo, por exemplo, ocorreu a barbárie conhecida como a “Chacina da Praça da Sé”, (POMPEO, 2015) quando quinze pessoas em situação de rua foram cruelmente atingidas na cabeça por fortes golpes enquanto dormiam e sem possibilidade de defesa, levando a óbito sete delas.

À população em situação de rua, portanto, é importante o resgate da cidadania, a reinserção no mercado de trabalho e o fornecimento de alternativas para habitação, por meio de políticas públicas que atendam às suas necessidades. Muitas dessas políticas públicas, como veremos no presente trabalho, estão inseridas no sistema da Seguridade Social, que é um amplo sistema de proteção social, integrado por três subsistemas: a previdência social, a assistência social e a saúde. Mais especificamente, trata-se de políticas públicas inseridas dentro do subsistema da assistência social, política social que “provê 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”.<sup>4</sup>

Essas necessidades básicas, ou *mínimos sociais*, atendidas pela assistência social são realizadas por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa do poder público e da sociedade. Tanto esse conjunto de ações, quanto as instituições públicas e privadas que as realizam, são regidas por princípios e regras jurídicas, que organizam e disciplinam as prestações de assistência social destinadas às pessoas em estado de vulnerabilidade social e econômica. É sobre esse aspecto jurídico que o presente artigo se debruçará.

São várias as prestações e programas de assistência social previstos na legislação brasileira. Poderíamos mencionar, como exemplos, os *benefícios eventuais*, pagos em razão de situações de vulnerabilidade temporária ou calamidade pública (da Lei nº 8.742/1993, artigo 22),<sup>5</sup> os *serviços socioassistenciais*, que são atividades continuadas destinadas à melhoria de vida da população mais vulnerável, como as crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social e as pessoas que vivem em situação de rua,<sup>6</sup> e os *programas de assistência social*, compreendendo ações integradas e

<sup>4</sup> Conforme definição do artigo 4º, da Lei nº 8.212/91.

<sup>5</sup> Lei nº 8.742/1993, artigo 22: “Art. 22. Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública. § 1º A concessão e o valor dos benefícios de que trata este artigo serão definidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e previstos nas respectivas leis orçamentárias anuais, com base em critérios e prazos definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social. [...]”

<sup>6</sup> Lei nº 8.742/1993, artigo 23: “Art. 23. Entendem-se por serviços socioassistenciais as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos nesta Lei. [...]”

complementares destinados a qualificar, incentivar e melhorar os benefícios e serviços assistenciais, com prioridade para a inserção profissional e social.<sup>7</sup>

Mas a prestação assistencial que merecerá, no presente trabalho, nossa atenção especial, é o chamado Benefício Assistencial (ou Benefício de Prestação Continuada), uma das mais importantes dessas políticas públicas, no âmbito da assistência social. Trata-se do benefício previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, que dispõe sobre a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, nos termos da lei.<sup>8</sup>

Nosso objeto de análise será, nomeadamente, o direito das pessoas em situação de rua ao referido benefício, tendo como foco principal a delimitação de um dos requisitos legais para a obtenção da benesse, qual seja, o requisito subjetivo, isto é, a *deficiência*. Ambiciona-se, nesse rumo, encontrar a interpretação mais adequada para o conceito de deficiência, para fins de percepção do benefício assistencial, tendo em vista todo o contexto de desamparo da pessoa que está em situação de rua.

Para isso, teceremos primeiramente breves considerações sobre o conceito de Seguridade Social, tal como delineada pelo texto constitucional, com vistas à promoção da dignidade da pessoa humana. Isso porque, sendo a assistência social um subsistema da Seguridade Social, é importante conceituar esta última, para que aquela seja melhor entendida. Com isso, esperamos demarcar os fundamentos jurídicos necessários para chegarmos à conclusão sobre qual deve ser a interpretação do conceito de deficiência, para fins de obtenção do benefício assistencial por pessoas em situação de rua.

## 2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A SEGURIDADE SOCIAL

Um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual, além da atribuição de normatividade e superioridade hierárquica às normas constitucionais, é a incorporação explícita de opções políticas nos textos constitucionais, em especial no que respeita à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. A Constituição brasileira de 1988, por exemplo, introduziu explicitamente em seu texto, entre outras, as opções políticas gerais de “erradicar a pobreza e a marginalização” e de “reduzir as desigualdades sociais e regionais”.<sup>9</sup>

Como é sabido, a Constituição é norma jurídica que ocupa uma posição de centralidade no sistema, vinculando a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos. “E, de todas as normas constitucionais, os direitos fundamentais integram

<sup>7</sup> Lei nº 8.742/1993, artigo 24: “Art. 24. Os programas de assistência social compreendem ações integradas e complementares com objetivos, tempo e área de abrangência definidos para qualificar, incentivar e melhorar os benefícios e os serviços assistenciais.

§ 1º Os programas de que trata este artigo serão definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social, obedecidos os objetivos e princípios que regem esta lei, com prioridade para a inserção profissional e social.

<sup>8</sup> Constituição, artigo 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”.

<sup>9</sup> Constituição, artigo 3º: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”

um núcleo normativo, que, por variadas razões, deve ser especificamente prestigiado” (BARCELLOS, 2009, p. 803). Observa-se, nesse sentido, que a previsão de direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988 (em especial, nos artigos 6º a 11), tem por finalidade precípua a de conferir a todos um mínimo de bem-estar, tendo em vista um dos principais fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito, que é a *dignidade da pessoa humana*, prevista logo no primeiro artigo da Carta Magna.<sup>10</sup>

A partir da segunda metade do século XX, o Estado de Direito estabelece um compromisso prioritário com o respeito à dignidade humana.<sup>11</sup> Esse valor fundamental entroniza-se no conteúdo essencial dos direitos fundamentais positivados, que passam a ser entendidos em dimensão mais ampla do que aquela de cunho eminentemente individualista, própria do Estado liberal.<sup>12</sup> O Estado, a partir de então, terá que se organizar em função não somente da defesa, mas também da *realização* dos direitos fundamentais, tidos hodiernamente “não apenas como direitos subjetivos inerentes à cidadania, mas também como pautas objetivas, a determinarem que se consagrem normas, instituições e políticas públicas para concretizar tais direitos, efetivando-os e defendendo-os.” (FILHO, 2009, p. 131).

A Seguridade Social, tal como atualmente concebida, é resultado dessa mudança na concepção de Estado, que deixou de ter uma atuação eminentemente negativa, de proteção do indivíduo contra o arbítrio e ingerências indevidas (do próprio Estado ou de terceiros), e passou a intervir no sentido de promover políticas sociais, “fornecendo prestações positivas a toda a coletividade, especialmente a quem delas necessitar” (ZOCKUN, 2009, p. 21). O Estado, então, sai de uma posição inercial a passa a atuar positivamente no sentido de proporcionar a todos os indivíduos condições dignas de existência, até porque os direitos fundamentais compõem uma unidade indivisível, não sendo possível garantir os direitos civis e direitos políticos sem que se garanta, ao mesmo tempo e com o mesmo nível de reconhecimento, os direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2009, p. 449-463).

A dignidade da pessoa humana, portanto, é o alicerce dos direitos fundamentais, nos quais se inserem aqueles de ordem social. É ela que confere unidade ao sistema de direitos fundamentais, fornecendo-lhes uma fonte axiológica comum. “Fica nítido, portanto, que os direitos previdenciários, de assistência social e de saúde devem ser instituídos e mantidos pelo Estado, para que a dignidade da pessoa humana, no caso,

<sup>10</sup> Constituição, artigo 1º: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana”.

<sup>11</sup> Esse compromisso é fixado logo no primeiro artigo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, da então recentemente criada Organização das Nações Unidas, e é disposto também de modo expresso em Constituições promulgadas nos anos seguintes por outros países democráticos, como, por exemplo, Alemanha (Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, que traz a previsão em seu artigo 1º), Espanha (Constituição espanhola, de 1978, que traz a previsão em seu artigo 10, parágrafo 1) e Portugal (Constituição portuguesa, de 1976, que dispõe expressamente sobre a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º).

<sup>12</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello anota que “o respeito à dignidade humana, estampado entre os fundamentos da República no art. 1º, III, é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo. O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 36).

dos beneficiários, seja respeitada.” (GARCIA, 2020, p. 14).

Sobre a dignidade da pessoa humana, ensina Luís Roberto Barroso que seu conteúdo jurídico é composto por três elementos:<sup>13</sup> (i) valor intrínseco da pessoa humana, (ii) autonomia individual e (iii) valor comunitário (2019, p. 246).<sup>14</sup>

O *valor intrínseco* está ligado à natureza do ser, isto é, à condição humana e sua posição no mundo, que o distingue de outros seres vivos e das coisas. É o elemento ontológico da dignidade. O ser humano se diferencia de todo o resto que há no mundo, tendo em vista sua inteligência, sua sensibilidade, sua capacidade de comunicação. As coisas têm preço, a dignidade humana não. A ideia de valor intrínseco da pessoa humana fundamenta a teoria de que as pessoas são fins em si mesmas, não podendo servir *apenas* como instrumento para o atingimento de metas coletivas ou dos interesses da maioria; por isso, o Estado deve ser concebido como um instrumento a serviço delas, e não o contrário (SARMENTO, 2020, p. 149). Tal ideia está na origem de diversos direitos fundamentais, tais como o direito à vida, o direito à igualdade e o direito à integridade física (BARROSO, 2019, p. 247).

A *autonomia individual* é o elemento ético da dignidade. Está ligada à razão e ao exercício da vontade, envolvendo a possibilidade de autodeterminação do indivíduo, de garantia de que ele possa definir os rumos de sua própria vida, sem imposições externas indevidas. A autonomia “resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com direito de seguir essa decisão, desde que ela não viole direitos alheios” (SARMENTO, 2020, p. 157), impedindo que se subtraia da pessoa humana o direito de decidir sobre religião, vida afetiva, escolha da profissão, entre outras opções personalíssimas, sob pena de lhe ferir a dignidade. Envolve tanto aspectos ligados a uma dimensão privada de autonomia (liberdades de expressão, de consciência, de trabalho etc.), quanto a uma dimensão pública (participação política, debate público, organização social etc.), e *tem como pressuposto necessário a satisfação do mínimo existencial*: “para poder ser livre, igual e capaz de exercer plenamente a sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica” (BARROSO, 2019, p. 248).

O *valor comunitário*, por sua vez, se refere à relação entre o indivíduo e o grupo. É o elemento social da dignidade humana, relativo aos valores compartilhados pela comunidade, a padrões civilizatórios que implicam responsabilidades e deveres por parte de cada um dos componentes do grupo social. A autonomia individual, embora desfrute de grande importância, não é absoluta, devendo ceder em certas circunstâncias, tendo

<sup>13</sup> Essa, segundo o autor, é uma concepção minimalista, cujo objetivo é o de estabelecer um conceito de dignidade humana que seja operacional do ponto de vista jurídico, sendo que para isso é “indispensável dotar a ideia de dignidade de um conteúdo mínimo, que dê unidade e objetividade à sua aplicação” (BARROSO, 2019, p. 246).

<sup>14</sup> Daniel Sarmento adota concepção parecida, ao firmar seu entendimento sobre o conteúdo essencial do princípio da dignidade humana na ordem jurídica brasileira, sustentando que ele é composto por quatro elementos: o *valor intrínseco da pessoa*, que veda a instrumentalização da pessoa em proveito de terceiros ou de objetivos coletivos; a *autonomia*, tanto no que diz respeito à autodeterminação individual como no que respeita à autodeterminação pública, relacionada à democracia; o *mínimo existencial*, envolvendo a garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma vida digna; e o *reconhecimento*, que se relaciona com o respeito à identidade, individual e coletiva, das pessoas, nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas (SARMENTO, 2020, p. 106).

em vista a proteção do interesse de terceiros e a proteção de valores sociais.<sup>15</sup>

A ideia de Seguridade Social está ligada aos três elementos mencionados, mas é especialmente pertinente à *autonomia individual*, no sentido de impor ao Estado que garanta o mínimo existencial a todos os indivíduos. O dever de respeito à dignidade humana, no atual estágio de desenvolvimento civilizacional, é bom reiterar, não pode ser encarado como um mero dever de abstenção do Estado na invasão do espaço individual. Cabe ao Estado criar também mecanismos de proteção do ser humano. Em linha com a nova formatação jurídica do Estado de Direito, a Seguridade Social ganha relevância como um sistema protetivo que estabelece ao Estado o dever de agir para a manutenção de um padrão mínimo de vida digna aos indivíduos que estejam enfrentando contingências que os impeçam de prover suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias (MARTINS, 2020, p. 58).

Daí o destaque que a Constituição brasileira de 1988 deu ao sistema de proteção social, inserindo-o no rol de direitos fundamentais sociais do artigo 6º,<sup>16</sup> bem como dispondo sobre o conjunto de princípios e regras a ele aplicáveis em capítulo próprio (artigos 194 a 204). Sua finalidade é a de atender às necessidades que o ser humano vier a ter nas adversidades, compreendendo um conjunto integrado de ações da Administração Pública que pode ser subdividido em três subconjuntos: ações relativas à *saúde*, ações relativas à *previdência social* e ações relativas à *assistência social*.

No grupo saúde, encontram-se as atividades destinadas à prevenção de doenças, incluindo a vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as relacionadas à recuperação dos doentes, abrangendo o fornecimento de medicamento, de tratamento médico e de assistência médico-hospitalar. Nos termos do que dispõe o artigo 196, da Constituição Federal,<sup>17</sup> a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, sendo garantido o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, independentemente de comprovação de situação de hipossuficiência ou do pagamento de contribuição específica direcionada ao seu custeio (MARTINS, 2020, p. 757).

A previdência social, por sua vez, consiste numa rede de proteção social cujo objetivo é proporcionar, *mediante contribuição do segurado*, “meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei” (MARTINS, 2020, p. 415). Poderíamos compará-la a uma espécie de seguro *sui generis*,

<sup>15</sup> “Toda sociedade, por mais liberais que sejam seus postulados, impõe coercitivamente um conjunto de valores que correspondem à moral compartilhada. Proibição do incesto, da pedofilia, da incitação à violência constituem alguns consensos básicos [...] A imposição coercitiva de valores sociais – em geral pelo legislador, eventualmente pelo juiz – exige fundamentação racional consistente e deve levar seriamente em conta: a) a existência ou não de um direito fundamental em questão; b) a existência de consenso social forte em relação ao tema; e c) a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas. É preciso evitar o paternalismo, o moralismo e a tirania das maiorias” (BARROSO, 2019, p. 249).

<sup>16</sup> Constituição, artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>17</sup> Constituição, artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

tendo em vista as similaridades que apresenta em relação ao contrato de seguro previsto no direito privado, na medida em que, em ambos os casos, afigura-se situação jurídica na qual um grupo de pessoas verte contribuições com o intuito de resguardar-se contra alguns eventos futuros e incertos. Mas, apesar das semelhanças, são dois fenômenos bastante distintos, pois a natureza jurídica da previdência social não é contratual, mas institucional; isto é, trata-se de criação do Estado, que, por meio de lei, vincula o segurado à rede de proteção, independentemente de sua vontade.<sup>18</sup>

Finalmente, no grupo assistência social estão as atividades dirigidas às pessoas hipossuficientes, independentemente de terem ou não contribuído à Seguridade Social. O artigo 203 da Constituição Federal<sup>19</sup> dispõe que qualquer pessoa que se encontre em situação de necessidade terá direito às prestações assistenciais previstas em lei. Assim como acontece com as prestações da Saúde, não se exige contribuição direta do beneficiário; mas, diferentemente da Saúde, exige-se a condição de necessidade do assistido, de modo que a pessoa dotada de recursos para a sua manutenção evidentemente não será destinatária das ações estatais na área assistencial (IBRAHIM, 2020, p. 12).

Pois bem. O presente trabalho, conforme já indicado na introdução, põe em destaque esse último subsistema de proteção da Seguridade da Social, discutindo questão específica pertinente à assistência social e seus objetivos. As conclusões a que chegará, portanto, têm em vista a assistência social como política social que é, cuja função é a de prover o atendimento das necessidades básicas dos indivíduos, independentemente de contribuição à Seguridade Social, e cujo alicerce jurídico-axiológico é a dignidade da pessoa humana.

<sup>18</sup> “No Brasil, qualquer pessoa, nacional ou não, que venha a exercer atividade remunerada em território brasileiro filia-se, automaticamente, ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, sendo obrigada a efetuar recolhimentos ao sistema previdenciário (somente excluem-se desta regra as pessoas já vinculadas a regimes próprios de previdência) (IBRAHIM, 2020, p. 29). Há apenas uma exceção à regra da vinculação ao sistema independentemente da vontade do segurado (prevista no artigo 13, da Lei 8.213/91), que é a do *segurado facultativo*. Sua filiação ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) depende de ato de vontade do interessado. Mas somente podem ser segurados facultativos aqueles que não sejam segurados obrigatórios, ou seja, aqueles que não exerçam atividade remunerada que deflagre a filiação automática. O artigo 11, parágrafo 1º, do Decreto nº 3.048/99 fornece alguns exemplos de pessoas que podem se filiar como segurados facultativos: as pessoas que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, o síndico de condomínio não remunerado, o estudante etc. Essa exceção, portanto, apenas confirma a regra geral de que a filiação ao sistema é obrigatória, ao menos para aqueles que venham a exercer qualquer atividade remunerada.

<sup>19</sup> Constituição, artigo 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”.

### 3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício Assistencial (ou Benefício de Prestação Continuada) está previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelas atuais disposições contidas nos artigos 20, 20-B, 21 e 21-A da Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS). Consiste em política assistencial que tem enorme impacto na redução da pobreza e da desigualdade, não só por atender a parcela mais vulnerável da sociedade, mas também pela grandiosidade, em termos de volume financeiro transferido.<sup>20</sup>

Trata-se de prestação que visa garantir um salário mínimo mensal para pessoas que não possuam meios de prover à própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, podendo ser concedido ao idoso, com 65 anos de idade ou mais, ou à pessoa com deficiência de qualquer idade. Na dicção do art. 20, §2º, da Lei nº 8.742/93, pessoa com deficiência é 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.*”

No que diz respeito às pessoas em situação de rua, o problema mais comum que elas enfrentam diz respeito ao benefício de prestação continuada de amparo ao *deficiente*. É que, para obtê-lo, elas precisam demonstrar perante as autoridades competentes, nos termos da legislação referida, a situação de vulnerabilidade econômica e a *condição de deficiência*. Ocorre que muitas vezes o benefício é negado em função do não preenchimento desse último requisito, na medida em que a perícia médica, administrativa e/ou judicial, não reconhece *incapacidade laborativa*, ou reconhece incapacidade laborativa apenas *parcial*.<sup>21</sup> Isso acaba fazendo com que muitas pessoas em situação de extrema vulnerabilidade percam uma das únicas oportunidades que teriam de sair dessa condição, problema que poderia ser solucionado se houvesse uma adequada interpretação da norma em vigor, a qual, como descrito acima, em nenhum momento utiliza a expressão “incapacidade ao trabalho”.

Em outras palavras: mesmo sendo a incapacidade ao trabalho tecnicamente inexistente e/ou parcial, é preciso levar em consideração as circunstâncias extremamente

<sup>20</sup> Para se ter uma ideia do impacto dessa política social, trazemos alguns números: em dezembro de 2019, o número de beneficiários era de 4.626.185 (quatro milhões, seiscentos e vinte e seis mil, cento e oitenta e cinco pessoas). Ao longo de todo o ano de 2019, foram pagos 55,5 milhões de benefícios (lembrando que se trata de benefício pago mensalmente), no valor total de R\$ 58,5 bilhões de reais (IPEA, 2021).

<sup>21</sup> BRASIL. 1ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo. **Processo nº 0038453-90.2019.4.03.6301**. Rel. Sergio Henrique Bonachela, São Paulo, SP, 17/08/2020. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=a67818bca45043625878a30ee304eddaaab1d882c42a0a64>. Acesso em: 08 mar. 2022;

BRASIL. 3ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo. **Processo nº 0002300-58.2019.4.03.6301**. Rel. David Rocha Lima de Magalhães e Silva, São Paulo, SP, 09/10/2019. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=c48fcbac8d499f245878a30ee304eddaaab1d882c42a0a64>. Acesso em: 08 mar. 2022;

BRASIL. 10ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo. **Processo nº 0015867-93.2018.4.03.6301**. Rel. Gabriela Azevedo Campos Sales, São Paulo, SP, 15/03/2019. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=b452cb02f7aac1525878a30ee304eddaaab1d882c42a0a64>. Acesso em: 08 mar. 2022;

precárias de vida da população em situação de rua, que na maioria das vezes possui uma dificuldade extraordinária de retornar a um convívio social digno, com moradia e trabalho dignos. O conceito de deficiência, quando aplicado a uma população em situação de extrema vulnerabilidade, há de ser revisitado, até porque sua disciplina normativa foi recentemente alterada (a atual redação do artigo 20, §2º, da Lei nº 8.742/1993, acima transcrita, foi determinada pela Lei nº 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência).

Conforme já explicitado, a dignidade humana permeia todas as matérias constitucionais, sendo um valor supremo. Os princípios fundamentais previstos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, voltados para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivando a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, dão suporte às normas públicas voltadas ao amparo de pessoas em situação de miséria.

É com esse espírito que o benefício assistencial, devido à pessoa em situação de rua, deve ser compreendido. Na avaliação do requisito subjetivo (deficiência), é preciso levar em consideração o contexto de vida da pessoa em situação de rua. O fato de estar em situação de rua, por si só, já constitui forte indicativo da presença de grave obstrução à plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com os demais, obstrução esta que tende a piorar, se nada for feito para que essa pessoa seja resgatada de tal situação.

Nessa linha de raciocínio, é preciso destacar o que está disposto na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), que, ao definir “pessoa com deficiência”, assenta que não deve ser analisado somente o impedimento em si, mas também as barreiras que a pessoa enfrenta, as quais, conjuntamente, podem obstruir sua participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Tal avaliação deve, portanto, considerar, além dos impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação, conforme previsto expressamente no artigo 2º do referido diploma normativo.<sup>22</sup>

Verifica-se que a nova redação dada ao artigo 20, §2º, da Lei 8.742/1993 (LOAS), pela Lei nº 13.146/2015, amplia a noção de incapacidade pura e simples para o trabalho e para a vida independente, deslocando o foco de análise da situação de vulnerabilidade do requerente para o conjunto de circunstâncias capazes de impedir a integração justa, plena e igualitária na sociedade daquele que necessita de proteção social. É nesse sentido, inclusive, que devem ser entendidas as avaliações de que trata o parágrafo 6º do artigo 20 da LOAS,<sup>23</sup> que sujeita a concessão do benefício às avaliações médica

<sup>22</sup> Lei nº 13.146/2015, artigo 2º: “Art. 2º 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. §1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará: I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo; II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais; III - a limitação no desempenho de atividades; e IV - a restrição de participação. § 2º O Poder Executivo criará instrumentos para avaliação da deficiência.”

<sup>23</sup> Lei nº 8.742/1993, parágrafo 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



e social, devendo a primeira considerar as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo do requerente, e, a segunda, os fatores ambientais, sociais e pessoais a que está sujeito, devendo ambas “considerar a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades” (GARCIA, 2020, p. 340).

Destarte, apesar da inadequação técnica que costuma haver nos termos dos laudos periciais, de se perquirir se a pessoa com deficiência é apta ou não para o trabalho, é possível concluir, para fins de recebimento de benefício assistencial, que a pessoa em situação de rua possui deficiência física mesmo que esteja “apta” ao trabalho, a depender das demais circunstâncias existentes na vida dessa pessoa. Com efeito, além dos diversos impedimentos físicos em membros e funções do corpo, é preciso observar todas as circunstâncias que envolvem o requerente, seu grau de escolaridade, o tempo em que se encontra em situação de rua, há quanto tempo deixou o mercado de trabalho, se possui ou não rompidos os laços familiares etc.

É interessante observar que, até 2011, o conceito de pessoa com deficiência, previsto na Lei nº 8.742/1993 (Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS), era bem diferente do atual. A redação original do artigo 20, §2º, da referida lei considerava pessoa com deficiência aquela que fosse “incapacitada para a vida independente e para o trabalho”<sup>24</sup>. Ou seja, pressupunha-se que o deficiente era aquele que (i) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, em razão da deficiência e (ii) estava também incapacitado para a vida independente.

Verifica-se, portanto, uma clara mudança de paradigma, a partir de alterações legais promovidas pelo legislador pátrio na LOAS (inicialmente pela Lei nº 12.470/2011, e depois com maior minúcia pela Lei nº 13.146/2015)<sup>25</sup>, dispensando-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente como requisito à concessão do benefício assistencial. Reafirma-se, assim, que o foco, doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo que, em interação com uma ou mais barreiras, possa obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, *tornando-se despicienda a referência à aptidão ao trabalho*.

Referida mudança legislativa guarda evidente relação com o atendimento à dignidade da pessoa humana, notadamente no que diz respeito ao seu elemento ético, isto é, a *autonomia individual*. Está ligada à possibilidade de autodeterminação do

---

por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS”.

<sup>24</sup> Eis a redação original do dispositivo em comento: “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e 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 [...] § 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”

<sup>25</sup> A Lei nº 12.470/2011 já havia alterado a Lei nº 8.742/1993, no sentido de conferir outro sentido para o requisito deficiência para fins de concessão do benefício de prestação continuada, modificando a redação do parágrafo 2º do artigo 20 da LOAS para os seguintes dizeres: “§ 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”. A Lei nº 13.146/2015 aperfeiçoou essa redação, mantendo, em linhas gerais, o seu sentido.

indivíduo, de garantia de que ele possa definir os rumos de sua própria vida, o que impõe que se lhe garanta o *mínimo existencial*. Em linha com a nova formatação jurídica do Estado de Direito, ganha relevância o sistema protetivo que estabelece ao Estado o dever de agir para a manutenção de um padrão mínimo de vida digna aos indivíduos que estejam enfrentando contingências que os impeçam de prover suas necessidades pessoais básicas, como é o caso das pessoas que se encontram em situação de rua.

O Regulamento do Benefício de Prestação Continuada,<sup>26</sup> aliás, conceitua “incapacidade”, para fins do reconhecimento do direito ao benefício, como “fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social”,<sup>27</sup> o que reforça a ideia de que o conceito de pessoa com deficiência, para fins de concessão do benefício assistencial, não se confunde necessariamente com situação de incapacidade laborativa.

Algumas alterações feitas no referido regulamento, no sentido de instituir um novo modelo para a avaliação da deficiência, comprovam essa mudança de paradigma, ao estabelecer que ela será feita não apenas por perícia médica, mas também por perícia social.<sup>28</sup> “Essa avaliação, mais ampla, permite averiguar limitações sociais no desempenho de atividades e na restrição da participação social, que não seriam identificadas numa perícia médica” (IBRAHIM, 2020, p. 21). Espera-se, com isso, alcançar proteção assistencial mais apropriada e congruente com os preceitos constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, são mudanças que aproximam a legislação infraconstitucional das disposições da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência,<sup>29</sup> que reconhece, em seu preâmbulo, que “a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”, bem como afirma o seu propósito, logo no artigo 1º, de “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.<sup>30</sup>

As alterações legislativas permitem-nos concluir que a incapacidade médica deve ser examinada conjuntamente com o contexto social, econômico, familiar, educacional, de acesso aos serviços públicos adequados no qual está inserido o indivíduo portador

<sup>26</sup> Decreto nº 6.214/2007.

<sup>27</sup> Decreto nº 6.214/2007, artigo 4º, inciso II.

<sup>28</sup> Vide artigo 16, do Decreto nº 6.214/2007.

<sup>29</sup> Assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186/2008, e promulgada pela Presidência da República em 25 de agosto de 2009, através do Decreto nº 6.949, passou a ter o status de Emenda Constitucional, por força do no §3º art. 5º da Carta de 1988

<sup>30</sup> Artigo 1: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm 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 igualdades de condições com as demais pessoas.”

de deficiência, sendo que tal avaliação deve ter como eixos norteadores a dignidade humana e o caráter supletivo da assistência social. Trata-se de interpretação que encontra eco, inclusive, em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que vêm rechaçando a exigência de que o aspirante ao gozo do Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC) deva estar absolutamente incapacitado ao desempenho de qualquer atividade laborativa para fazer jus ao benefício, porque tal exigência não está prevista na lei de regência.<sup>31</sup>

São julgados que não tratam, especificamente, de pessoas em situação de rua, mas que se fundamentam na impossibilidade de o intérprete da norma impor requisitos mais rígidos do que aqueles previstos na própria norma, para concessão do benefício. Se a lei dispõe que terá direito ao benefício aquele 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”, *não cabe ao intérprete exigir que a incapacidade total ao trabalho esteja necessariamente caracterizada*. Referido entendimento jurisprudencial reforça a ideia de que é preciso realizar uma análise sistêmica e global das condições pessoais e socioeconômicas do postulante para, então, melhor balizar sua situação de vulnerabilidade social, que é a tônica do benefício em questão.

#### 4 CONCLUSÕES

A Constituição Federal elenca, em seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, em seu artigo 3º, inciso III, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República. Desses dois princípios decorre a noção de “mínimo existencial”, que reúne todo o conjunto de fatores e direitos que são condições para uma existência digna, essencial para o atendimento de um dos três elementos da dignidade humana, que é a autonomia individual.

A omissão ou insuficiência na oferta de serviços e equipamentos socioassistenciais por parte do Poder Público configura violação ao dever do Estado de promover a dignidade da pessoa humana e a eliminação da pobreza por meio da efetivação dos direitos sociais. A concepção atual de Seguridade Social tem em vista esse mister, de promover políticas sociais, proporcionando a todos os indivíduos condições dignas de

<sup>31</sup> A jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao BPC nos casos em que a perícia médica judicial reconhece incapacidade apenas *parcial* ao trabalho, na medida que a lei não exige que essa incapacidade seja *total*, não cabendo ao intérprete a imposição de requisitos mais rígidos que os previstos na legislação para a concessão do benefício. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.917.412/SP**. Rel. Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 09/03/2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100175720&dt\\_publicacao=26/04/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100175720&dt_publicacao=26/04/2021). Acesso em: 01 fev. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.770.876/SP**. Rel. Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 06/12/2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802556593&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802556593&dt_publicacao=19/12/2018). Acesso em: 01 fev. 2023;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.404.019/SP**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 27/06/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201303107383&dt\\_publicacao=03/08/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303107383&dt_publicacao=03/08/2017). Acesso em: 01 fev. 2023.

existência. Nesse sentido, ganha destaque um dos seus três subsistemas, a Assistência Social, cuja função é a de prover o atendimento das necessidades básicas de todos os indivíduos que dela precisarem, independentemente de contribuição à Seguridade Social.

Dentre as prestações de assistência social, destaca-se o Benefício Assistencial (ou Benefício de Prestação Continuada), previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, tendo em vista o enorme impacto que possui na redução da pobreza e da desigualdade em nosso país. Trata-se de ferramenta de fundamental importância para a e reinserção social de pessoas em situação de rua, colaborando sobremaneira nos processos de restabelecimento dos vínculos sociais e de construção de autonomia.

Na concessão do Benefício Assistencial a pessoas em situação de rua, é preciso interpretar o conceito legal de deficiência tendo em vista que o simples fato de estar em situação de rua já configura forte indicativo da presença de grave obstrução à plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de condições com os demais. As mudanças trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) ampliaram a noção de incapacidade: de um conceito que considerava apenas a incapacidade para o trabalho e para a vida independente, para uma análise do conjunto de circunstâncias capazes de impedir a integração justa, plena e igualitária na sociedade, daquele que necessita de proteção social.

A partir disso, podemos concluir ter havido uma clara mudança de paradigma, dispensando-se a menção à incapacidade para o trabalho ou à incapacidade para a vida independente como requisito à concessão do benefício assistencial. Em atendimento à dignidade da pessoa humana, notadamente no que diz respeito ao seu elemento ético, isto é, a *autonomia individual*, uma nova concepção de deficiência ganha corpo, notadamente em relação a pessoas em situação de extrema vulnerabilidade, como aquelas que estão em situação de rua.

Passa a ser plenamente viável, portanto, a concessão do Benefício Assistencial a pessoas em situação de rua, mesmo sendo a incapacidade ao trabalho tecnicamente inexistente e/ou parcial, na medida que as circunstâncias de vida dessa população, na maioria das vezes, inviabilizam o exercício da cidadania. A estigmatização dessa população, seja pela aparência pessoal, pela higiene corporal ou por qualquer outra forma, prejudica seu acesso às políticas públicas e a construção das possibilidades de saída das ruas, sendo imperioso que o poder público facilite o acesso ao referido instrumento de política assistencial, que inegavelmente possui a capacidade de mudar completamente a vida das pessoas que se encontram nessa situação degradante.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (1. Turma) Recursal da Seção Judiciária de São Paulo. **Processo nº 0038453-90.2019.4.03.6301**. Rel. Sergio Henrique Bonachela, São Paulo, SP, 17/08/2020. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=a67818bca45043625878a30ee304eddaaab1d882c42a0a64>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (3. Turma) Recursal da Seção Judiciária de São Paulo. **Processo nº 0002300-58.2019.4.03.6301**. Rel. David de Magalhães e Silva, São Paulo, SP, 09/10/2019. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=c48fcbae8d499f245878a30ee304eddaaab1d882c42a0a64>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (10. Turma) Recursal da Seção Judiciária de São Paulo. **Processo nº 0015867-93.2018.4.03.6301**. Rel. Gabriela Azevedo Campos Sales, São Paulo, SP, 15/03/2019. Disponível em: <https://pje2g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=b452cb02f7aac1525878a30ee304eddaaab1d882c42a0a64>. Acesso em: 08 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 07 mai. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007. 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. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 28 set. 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm). Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/)

l8212cons.htm. Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 09 mar. 2022

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 8 dez. 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm). Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 07 jul. 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm). Acesso em: 09 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.917.412/SP**. Rel. Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 09/03/2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100175720&dt\\_publicacao=26/04/2021](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100175720&dt_publicacao=26/04/2021). Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.770.876/SP**. Rel. Min. Herman Benjamin, Brasília, DF, 06/12/2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802556593&dt\\_publicacao=19/12/2018](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802556593&dt_publicacao=19/12/2018). Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.404.019/SP**. Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 27/06/2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201303107383&dt\\_publicacao=03/08/2017](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303107383&dt_publicacao=03/08/2017). Acesso em: 01 fev. 2023.

COSTA, Anna Gabriela. População em situação de rua cresceu 31% nos últimos dois anos em São Paulo. **CNN Brasil**, Nacional, São Paulo, 23 jan. 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/populacao-em-situacao-de-rua-cresceu-31-nos-ultimos-dois-anos-em-sao-paulo>. Acesso em: 07 mar. 2022.

FILHO, Willis Santiago Guerra. A norma constitucional e sua eficácia. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito da seguridade social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 25. ed. Niterói: Impetus, 2020.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Estimativa da população em situação de rua no Brasil (setembro de 2012 a março de 2020)**. Brasília, 2020. Disponível em: [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota\\_tecnica/200612\\_nt\\_disoc\\_n\\_73.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/200612_nt_disoc_n_73.pdf). Acesso em: 07 mar. 2022.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Políticas sociais: acompanhamento e análise**. Brasília, 2021. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10806/1/BPS\\_28\\_assistencia\\_social.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10806/1/BPS_28_assistencia_social.pdf). Acesso em: 09 mar. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 39. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade da pessoa humana e a constituição brasileira de 1988. *In*: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de (Coord.). **Neoconstitucionalismo**. Rio de Janeiro: Forense, p. 449-463, 2009.

POMPEO, Carolina. Chacina da Sé é relembrada por movimento de população de rua. **Gazeta do Povo**, Vida e Cidadania, 18 ago. 2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/chacina-da-se-e-relembrada-por-movimento-de-populacao-de-rua-17y6fr60wnt655l0fvzgracpc/>. Acesso em: 08 mar. 2022.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Recebido em: 23 fev. 2023      Aceito em: 22 mar. 2023

## **INAPLICABILIDADE DO PARECER CONJUR/MPS Nº 616/10-QUESTÃO15 NOS CASOS QUE VERSAM SOBRE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO CONSELHO DE RECURSO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL-CRPS**

Juliana Souza Ribeiro<sup>1</sup>

### **Resumo**

O tema escolhido busca identificar a possibilidade de não aplicação do parecer da Consultoria Jurídica nº 616 de 2010 questão 15, itens 88-90, no que refere-se as demandas que versam sobre restituição de valores pagos indevidamente, por culpa da Administração Pública, no Benefício de Prestação Continuada-BPC. Isso porque, reinterpretar o princípio da legalidade com base nos valores e princípios Constitucionais, possibilita aplicação das normas específicas que regulamentam o benefício assistencial, em razão de tais normas não preveem a cobrança ou desconto de valores recebidos indevidamente e de boa-fé, pelo contrário afasta a possibilidade de devolução e condiciona a má-fé como pressuposto para a restituição dos valores.

**Palavras-chave:** Parecer Conjur nº 616 questão 15 itens 88-90, Benefício de Prestação Continuada, Reinterpretação do princípio da legalidade.

## **INAPPLICABILITY OF THE OPINION CONJUR/MPS Nº 616/10-QUESTION15 IN CASES DEALING WITH RESTITUTION OF AMOUNTS UNDULY PAID FOR THE BENEFIT OF CONTINUED PROVISION IN THE BOARD OF APPEAL OF SOCIAL SECURITY-CRPS**

### **Abstract**

The chosen theme seeks to identify the possibility of non-application of the opinion of Legal Counsel No. 616 of 2010 question 15, items 88-90, with regard to the demands that deal with restitution of amounts unduly paid, through the fault of the Public Administration, in the Continuous Provision Benefit-BPC. This is because reinterpreting the principle of legality based on the values and Constitutional principles, enables the application of the specific rules that regulate the welfare benefit, because such rules do not provide for the collection or discount of amounts received improperly and in good faith, on the contrary it removes the possibility of return and conditions bad faith as a prerequisite for the restitution of values.

**Keywords:** Conjur Opinion No. 616 question 15 items 88-90, Benefit of Continued Provision, Reinterpretation of the principle of legality.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário FIEO. Pós-graduada em Direito Previdenciário-RGPS: Nova Previdência com ênfase em prática processual formada pelo Instituto de Estudos Previdenciários, Trabalhistas e Tributários – IEPREV. Email: jsribeiro.adv@outlook.com



## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a hipótese de não aplicação do parecer da Consultoria Jurídica nº 616/2010 em sua questão 15—itens 88 a 90, quando o objeto da demanda versar sobre restituição de valores pagos indevidamente, por culpa da Administração Pública, no Benefício de Prestação Continuada-BPC, o qual está previsto no artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS.

Para a realização deste trabalho, utilizou-se método lógico-dedutivo fundado na construção doutrinária, normativa e casos práticos.

Para compreender a inaplicabilidade do parecer em comento é necessário conhecer a estrutura e as vinculações normativas do Conselho de Recurso da Previdência Social, isso porque é o órgão responsável pela condução do processo administrativo previdenciário na sua fase recursal.

Posteriormente diferenciar Previdência e Assistência Social segundo os preceitos da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 8.213/91 e a Lei nº 8.742/93. O intuito é demonstrar que todas as prestações previdenciárias estão elencadas no artigo 18 da Lei de Benefício da Previdência Social e não menciona o Benefício de Prestação Continuada como tal.

Em busca de analisar qual a norma e o procedimento jurídico se aplicam na cobrança dos valores pagos indevidamente em Benefício de Prestação Continuada-BPC: segundo a questão nº 15 do parecer Conjur/MPS nº 616 o qual remete ao artigo 115, inciso II da Lei nº 8.213/91, assim como o artigo 154 do Decreto nº 3.048/99, os quais não permitem o perdão da dívida ao segurado recebedor, mesmo se ficar caracterizada boa-fé.

Bem como a Lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742 de 1993, juntamente com o Decreto nº 6.214/07 e a Portaria Conjunta nº 3 de 2018, sobre os quais tratam especificamente da concessão, manutenção, e a restituição do valor do benefício assistencial pago indevidamente, exceto aquele recebido de boa-fé.

Para isso, colacionamos quatro decisões do Conselho de Recurso da Previdência Social que demonstraram dissonância em relação a interpretação e aplicação da norma nos casos objeto do presente estudo.

Por fim analisar com brevidade o princípio da legalidade, no tocante a sua interpretação e a subordinação da Administração Pública. Isso porque quando se interpreta a norma previdenciária editada pelo Poder Executivo depara-se com impasse da legalidade administrativa estrita, a qual ocasiona graves problemas de compatibilidade com os preceitos sociais previsto na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido o que se propõe é a possibilidade de reinterpretar o princípio da legalidade para efetivar os valores e os conceitos da seguridade social, isto é buscar o verdadeiro sentido da norma, que resultará no equilíbrio em garantir os direitos fundamentais e a proteção das minorias vulneráveis.

## 2 CONSELHO DE RECURSO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O CRPS é a sigla para Conselho de Recurso da Previdência Social, sediado em Brasília tem abrangência em todo o país, exerce função de rever as decisões do INSS

nos processos de interesse dos beneficiários e das empresas no que concerne aos benefícios previdenciários e assistenciais (BRASIL, 2017, art. 1º).

O Regimento Interno do CRPS aprovado pela Portaria MDSA nº 116 de 2017, dispõe sobre a organização, competência, as atribuições dos conselheiros e o processamento dos recursos, porém em razão de superveniência normativa acrescenta as competências do Conselho introduzindo-as na Lei n. 8.213/91, no artigo 126.:

a) recursos das decisões do INSS nos processos de interesse dos beneficiários, b) contestações e recursos relativos à atribuição, pelo Ministério da Economia, do Fator Acidentário de Prevenção aos estabelecimentos das empresas; c) recursos das decisões do INSS relacionados à comprovação de atividade rural de segurado especial ou demais informações relacionados ao CNIS, d) recursos de processos relacionados à compensação financeira de que trata a Lei nº 9.796, e à supervisão e à fiscalização dos regimes próprios de previdência social de que trata a Lei nº 9.717 (BRASIL, 2019).

O CRPS é composto por representantes do governo, das empresas e dos trabalhadores, denominados conselheiros, com mandato de três anos. (BRASIL, 1999).

São dois órgãos de julgamentos: a primeira instância recursal, composta pelas Juntas de Recursos que julgam os recursos ordinários interpostos contra as decisões do INSS; e a segunda instância recursal composta pelas Câmaras de Julgamento, que julgam os recursos especiais contra decisões proferidas pelas Juntas de Recursos e suas composições adjuntas.

Já o Conselho pleno é uma estrutura dentro do CRPS que julga determinados dissidentes de direito e não matéria fático probatório.

É importante ressaltar, que os conselheiros estão vinculados por força de Lei a dar fiel cumprimento às teses jurídicas contida tanto nos pareceres das consultorias jurídicas aprovados pelo Ministro de Estado, tal como os pareceres do Advogado Geral da União aprovados pelo Presidente da República, e as súmulas da AGU (BRASIL, 1993).

Como se observa as normas que vinculam os Conselheiros são de seguimento obrigatório, “sob pena de responsabilidade administrativa quando da sua não observância” inclusive, com vedação expressa a qualquer declaração de inconstitucionalidade ou mesmo ilegalidade de um ato, exceto os casos previstos no RICRPS (BRASIL, 2017, art. 68 e 69).

Seguindo essa lógica de subordinação, em razão da legalidade estrita, é dever do órgão julgador rever suas próprias decisões pelo incidente processual da Revisão de Acórdão quando contrariar a legislação, os pareceres das consultorias jurídicas dos ministérios e do Advogado Geral da União, bem como os enunciados pelo Conselho Pleno (BRASIL, 2017).

Em resumo, os conselheiros não possuem discricionariedade para decidir contrário as normas mencionadas, em razão da legalidade estrita. É justamente à hipótese defendida neste estudo, a melhor forma de se interpretar e aplicar a norma frente ao princípio da legalidade.

### 3 PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

#### 3.1 Assistência social: conceitos gerais

A Constituição Federal de 1988 sistematizou a seguridade social como rede protetiva, a qual será alcançada por meio de ações integradas do Poder Público e da sociedade para garantir a saúde, a assistência e previdência social (BRASIL, 1988, art. 194).

O Estado assistencialista veio dar efetividade aos seus objetivos assistenciais e tornar a sociedade mais igualitária, então adotou os sistemas de estruturação da Assistência, Previdência e Saúde que seria prestada pelo Estado. (FERNANDES, 2014, p. 4).

A norma constitucional estabelece que a Assistência Social “será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição”. Isto é, àquelas pessoas que não detêm condições de manutenção própria ou de tê-lo provido por seus familiares, por isso dependem dos recursos estatais, e se preenchido os demais critérios faram jus ao amparo assistencial (BRASIL, 1988, art. 203).

A regulamentação desse dispositivo Constitucional sobreveio com a publicação da Lei Orgânica da Assistência Social-LOAS, que definiu como direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, de provê os mínimos sociais por meio de ações de iniciativa Pública e da sociedade em garantir o mínimo existencial (BRASIL, 1993, art. 1º).

Nesse sentido os benefícios assistenciais no Brasil dividem-se em Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social-BPC e os benefícios eventuais. O propósito do direito a assistência é assegurar proteção aos hipossuficientes para combater de suas necessidades, por meio dos benefícios, serviços, programas e dos projetos da assistência social.

Visa, portanto, garantir o Princípio do mínimo Existencial, advindo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para isso é pago o benefício mensal no valor de um salário mínimo à pessoa com deficiência e ao idoso com mais 65 anos de idade que comprovem a falta de condição econômica para garantir a própria manutenção, bem como seu núcleo familiar também não pode (BRASIL, 1993, art. 20).

A Portaria Conjunta nº 3 de 2018 e o Decreto nº 6.214 de 2007, disciplinam os procedimentos de concessão, manutenção e revisão do BPC.

Em relação a cobrança de valor recebido indevidamente de BPC está previsto no artigo 35, da referida Portaria, sobre a qual impõe como condição de devolução a má-fé (BRASIL, 2018).

Também conferiu ao INSS adotar outras providências cabíveis para garantir a devolução dos valores pagos indevidamente somente em casos específicos, a saber: somente em casos de falta de comunicação dos fatos arrolados no art. 48 do Decreto nº 6.214/07, ou de prática, pelo beneficiário ou por terceiros, de ato com dolo, fraude ou má-fé devidamente comprovado (BRASIL, 2018, art. 37).

Vê-se, portanto, que toda a normatização que rege o benéfico assistencial (o BPC) não menciona a cobrança ou descontos dos valores recebidos indevidamente em caso de boa-fé, pelo contrário as normas afastam tal possibilidade.

De fato, e não menos importante o artigo 49 do Decreto nº 6.214/2007, com redação dada pelo Decreto nº 9.462/18, reforça o mesmo entendimento.

Assim, podemos depreender como fontes específicas que regulamentam o -Benefício de Prestação Continuada: a Constituição Federal de 1988, artigos 203 e 204, a Lei nº 8.742 de 1993, LOAS, e seu regulamento o Decreto nº 6.214 de 2007, e também Portaria Conjunta nº 3, de 2018.

### 3.2 Previdência social: conceitos gerais

Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim (2019, p. 26), a Previdência Social é como seguro *sui generis*, porque é de filiação obrigatória para os Regime Geral Previdência Social, além de coletivo, contributivo e de organização Estatal.

Em conceito reduzido, é “técnica protetiva”, em atenção a cobertura dos riscos sociais, este deve ser entendido como evento coberto pelo sistema protetivo. Na verdade, o objetivo é “fornecer ao segurado algum rendimento substituidor de sua remuneração, como indenização por sequelas ou em razão de encargos familiares (IBRAHIM, 2019, p. 27):

Determina a atual Constituição brasileira que “A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, filiação obrigatória, contributiva e solidária” (BRASIL, 1988, art. 201).

A gênese da prestação previdenciária como direito público subjetivo do cidadão, surgiu em razão do Estado determinar o pagamento compulsório de contribuições para custeio de um sistema protetivo, o segurado exige a partir da ocorrência do evento determinante, o pagamento de seu benefício (IBRAHIM, 2019, p. 45).

A compulsoriedade é outra característica no sistema previdenciário, vez que a filiação será automática quando pessoa que exerça qualquer tipo de trabalho remunerado, independentemente de sua vontade, salvo se esta atividade já gera filiação a outro regime, bem como o segurado facultativo.

O Regime Geral de Previdência Social é de responsabilidade da União, a entidade gestora é o INSS - Autarquia Federal criada pela lei 8.029/90 vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência (BRASIL, 1990, art. 17).

Em 1991, a Lei nº 8.213, disciplinou o RGPS, e estabeleceu os planos de benefícios e serviços da previdência social, bem como a Lei nº 8.212/91, disciplina o custeio da seguridade social, e o Decreto nº 3.048/99 complementa as Leis de Custeio e a de Benefícios. Conta ainda, com a Instrução Normativa nº 128/2022 que estabelece rotinas no que se refere aos benefícios administrados pelo INSS.

Por ordem do artigo 18 da Lei nº 8.213/91 determina o rol taxativo das prestações e serviços previdenciários compreendidas pelo Regime Geral de Previdência Social que são: aposentadoria por invalidez; aposentadoria por idade; aposentadoria por tempo de contribuição; aposentadoria especial; auxílio-doença; salário-família; salário-maternidade; auxílio-acidente; pensão por morte; auxílio-reclusão; serviço social; reabilitação profissional (BRASIL, 1991, art. 18).

A prestação pecuniária visa garantir condições materiais de subsistência, quando o segurado e o dependente estiverem sujeitos aos diversos riscos sociais como: velhice, prisão, morte, incapacidade seja ela temporária ou permanente e maternidade (BRASIL,

1991, art. 1º).

Com relação a devolução de valores de benefícios previdenciários a única referência na Legislação previdência é no artigo 115, inciso II, estabelece que:

[...] pagamento administrativo ou judicial de benefício previdenciário ou assistencial indevido, ou além do devido, inclusive na hipótese de cessação do benefício pela revogação de decisão judicial, em valor que não exceda 30% (trinta por cento) da sua importância, nos termos do regulamento; (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 1º Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé. (Renumerado do Parágrafo único pela Lei nº 10.820, de 17.12.2003) (BRASIL, 1991, art. 1º).

E mais, de acordo com o 103-A da Lei n. 8.213/91, o INSS tem o direito de anular seus atos administrativos os quais decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários no prazo de dez anos, salvo comprovada má-fé.

### 3.3 DISTINÇÃO ENTRE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Assistência e Previdência Social fazem parte da Seguridade Social são direitos sociais, embora tenham objetivos semelhantes proteger seus destinatários dentro de suas especificidades, é clara a diferença dos sistemas (BRASIL, 1988, art. 6º).

Os requisitos previstos para cada indivíduo ter acesso ao benefício assistencial e a prestação previdenciária diferem-se, tal como a atuação do Estado em relação as políticas empregadas.

A princípio, vale relembrar o conceito da Assistência Social regida por lei própria a LOAS: é um direito constitucional, tem como destinatário àqueles que estejam em situação de vulnerabilidade econômica, abrange dois grupos as pessoas idosas e com deficiência, tem como objetivo preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que está não alcança todo é qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem.

Neste contexto, o Estado tem o dever de intervir para garantir a proteção social por meio dos serviços, programas e projetos, os quais visam a proteção social sem exigir contribuição do usuário, essa é sem dúvida a principal distinção em relação a previdência social.

Enquanto isso, terá proteção previdenciária a pessoa que contribui, essa relação de dever pagar para obter a prestação previdenciária se dá em razão do sistema previdenciário ser autossustentável. O intuito é substituir a renda do trabalhador contribuinte, em razão do risco da perda da incapacidade para o trabalho, seja pela doença temporária ou permanente, a idade avançada, ou a maternidade, a morte e a reclusão.

Vale lembrar aqui os ensinamentos do Lazzari e Castro, (2021. p. 526),

O benefício assistencial, no valor de um salário mínimo, pago aos idosos e deficientes carentes, previsto no art. 203 da Constituição Federal e regulado pelo art. 20 da Lei no 8.742/1993, não pode ser confundido com

os benefícios de origem previdenciária da Lei no 8.213/1991, embora ambos sejam concedidos pelo INSS (CASTRO, 2021, p. 526).

A partir dessas exposições, o entendimento de que a previdência e a assistência social são programas com funções, objetivos e custeio diferentes. Nesse sentido, Frederico Amado (2021) esclarece:

Dentro da seguridade social coexistem dois subsistemas: de um lado o subsistema contributivo, composto apenas pela previdência social, que pressupõe o pagamento (real ou presumido) de contribuições previdenciária dos segurados para sua cobertura e dos seus dependentes. Do outro, o subsistema não contributivo, integrado pela saúde pública e pela assistência social (AMADO, 2021, p. 24).

A distinção se faz ainda, pelo financiamento das políticas da Assistência e da Previdência Social. A atuação do Estado se dá dentro do sistema Tripartite, ele financia uma parcela da previdência, vez que na assistência sua obrigação é direta.

Por fim, não compete à previdência social manutenção de pessoas carentes, por esse motivo, a assistência social é definida como atividade complementar ao seguro social (IBRAHIM, 2019, p. 13).

#### **4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: VINCULAÇÃO DO CRPS NA APLICAÇÃO DO PARECER CONJUR/MPS Nº 616/2010, QUESTÃO 15 NOS BENEFÍCIOS PRESTAÇÃO CONTINUADA PREVISTO NA LEI 8.742/93-LOAS**

A Constituição Federal de 1988 adota o sistema de valores, princípios e regras. Na visão de Gustavo Beirão, 2019 “Os valores são os objetivos a serem atingidos pela sociedade, já os princípios funcionam como uma espécie de ‘bússola’ ou guias a serem observados pelo legislador, pelos juízes e também pela Administração Pública. [...]” (ARAÚJO, 2019, p. 32).

Assim pode ser dito que os princípios são estruturas sem os quais a ordem jurídica não existiria por falta de fundamento, vez que a lei sozinha no seu texto geral e abstrato, não atingiria a justiça.

Nesse sentido Barcellos (2022, p. 512) ensina que:

O art. 37 da Constituição inicia a lista dos princípios que vinculam a Administração Pública pela legalidade. De forma simples, este princípio significa que a Administração Pública deve sempre agir com fundamento em uma decisão majoritária. O princípio da legalidade está diretamente ligado, em primeiro lugar, à própria garantia do Estado Democrático de Direito: a ação estatal deve ter como fundamento uma decisão majoritária, democrática, e não pessoal ou voluntariosa do agente público. Em resumo: a ação administrativa depende de estar adequadamente fundamentada em lei, entendida a expressão lei como juridicidade para abarcar a própria Constituição, em seu topo, e os atos equiparados pela própria Constituição à lei, quando pertinente.

Entende-se que princípio da legalidade guarda dois sentidos, o primeiro quando se lê “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” significa afirmar que, na falta de proibição legal, tudo é permitido ao particular, nada lhe é obrigatório.

O segundo sentido, significa afirmar que a Administração, só pode “obrigar” os particulares, a praticar atos dotados de obrigatoriedade caso a sua atuação esteja amparada em lei, (BRANDÃO; CAVALCANTI, 2009, p. 236).

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, esse princípio, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal que, repetindo preceito de Constituições anteriores (BRANDÃO; CAVALCANTI, 2009).

A ideia da atuação em conformidade a lei é um desdobramento do princípio da legalidade. Consiste na simples subsunção do fato a norma, ou seja, a subsunção do ato humano em relação à abstratividade legal (FERNANDES; SERMANN, 2022, p. 21).

Nesse sentido, a organização da administração pública é pautada na distribuição de competências e hierarquia. A lei determina as funções dos vários órgãos administrativos, a intenção é manter a harmonia e unidade de direção, estabelecendo uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos que integram a Administração Pública (DI PIETRO, 2022, p. 137).

A vista disso, o Ministério do Trabalho e Previdência é órgão da Administração Pública Direta tem como competência assuntos da previdência, faz parte dessa estrutura organizacional o órgão colegiado do Conselho de Recurso da Previdência Social (BRASIL, 2022, p. art. 1º).

Nessa continuidade, assevera Barcellos (2022, p. 488):

A Administração Pública direta confunde-se com o próprio Poder Executivo, que tem como chefe o Presidente, Governador ou Prefeito, conforme o caso, e estrutura-se por meio de órgãos diretamente vinculados a ele sem personalidade jurídica própria, em geral denominados ministérios ou secretarias.

“O Conselho de Recurso está vinculado, por força de lei, às teses contidas nos pareceres da consultoria jurídica dos ministérios aos quais estão e estiveram vinculados” (ARAÚJO, 2019, p. 171). Assim estabelece o artigo 68 do Regimento Interno do CRPS, aprovado pela Portaria MDAS nº 116 de 20/03/2017:

Art. 68 Os Pareceres da Consultoria Jurídica do MDSA, quando aprovados pelo Ministro de Estado, nos termos da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, vinculam os órgãos julgadores do CRSS, à tese jurídica que fixarem, sob pena de responsabilidade administrativa quando da sua não observância.

Parágrafo Único: A vinculação normativa a que se refere o caput aplica-se também aos pareceres da Consultoria Jurídica dos extintos MPS e MTPS, vigentes e aprovados pelos então Ministros de Estado da Previdência Social e do Trabalho e Previdência Social, enquanto não revistos pela atual Consultoria Jurídica do MDSA.

Nessa senda, o Ministério da Previdência Social realizou a consultoria jurídica questionando qual a legislação previdenciária aplica-se no âmbito administrativo, tendo em vista as diferentes interpretações entre o INSS e o CRPS. De efeito, foram registrados os pareceres e homologado pelo Ministro de Estado -Conjur/MPS n.º 616/2010, destaca-se a:

Questão 15. A boa-fé do segurado é fator impeditivo para a restituição de valores de benefícios equivocadamente concedidos ou majorados administrativamente, por força de errônea interpretação da norma?

88. No âmbito do RGPS, para que fique delineada a situação de pagamento de benefício indevido, no todo ou em parte, é necessário que o fato fique comprovado em sede de processo administrativo no qual deve ser assegurada ampla defesa e contraditório ao beneficiário, por força da garantia constitucional ao devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição).

89. Por outro lado, a legislação em vigor não permite o perdão da dívida ao segurado recebedor de benefício indevido, mesmo se ficar caracterizada sua boa-fé. Permite-se apenas o parcelamento do débito ou a sua consignação, quando o beneficiário for recebedor de outro benefício do INSS. É o que se extrai da leitura do art. 115, inciso II e § 1.º da LBPS [...] (BRASIL, 2010).

Diante desse contexto, apresenta-se alguns julgados do Conselho de Recurso, os quais demonstrará os procedimentos jurídicos aplicado nos casos que versam sobre a devolução de valores recebidos de boa-fé,<sup>2</sup> em benefício prestação continuada previsto na LOAS.

Conforme explanado no item 2 compete ao Conselho Pleno uniformizar no caso concreto, as divergências jurisprudenciais entre as Câmaras de Julgamento em sede de recurso especial, mediante emissão de Resolução (BRASIL, 2017, art. 3º, Inciso II). E assim decidiu o Conselho Pleno na Resolução nº 46/2017:

Pedido de uniformização de jurisprudência. inciso II do artigo 3º e inciso I do artigo 63, ambos do regimento interno do CRSS, aprovado pela portaria MDSA nº 116/2017. Amparo social à pessoa portadora de deficiência. Superação das condições para manutenção do benefício artigo 49 do Decreto nº 6.214/2007. Restituição dos valores recebidos indevidamente. Parecer Conjur/MPS nº 616/2010 de observância obrigatória pelos órgãos do CRSS Parecer nº 005/2014/Conjur /CGU/AGU. parágrafo único do artigo 68 do Regimento Interno, do CRSS. Pedido de uniformização de jurisprudência conhecido e provido. NB 109. 724.113-8. Número de protocolo do Recurso: 44232.068856/2014-38 (BRASIL, 2017).

<sup>2</sup> Mas ressalta-se, não abordaremos discussões em relação a má-fé do beneficiário, o que gera o dever de ressarcimento sem maiores questionamentos administrativos.



O ponto controvertido diz respeito a decisão que desobrigou a restituição dos valores recebidos indevidamente pelo beneficiário, o INSS requereu Uniformização de Jurisprudência e demonstrou o dissenso com a indicação de um julgado prolatado no ano de 2015, ademais foi considerado pelo Conselho Pleno Parecer nº 05/2014/CGU/AGU aprovado pelo Consultor Geral da União em 30/04/2014, vejamos:

Inafastabilidade da vinculação do CRPS às teses jurídicas encampadas nos pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República ou da unidade consultiva da AGU quando aprovada pelo Ministro de Estado da Previdência Social, por força do disposto nos artigos 40 a 42, da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Reforçando o entendimento a Sra. Relatora decide: - A questão nº 15 do Parecer Conjur/MPS nº 616/2010, está em vigência e foi aprovado pelo Ministro da Previdência Social é vinculativa ao CRPS, ademais “independentemente da boa-fé do segurado, e do caráter alimentar do benefício”, a legislação em vigor não permite o perdão da dívida.

Percebe-se ao julgar matéria envolvendo a tese do referido parecer, o órgão colegiado é obrigado seguir as regras que revestem o processo administrativo, pelo princípio da legalidade estrita.

Nesse diapasão, indaga-se o vínculo de subordinação do CRPS sob a ótica do princípio da legalidade atende os valores e os princípios Constitucionais? Os autores Brandão, Cavalcanti e Adeodato (2009, p. 239) esclarecem:

A formulação básica do princípio da legalidade—a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza—parece de fato sugerir que a aplicação do princípio seria uma coisa muito simples: ou a conduta está prevista na lei, e por isso é válida, ou não está prevista, e então é inválida por violar o princípio da legalidade (aliás, nessa ótica, o princípio da legalidade nem deveria ser um “princípio”, se como por tal se entender, como reza há mais de uma década a nova vulgata metodológica, um “mandamento de otimização” sujeito a diferentes graus de realização: será que uma conduta pode estar “mais ou menos” prevista em lei?) [...].

De fato, a acepção da legalidade administrativa e a sua vinculação exacerbada em adotar procedimento diverso do previsto na Lei Orgânica da Assistência Social resulta na violação do seu conteúdo e automaticamente ao princípio da legalidade.

O entendimento é no sentido de que, não estando o BPC dentre àquelas prestações previstas no artigo 18 da LBPS, não há que se falar em desconto na renda mensal dos benefícios assistenciais, tendo em vista a falta de amparo legal.

Ressalta-se, não se trata de violação do parecer Conjur n. 616/2010, e sim adotar critérios interpretativos para aplicação da norma menos gravosa, séria essa a solução que mais se aproxima do caráter social da Constituição Federal, a qual ampara a parte vulnerável e que, por esse motivo possui proteção legal.

#### 4.1 Reinterpretação do princípio da legalidade e a ausência de violação da questão 15 do parecer CONJUR/MPS nº 616 de 2010

Nas palavras do mestre Gustavo Beirão, “A legalidade em sentido estrito não se mostra suficiente para garantir os direitos dos segurados” (ARAÚJO, 2019, p. 170) já que obriga o Conselho de Recurso a decidir com base em portarias, pareceres e demais atos normativos sem considerar os mandamentos constitucionais.

De certo, a postura do interprete deve ir além da legalidade estrita, é fazer um juízo interpretativo de valor, reinterpretar a lei sob a lente da Constituição de modo a efetivar os valores, os princípios e as normas constitucionais. Nessa senda é remetido o entendimento da doutrina:

O processo que retirou do centro do direito a ideia de legalidade e afirmou a ideia de constitucionalidade parece irreversível. No entanto, os riscos à democracia representados por uma visão substancial da Constituição que cresce na interpretação e reduz paulatinamente o rol dos temas passíveis de decisão na política alertam-nos para a necessidade de considerar na interpretação e aplicação da Constituição o papel democrático do legislador. O chamado princípio democrático—aliado a um novo olhar sobre a legalidade [...] (CAVALCANTI; ADEONATO, 2009, p. 170).

Isto é, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição [...] (BRANDÃO; CAVALCANTI; ADEONATO, 2009, p. 254).

As normas previdenciárias devem ser interpretadas de forma a favorecer os valores da Constituição Federal de 1988. Deve-se utilizar a hermenêutica previdenciária para que o princípio da legalidade estrita não impeça a efetivação dos direitos fundamentais à assistência social.

E mais, não se deve olvidar, nem sempre a legalidade estrita reflete os valores e os princípios da seguridade social, o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou melhor, esse tipo de Estado a concepção mais ampla do princípio da legalidade. [...] (DI PIETRO, 2021, p. 57).

Com o novo conceito de Estado assistencialista, a consequência da ampliação da legalidade é a redução da discricionariedade. (DI PIETRO, 2021, p. 58) Efetivar um direito fundamental, requer mudanças dos dogmas e assim entendeu a 3ª Câmara de julgamento ao decidir sob o número do Processo: 35742.000206/2018-78:

Benefício de prestação continuada da assistência social à pessoa com deficiência. Lei nº 8.742/93, apuração de irregularidade na manutenção do benefício. Avaliação social realizada em fase recursal. Vulnerabilidade social. Reativação de benefício. Afastamento da devolução dos valores recebidos, artigo 49 do Decreto nº 6.214/07 e Portaria Conjunta nº 3/2018.

Diversamente, dos exemplos antes descritos, os conselheiros defendem que, trata-se de um direito fundamental da pessoa humana, inerente à dignidade e indispensável

à realização dos demais direitos consagrados na Constituição Federal (PARANÁ, 2019). Percebe-se que o intérprete observou a supremacia da Lei das Leis, (ARAÚJO, 2019, p. 165).

Além disso, utilizou como fundamento a Resolução 20/2020 trata de Reclamação ao Conselho Pleno formulado pelo INSS (BRASIL, 2017, art. 64), em matéria envolvendo violação da aplicação do parecer Conjur nº 616/10 aprovado pelo Ministro do Estado da Previdência Social decidiu que:

A questão nº 15 do Parecer CONJUR/MPS nº 616/2010 não se aplica ao benefício assistencial. Vejam que a Questão 15 traz as diretrizes de devolução de benefícios equivocadamente concedidos ou majorados administrativamente, por força de errônea interpretação da norma e toda a justificativa da devolução se atrelam ao art. 115, inc. II e § 1º da Lei nº 8.213/91 e art. 154 do Regulamento da Previdência Social-RPS aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. Nenhum desses regramentos tratam da LOAS, mas dos benefícios previdenciários. A LOAS tem lei própria-Lei nº 8.742/93, que indica em seu art. 20 o benefício assistencial ao deficiente ou pessoa idosa. Por sua vez, os mecanismos de apuração de irregularidades e devolução estão previstos no Decreto nº 6.214/07 que regulamenta a LOAS. Em consequência, deveria o INSS ter fundamentando em algum Parecer (se existente), especificamente construído para fins de apuração de irregularidades na concessão de benefício assistencial.

A decisão acima chama a atenção pelos argumentos utilizados, o conselheiro aplicou o direito conforme os valores e princípios contidos na Lei Maior, enquanto normas jurídicas dotadas de força normativa, baseiam toda e qualquer tarefa interpretativa da legislação infraconstitucional (ARAÚJO, 2019, p. 167).

No entanto, em voto divergente decide a conselheira Relatora que o acordo proferido pela 1.º composição adjunta da 4.º CAJ, infringiu o parecer da Consultoria Jurídica nº 616/10, não cabe ao conselheiro deixar de aplicá-lo sem lei que autorize (BRASIL, 2020).

Não se trata aqui de ignorar a lei, ou até mesmo decidir contrário ao parecer em apreço, fala-se em adotar o princípio da legalidade ampla, a administração fica obrigada a seguir a lei. [...] (ARAÚJO, 2019, p. 192).

De acordo com os ensinamentos de REALE (2011, p. 295) para aplicar o Direito, precisa antes interpretá-lo:

A aplicação é um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis. Antes da aplicação não pode deixar de haver interpretação, mesmo quando a norma legal é clara [...] é óbvio que só se aplica bem o direito quem o interpreta bem.

A interpretação da lei, texto abstrato e genérico, determina abrangência das normas jurídicas, uma vez que o aplicador alcance espírito da lei. Ao interpretar o texto

da norma, o intérprete busca dentro das opções existentes, a qual seja mais compatível com o caso concreto, não se limitando às situações descritas pelo legislador, (IBRAHIM, 2019, p. 147).

De tal forma, quando colocamos uma distância entre o que está na lei e o que se aplica na prática, ocorre o desprestígio dos pressupostos universais os quais beneficiam um sistema maior que é a humanidade, assim temos que:

A constitucionalização dos princípios da Administração possibilitou examinar aspectos do ato antes vedados. Princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, dentre outros previstos no ordenamento jurídico, são utilizados no controle de atos administrativos, de que a Administração Pública deve obediência não só à lei, mas ao Direito. (DI PIETRO, 2022, p. 53).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o princípio da legalidade juntamente com o Estado Democrático de Direito é forma de controle dos abusos por parte dos governantes e constitui importante garantia aos direitos individuais.

É nesse sentido que, o princípio da legalidade, visto como simples aplicação da lei não é suficiente de amparar a parte vulnerável, já que os conselheiros estão obrigados a decidir conforme às teses defendidas no parecer Conjur/MPS nº 616/10, questão 15, não importando a compatibilidade com os princípios e as regras constitucionais.

Não significa dizer que o CRPS deva desprezar a norma, o que propõe é o dever interpretar e aplicar a norma previdenciária mais benéfica, enfatizando os valores sociais e morais da Constituição Federal de 1988, a qual protege o trabalhador segurado da previdência e o necessitado da assistência social.

Assim, deve-se encontrar na hermenêutica previdenciária a solução que mais se aproxime da proteção social da Carta Magna e dentro das opções existentes a mais compatível ao caso concreto.

Daí a importância de reinterpretar o princípio da legalidade para aplicar as normas específicas que regulamentam o BPC, porquê tais normas não preveem a cobrança ou desconto de valores recebidos indevidamente e de boa-fé, pelo contrário afasta a possibilidade de devolução e condiciona a má-fé como pressuposto para a restituição dos valores.

E mais, não cabe o INSS a realização de interpretação restritiva de direito do segurado quando a Lei não o faz.

Então, após a pesquisa percebe-se que aplicar o conteúdo do parecer Conjur/MPS n. 616/10, questão 15, nos casos que versam sobre devolução de valores recebidos indevidamente, por culpa da administração pública, nos Benefícios Prestação Continuada -BPC ocasiona violação do direito assistencial e do princípio da legalidade, porque obriga os conselheiros decidirem em descompasso com as normas que tratam da assistência social.

Consequentemente entende-se pela inaplicabilidade do parecer alhures, justamente por não tratar sobre os benefícios assistenciais previstos no artigo 20 da LOAS.

**BIBLIOGRAFIA**

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

AMADO, Frederico. **Vade Mecum Prática Previdenciária**. Salvador: Juspodivm, 2020.

ARAÚJO, Gustavo Beirão. **Processo Administrativo Previdenciário e sua Efetividade**. Curitiba: Juruá, 2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Hermenêutica Constitucional. **Revista de informação legislativa**, v. 14, n. 53, p. 113-144, jan./mar. 1977. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181000>. Acesso em: 16 abr. 2022.

BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos Benefícios por Incapacidade Laboral e Deficiência**. 4. ed. Curitiba: Alteridade editora, 2021.

BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício. **Princípio da Legalidade: da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 06 de abr. de 2022.

BRASIL. Conselho de Recurso da Previdência Social. **3º Câmara Julgamento. Processo nº 35742.000206/2018-78**. Relator: David Rodrigues da Conceição. Curitiba 08 de out. de 2019. Disponível em: [https://gustavobeirao.com/wp-content/uploads/2020/03/loas\\_devolucao\\_impossibilidade\\_boa\\_fe.pdf](https://gustavobeirao.com/wp-content/uploads/2020/03/loas_devolucao_impossibilidade_boa_fe.pdf). Acesso em: 11 maio 2022.

BRASIL. Conselho de Recurso da Previdência Social. **Resolução nº 20 de 29 de maio de 2020**. Reclamação do Conselho Pleno Amparo Social ao Deficiente. Recorrente: INSS, Recorrido: Isamu Nishikawa. Relatora: Maria Madalena Silva Lima, Brasília, DF, 29 de maio. de 2020. Disponível em: [resolucao-20.pdf \(www.gov.br\)](#). Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Conselho de Recurso da Previdência Social. **Resolução nº 46 de 22 de novembro de 2017**. Pedido de uniformização de Jurisprudência do Amparo Social à Pessoa Portadora de Deficiência, superação das condições para manutenção do benefício, restituição dos valores recebidos indevidamente, aplicação obrigatória pelos órgãos do CRSS do Parecer Conjur/MPS nº 616/2010, Recorrente: INSS, Recorrido: Cléia Catarina de Oliveira, Relatora: Maria Ligia Soraia, Brasília, DF, 22 de nov. de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao>

social/conselhos-e-orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdenciasocial/RESOLUO\_N46\_CLEIACATARINADEOLIVEIRA\_109.724.1138.pdf. Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.** 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 de set. de 2007. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm). Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 6 maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras Providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 6 de maio. de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.995, de 14 de março de 2022.** Dispõe sobre a estrutura regimental e o quadro demonstrativo dos cargos em comissão e das funções de confiança do Instituto Nacional do Seguro Social–INSS. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 de mar. de 2022. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/decreto/D10995.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D10995.htm). Acesso em: 12 jul. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 11.068, de 10 de maio de 2022.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério do Trabalho e Previdência e remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de maio de 2022. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/Decreto/D11068.htm#art9](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/Decreto/D11068.htm#art9). Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.346 de 15 de junho de 1939.** Reorganiza o Conselho Nacional do Trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 de jun. de 1939. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del1346.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1346.htm). Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 de fev. de 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp73.htm). Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.** Extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 de abr. de 1990. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8029cons.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8029cons.htm). Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 de jul. de 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm). Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993.** Dispõe a organização da Assistência Social e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 de dez. de 1993. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm). Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.787, de 29 de janeiro 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de jan. de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9787.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9787.htm). Acesso em: de abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.341 de 26 setembro de 2016.** Altera as Leis nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e 11.890, de 24 de dezembro de 2008, e revoga a Medida Provisória nº 717, de 16 de março de 2016. a criação do Ministério do Trabalho e Previdência e dá outras Providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de set. de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.261-de-16-de-dezembro-de-2021-367944672>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.876, de 20 setembro de 2019.** Dispõe sobre honorários periciais em ações em que o Instituto Nacional do Seguro Social INSS figure como parte e Altera a Consolidação das Leis do Trabalho CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 5.010, de 30 de maio de 1966, e a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de set. de 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.876-de-20-de-sete mbro-de-2019-217536932>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.261, de 16 dez. de 2021.** Dispõe sobre a criação do Ministério do Trabalho e Previdência e dá outras Providências. Diário Oficial da República do Brasil, Brasília, DF, 16 de dez. de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.261-de-16-de-dezembro-de-2021-367944672>. Acesso em: 13 jul. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. **Portaria nº 116**, de 20 de março de 2017. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de mar. De 2017. Disponível em: [https://www.in.gov.br/material/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20120437/do1-2017-03-23-portaria-n-116-de-20-de-marco-de-2017-20120090](https://www.in.gov.br/material/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20120437/do1-2017-03-23-portaria-n-116-de-20-de-marco-de-2017-20120090). Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. **Portaria Conjunta nº 3, de 21 de setembro de 2018.** Dispõe Sobre Regras e Procedimentos de Requerimento, Concessão, Manutenção e Revisão do Benefício de Prestação Continuada da

Assistência Social - BPC. Ministério do desenvolvimento Social. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 21 de set de 2018. Disponível em: PORTARIA CONJUNTA Nº 3MDS/INSS,DE21DESETEMBRODE2018—Português(Brasil) (www.gov.br). Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Parecer/Conjur/MPS nº 616** de 23 de dezembro de 2010. Dispõe sobre Solução de Diversas Questões Jurídicas Relativas à Aplicação da Legislação. Disponível em: [https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/images/previdencia/arquivos/office/3a\\_120517151945-823.pdf](https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/images/previdencia/arquivos/office/3a_120517151945-823.pdf). Acesso em: 09 abr. 2022.

BRASIL. Advocacia Geral da União **Parecer nº 05/2014/WJR/CONSU/CGU/AGU** de 30 de abril de 2014. Solicitação de manifestação acerca dos efeitos dos pareceres normativos aprovados pelo Ministro de Estado da Previdência Social e pelo Advogado-Geral da União, com acolhimento pelo Presidente da República, em relação ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS). órgão de deliberação colegiada, criado sob o modelo revisto no artigo 10, da Constituição da República. Disponível em: [https://gustavobeirao.com/wp-content/uploads/2019/12\\_/parecer\\_5\\_14\\_vinculaCRPS.pdf](https://gustavobeirao.com/wp-content/uploads/2019/12_/parecer_5_14_vinculaCRPS.pdf). Acesso em: 09 abr. 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Direito Previdenciário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Método, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Princípio da legalidade**. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, 1º ed. abril de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>. Acesso em: 16 abr. 2022.

FERNANDES, Ana Paula; SERMANN, Paulo Vitor Nazário. **Processo Administrativo Previdenciário Conselho de Recurso da Previdência Social: Controle de Legalidade e Participação Democrática da Sociedade na Administração Pública Previdenciária**. Direito Previdenciário Revisitado. Porto Alegre. Magister. v. 1. p. 63-88. 2014. Disponível em: <https://www.anaprevidenciario.com.br/site/wp-content/uploads/Publica%C3%A7%C3%B5es/PROCESSO%20ADMINISTRATIVO%20PREVIDENCI%C3%81RIO%20CONSELHO%20DE%20RECURSOS%20DA%20PREVID%C3%8ANCIA%20SOCIAL.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2022.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri: Manole. 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 24. ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2019.



LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. **Curso Prático de Direito e Processo Previdenciário** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MIGUEL, Reale. **Lições preliminares do Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

TELLES, Rodrigo. Manual do BPC: **Benefício de prestação Continuada I LOAS**. São Paulo: edição do autor, 2020.

Recebido em: 02 mar. 2023      Aceito em: 31 mar. 2023

## OBRIGATORIEDADE DO FORNECIMENTO DE PERFIL PROFISSIONÁRIO PREVIDENCIÁRIO – PPP PELOS MUNICÍPIOS

Antonia Joelma Cesar Cabral Gomes<sup>1</sup>

### Resumo

O presente estudo busca demonstrar que os Municípios, ou seja, a Administração Pública Municipal, na qualidade de equiparado a empresa para fins previdenciários, passa a ser obrigada a traçar o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, quando possuírem servidores públicos, aqui, em sentido *lato sensu* que exerçam suas funções tendo contato efetivo com agentes nocivos prejudiciais à sua saúde e a sua integridade física, sendo certo que tal obrigação se submete ao brocardo *tempus regit actum*, cujas obrigações são oriundas do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

**Palavras-chave:** princípio da universalidade de cobertura do atendimento; aposentadoria; Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP.

## MUNICIPALITIES, AS QUALIFIED WITH THE COMPANY, HAVE THE MANDATORY NEED TO ISSUE THE SOCIAL SECURITY PROFESSIONAL PROFILE – PPP – FOR THEIR PUBLIC SERVANTS

### Abstract

The present study seeks to demonstrate that the Municipalities, that is, the Municipal Public Administration, in the capacity of equivalent to a company for social security purposes, is now obliged to outline the Social Security Professional Profile - PPP, when they have public servants, here, in a broad *sense sensu*, who exercise their functions having contact effective with harmful agents harmful to their health and physical integrity, given that such an obligation is subject to the *tempus regit actum*, whose obligations come from the General Social Security System - RGPS.

**Keywords:** principle of universal coverage of care; retirement; Social Security Professional Profile - PPP.

### INTRODUÇÃO

A efetiva exposição a agentes prejudiciais à saúde se dá por dois principais requisitos: nocividade e permanência, cuja comprovação será feita mediante formulário PPP, na forma estabelecida pelo INSS, emitida pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

O problema emblemático que nos deparamos no dia a dia é exatamente a busca de

<sup>1</sup>Aluna formada pela Universidade Regional do Cariri – URCA – Graduada em Direito e PósGraduada em Direito Previdenciário – RGPS/RPPS pelo IEPREV; atua como Advogada Previdenciária – Endereço Eletrônico: joelmacabraladv@hotmail.com

servidores públicos que exercem suas funções tendo contato efetivo com agentes nocivos prejudiciais à sua saúde e a sua integridade física; e quando necessitam ter concedidos um benefício e/ou a própria aposentadoria especial junto RPPS, não conseguem, devido os entes públicos não traçarem o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, dos seus servidores, e estes acabam prejudicados nos seus direitos, que inclusive trabalham por mais tempo do que o necessário até a concessão de uma aposentadoria por tempo de contribuição, quando poderia se aposentar com, 15 (quinze), 20(vinte ou 25(vinte e cinco) anos de contribuição, um dos requisitos da aposentadoria especial.

O formulário PPP parece um documento de fácil preenchimento, mas na realidade essa facilidade é somente aparente, posto que há uma complexidade de informações que demandam análise técnica e pessoal especializado para preenchimento, exigindo conhecimento da legislação previdenciária, trabalhista e tributária, para conhecer os meandros por trás dos mais de 20(vinte) campos de preenchimento; e os entes públicos municipais estão desprovidos exatamente desse arcabouço, e a maioria nem sabem da existência desse documento laboral/historico a ser emitido em favor do servidor público que laboram expostos a agentes nocivos prejudiciais à saúde e a sua integridade física.

Por todas essas razões, o PPP torna-se uma prova indispensável também, para a concessão dos benefícios por incapacidade, sendo imperioso solicitá-lo ao município, quando for o caso, com o objetivo de corroborar com o conjunto probatório documental, haja vista que o município na condição de equiparado a empresa deve manter sempre atualizado o PPP dos servidores públicos.

Demonstraremos nesse trabalho, de forma detalhada que injustiças em desfavor dos servidores públicos são cometidas pelo ente municipal e dispositivos constitucionais são violados flagrantemente, e de forma constante em face da não observância da lei que rege o *direito previdenciário e normas infraconstitucionais*, e principalmente da não expedição do formulário PPP aos que exercem suas atividades expostos a agentes nocivos prejudiciais à saúde e a integridade física, mesmo tendo preenchidos os requisitos exigidos para a aposentadoria especial e/ou a concessão de um benefício por incapacidade.

## DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, cumpre-nos ressaltar que a seguridade social encontra-se regida pelo princípio da universalidade de cobertura e do atendimento, bem como da seletividade e da distributividade, na forma do parágrafo único do art. 194 da CRFB.

Os princípios de direito são tidos como o mandamento nuclear da ordem jurídica, pois representam os valores de maior estatura escolhidos pelo povo para servirem como diretrizes para as demais normas[1].

Um dos primeiros princípios que se impõe é o amplo atendimento das pessoas em situações de necessidade, ao passo que o segundo denota que apenas os eventos de maior relevância devem ser objeto de cobertura, especialmente em decorrência da disponibilidade financeira.

Embora haja aparente conflito entre as mencionadas normas, elas deverão ser aplicados na medida do possível, diante das circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso.

Na busca do equilíbrio, é fundamental se observar os parâmetros estabelecidos pelo legislador para verificar a aquisição de um direito previdenciário, em especial, visto que a previdência social, área integrante da seguridade social, é marcada pelo caráter contributivo.

A aposentadoria especial que aqui *destacamos*, além da existência de outros benefícios constantes do rol das normas pertinentes à matéria, é uma precaução, via de regra, de cunho obrigatório com intuito de socorrer os seus participantes de fatos futuros que possam comprometer a capacidade de obter o mínimo necessário para sua sobrevivência e de sua família.

Preocupado com o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, o Constituinte estabeleceu requisitos para a aquisição do direito à aposentadoria especial, vedando a criação de critérios diferenciados para tal, ressaltando, porém, a hipótese de segurados que exercem suas atividades em contato permanente com agentes nocivos à saúde, na forma do art. 201, § 1º da CRFB.

E de certa forma visando proteger os servidores públicos quanto aos seus direitos previdenciários, é que na Lei n.8.212/91, art.15, considera empresa a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional, o que ratifica a submissão do caso aos seus preceitos legais, ou seja, considera os municípios equiparados à empresa para fins de proteção previdenciária.

À vista da condição dos Municípios equiparados a empresa, para fins de aplicabilidade da Lei Federal nº 8.212/91, art.15; as Edilidades têm a obrigação de traçar o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, com o intuito de comprovar a efetiva exposição dos seus servidores públicos (segurados do RPPS), aos agentes nocivos constantes na relação definida pelo Poder Executivo para a concessão do aludido benefício.

A novel Instrução Normativa do INSS n.128/2022, em seu art.284, *caput*, vem tratando da equiparação a empresa no mesmo sentido, vejamos:

Art. 284. A partir de 1º de janeiro de 2004, conforme estabelecido pela Instrução Normativa INSS/DC nº 99, de 2003, a empresa ou equiparada à empresa deverá preencher o formulário PPP de forma individualizada para seus empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais cooperados, que trabalhem expostos a agentes prejudiciais à saúde, ainda que não presentes os requisitos para fins de enquadramento de atividade especial, seja pela eficácia dos equipamentos de proteção, coletivos ou individuais, seja por não se caracterizar a permanência.

§ 1º A partir da implantação em meio digital do PPP ou de documento que venha a substituí-lo, esse formulário deverá ser preenchido para todos os segurados empregados, avulsos e cooperados vinculados a cooperativas de trabalho ou de produção, independentemente do ramo de atividade da empresa, da exposição a agentes prejudiciais à saúde.

Assim, é evidente que a emissão do Perfil Profissiográfico Previdenciário não é de responsabilidade somente das empresas que trabalham com agentes nocivos. Todos os empregadores possuem o dever de gerar esse formulário e entregar ao trabalhador

quando solicitado, “*independentemente do ramo de atividade da empresa, da exposição a agentes nocivos*”, devendo abranger também informações relativas aos fatores de riscos ergonômicos e mecânicos (art. 266, §1º, IN 77/2015).

Nesse ponto, resta evidente de que a obrigatoriedade do fornecimento do PPP no momento da rescisão do contrato de trabalho vem desde a sua criação, em 01/01/2004, entretanto, há de se considerar que, uma vez que pode servir de prova até mesmo para a concessão de benefícios por incapacidade, auxílio-acidente, o formulário pode também ser fornecido *durante* a manutenção do vínculo empregatício, para fins de comprovação das atividades inerentes ao seu cargo/profissão e a consequente incapacidade laborativa decorrente de doenças ou restrições.

O planejamento e implantação do Perfil Profissiográfico Previdenciário no meio digital, previsto desde a IN 77/2015, é de extrema valia nessa questão, pois a ideia é de que o PPP possa ser acessado pelo empregado da mesma forma como é feito com o CNIS. Destarte, toda a burocracia do requerimento para sua emissão pela empresa poderia ser superada e o trabalhador, com maior facilidade de acesso, poderia se utilizar das informações do PPP sempre que fosse necessário.

Destaque-se que não só os trabalhadores diretamente contratados pela empresa têm direito à emissão do PPP, como também aqueles servidores públicos que prestam serviço para os municípios que são equiparados as empresas cedentes de mão de obra (RIBEIRO, 2018, p. 219).

O Tribunal Federal da 4ª Região tem entendimento jurisprudencial fixado no sentido de que a atividade especial desenvolvida pelo servidor público deve ser comprovada mediante a exposição a agente nocivo na forma exigida na legislação previdenciária aplicável a espécie, devendo ser concedida pelo município, vejamos:

EMENTA:DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ATIVIDADE ESPECIAL.SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL SUBMETIDO A REGIME PRÓPRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. TEMPO ESPECIAL. RECONHECIMENTO. ENFERMEIRA. CONVERSÃO DE TEMPO COMUM EM ESPECIAL. POSSIBILIDADE. 1. O INSS é parte ilegítima para figurar no polo passivo de demanda que objetiva o reconhecimento da especialidade da atividade prestada junto a Município e mediante filiação a regime próprio de previdência.2. Comprovada a exposição do segurado a agente nocivo, na forma exigida pela legislação previdenciária aplicável à espécie, possível reconhecer-se a especialidade da atividade laboral por ele exercida. 3. É devida a conversão do tempo comum em especial se, à data em que prestada a atividade, não havia a vedação trazida pela Lei nº 9.032, de 28-04-1995.4. No caso dos autos, a autora não faz jus à aposentadoria especial, pois não satisfaz os requisitos para a concessão do benefício Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação da autora, negar provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (Apelação n.2008.70.03.003928-0 - 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Data da Decisão: 23/01/2013 – Rel. NEFI CORDEIRO – FONTE: D.E. 31/01/2013)

EMENTA:DIREITO PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL.RUÍDO EPI. TRABALHADORES DA AGROPECUÁRIA; SERVIDOR PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO INSS. IMPLANTAÇÃO DO BENEFÍCIO. CONECTÁRIOS LEGAIS. 1. Até 28-04-1995 é admissível o reconhecimento da especialidade do trabalho por categoria profissional; a partir de 29-04-1995 é necessária a demonstração da efetiva exposição, de forma não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde, por qualquer meio de prova; e a contar de 06-05-1997 a comprovação deve ser feita por formulário-padrão embasado em laudo técnico ou por perícia técnica. 2. Comprovada a exposição do segurado a agente nocivo, na forma exigida pela legislação previdenciária aplicável à espécie, possível reconhecer-se a especialidade do tempo de labor correspondente.3. De acordo com o que restou assentado pelo STJ no julgamento de recurso paradigmático, é a lei do momento da aposentadoria que rege o direito à conversão de tempo comum em especial e de especial em comum, independentemente do regime jurídico existente à época da prestação do serviço (REsp 1.310.034). Assim, após a edição da Lei nº 9.032/95 somente passou a ser possibilitada a conversão de tempo especial em comum, sendo suprimida a hipótese de conversão de tempo comum em especial.4. O reconhecimento da especialidade e o enquadramento da atividade exercida sob condições nocivas são disciplinados pela lei em vigor à época em que efetivamente exercidos, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador. 5Para o reconhecimento de tempo especial em relação a serviço prestado antes de 29/04/1995, data da publicação da Lei nº 9.032/95, não se exige o requisito da permanência, embora seja exigível a demonstração da habitualidade e da intermitência na exposição a agente nocivo à saúde.6. Tratando-se de tempo especial exercido junto a regime próprio de previdência, o reconhecimento do exercício de atividade especial e do direito à conversão em tempo de serviço comum deve-se dar pelo Município. 7. A despeito do artigo 6º, parágrafo 4º, do Decreto nº 89.312/84, que assegura proteção do regime urbano ao empregado de empresa agroindustrial ou agro comercial que presta serviço de natureza exclusivamente rural, exige-se, a partir de 25.11.1971, para auferir toda a gama de benefícios, prova de contribuições ao regime geral.8. Reconhecido o direito da parte, impõe-se a determinação para a imediata implantação do benefício, nos termos do art. 497 do CPC.9. Conectários legais fixados nos termos do decidido pelo STF (Tema 810) e pelo STJ (Tema 905). Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Turma Regional suplementar do Paraná do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e determinar a implantação do benefício, e de ofício, aplicadas, quanto aos conectários legais, as decisões proferidas pelo STF (Tema 810) e STJ (Tema 905), nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. (Apelação Cível n.5011067-61.2011.4.04.7009 – Data da Decisão 20/06/2011. Órgão Julgador 10ª Turma – Rel. LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO).

Nessa seara, o documento essencial, responsável pela confirmação da presença de

atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física é o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, inclusive, cumpre-nos reproduzir excerto de julgamento do STF, divulgado no Informativo de Jurisprudência nº 770, que abordou a matéria, vejamos:

O denominado PPP poderia ser conceituado como documento histórico-laboral do trabalhador, que reuniria, dentre outras informações, dados administrativos, registros ambientais e resultados de monitoração biológica durante todo o período em que ele exercera suas atividades, referências sobre as condições e medidas de controle da saúde ocupacional de todos os trabalhadores, além da comprovação da efetiva exposição dos empregados a agentes nocivos, e eventual neutralização pela utilização de EPI. Seria necessário indicar a atividade exercida pelo trabalhador, o agente nocivo ao qual estaria ele exposto, a intensidade e a concentração do agente, além de exames médicos clínicos [...] (ARE 664335, Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 17.12.2014).

Nesse ponto, destaque-se os dispositivos do Regulamento da Previdência Social, na qual estabelece diretrizes para o fiel cumprimento da Lei Federal nº 8.213/91, acerca da matéria em debate e que impõem ao Município o dever de manter atualizado o PPP de seus funcionários que estejam vinculados ao RGPS, e/ou que sejam servidores públicos efetivos vinculados ao regime próprio de previdência RPPS:

Art. 68. [...]

§ 2º A avaliação qualitativa de riscos e agentes nocivos será comprovada mediante descrição: (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

I - das circunstâncias de exposição ocupacional a determinado agente nocivo ou associação de agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho durante toda a jornada; (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

II - de todas as fontes e possibilidades de liberação dos agentes mencionados no inciso I; e (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

III - dos meios de contato ou exposição dos trabalhadores, as vias de absorção, a intensidade da exposição, a frequência e a duração do contato. (Incluído pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 3º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 4º A presença no ambiente de trabalho, com possibilidade de exposição a ser apurada na forma dos §§ 2º e 3º, de agentes nocivos reconhecidamente cancerígenos em humanos, listados pelo Ministério do Trabalho e Emprego, será suficiente para a comprovação de efetiva exposição do trabalhador. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 5º No laudo técnico referido no § 3º, deverão constar informações

sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva ou individual, e de sua eficácia, e deverá ser elaborado com observância das normas editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e dos procedimentos estabelecidos pelo INSS. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 6º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita às penalidades previstas na legislação. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 7º O INSS estabelecerá os procedimentos para fins de concessão de aposentadoria especial, podendo, se necessário, confirmar as informações contidas nos documentos mencionados nos § 2º e 3º.

§ 8º A empresa deverá elaborar e manter atualizado o perfil profissiográfico do trabalhador, contemplando as atividades desenvolvidas durante o período laboral, documento que a ele deverá ser fornecido, por cópia autêntica, no prazo de trinta dias da rescisão do seu contrato de trabalho, sob pena de sujeição às sanções previstas na legislação aplicável. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 9º Considera-se perfil Profissiográfico, para os efeitos do § 8º, o documento com o histórico-laboral do trabalhador, segundo modelo instituído pelo INSS, que, entre outras informações, deve conter o resultado das avaliações ambientais, o nome dos responsáveis pela monitoração biológica e das avaliações ambientais, os resultados de monitoração biológica e os dados administrativos correspondentes. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

§ 10º O trabalhador ou seu preposto terá acesso às informações prestadas pela empresa sobre o seu perfil Profissiográfico, podendo inclusive solicitar a retificação de informações quando em desacordo com a realidade do ambiente de trabalho, conforme orientação estabelecida em ato do Ministro de Estado da Previdência Social. (Redação dada pelo Decreto nº 8.123, de 2013)

Por outro lado, o tempo de serviço especial é disciplinado pela lei vigente à época em que exercido, isto é, uma vez prestado o serviço, o segurado adquire o direito à sua contagem pela legislação então vigente.

Nessa perspectiva, o art. 70, § 1º do Decreto Federal nº 3.048/99 estabelece que “a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerá ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço.”

Assim, é preciso analisar a legislação vigente ao tempo em que os servidores públicos exerceram suas atividades em favor do respectivo Município.

Na lição do eminente professor Fábio Zambite Ibrahim, o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, é um formulário elaborado pela própria empresa, por meio de seu setor de recursos humanos ou similar; que:



Basicamente irá reproduzir as informações do laudo técnico das condições ambientais do trabalho, no que diz respeito a trabalho determinado. O documento também traz informações adicionais como os afastamentos por acidente de trabalho, porventura existente.

O PPP é documento individual, pois reproduz as informações de interesse somente ao segurado objeto da análise, excluindo-se os demais.

O professor Fabio Zambite, prossegue, em sua obra “Curso de Direito Previdenciário” – 18ª edição, revista, ampliada e atualizada, pag.636/638, nos trazendo informações importantíssimas acerca da responsabilização civil e penal do empregador no caso de demonstrada a negligência com a medicina e segurança do trabalho; e no caso de omissão de conteúdo ou se, se inserir dados falsos, cuja desobediência a tais premissas poderá produzir o enquadramento no tipo penal de falsificação de documento público previsto no art.297, §§ 3º e 4º do CP, e multa, vejamos:

O perfil, por óbvio, deve ser fiel ao laudo técnico, sem omitir conteúdo do mesmo ou inserir dados falsos. A desobediência a tais premissas poderá produzir o enquadramento no tipo penal de falsificação de documento público (art.297, §§ 3º e 4º do CP).

Ainda, a empresa deverá fornecer ao segurado uma cópia deste documento quando da rescisão do contrato de trabalho. O PPP tem a vantagem de propiciar, indiretamente, a melhoria das condições de trabalho dos obreiros, pois o PPP que demonstre a negligência com a medicina e segurança do trabalho poderá gerar a responsabilização civil e penal do empregador.

[...]

Caso a empresa entenda que não exista a exposição ao agente nocivo, ainda assim deverá fornecer o PPP, se solicitado pelo trabalhador, obviamente relatando no documento a inexistência de atividade especial.

[...]

A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus empregados ou que emitir documento e comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeito à multa (art.283 do RPS)

De conformidade com o entendimento do emitente professor acima destacado, é de suma importância que as informações que deverão constar do PPP, elas devem ser verdadeiras, sem omissão de conteúdo e/ou dados falsos, devendo reproduzir as informações contidas no LTCAT, sob pena de incorrer o empregador em multa, responsabilização civil e penal.

Ainda, segundo o professor Zambite, havendo discordância do trabalhador quanto à negativa de exposição a agentes nocivos, poderá o empregado, por meio do seu sindicato ou, ainda, diretamente, solicitar a confecção de novo laudo técnico, confrontando-o com o da empresa. Nesse caso, o INSS, na dúvida, deverá utilizar-se de seus técnicos para conferir ambos os documentos, bem como, para fins de concessão de aposentadoria especial, a perícia médica do INSS ao analisar o formulário elaborado pela empresa e o

laudo técnico, poderá, se necessário, inspecionar o local de trabalho do segurado para confirmar as informações emitidas nos referidos documentos. Convém observar que o INSS, não admite a utilização de laudo técnico solicitado pelo próprio segurado.

O laudo técnico será elaborado com observância das Normas Reguladoras editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego – MTE e demais orientações expedidas pelo Ministério da Previdência Social.

De forma extremamente esclarecedora sobre a evolução legislativa concernente ao tempo de serviço especial trazemos para conhecimento o seguinte excerto do voto do Relator na Apelação/Reexame Necessário nº 5021450-28.2011.404.7000/PR no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

*[...] a) no período de trabalho até 28/04/1995, quando vigente a Lei n.º 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social) e suas alterações e, posteriormente, a Lei n.º 8.213/91 (Lei de Benefícios), em sua redação original (arts. 57 e 58), possível o reconhecimento da especialidade do trabalho quando houver a comprovação do exercício de atividade profissional enquadrável como especial nos decretos regulamentadores e/ou na legislação especial ou quando demonstrada a sujeição do segurado a agentes nocivos por qualquer meio de prova, exceto para ruído, em que necessária sempre a aferição do nível de decibéis (dB) por meio de parecer técnico trazido aos autos, ou simplesmente referido no formulário padrão emitido pela empresa;*

*b) a partir de 29/04/1995, inclusive, foi definitivamente extinto o enquadramento por categoria profissional, de modo que, no interregno **compreendido entre esta data e 05/03/1997**, em que vigentes as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.032/95, no art. 57 da Lei de Benefícios, necessária a demonstração efetiva de exposição, de forma permanente, não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, por qualquer meio de prova, considerando-se suficiente, para tanto, a **apresentação de formulário padrão preenchido pela empresa, sem a exigência de embasamento em laudo técnico**;*

*c) após 06/03/1997, quando vigente o Decreto n.º 2.172/97, que regulamentou as disposições introduzidas no art. 58 da Lei de Benefícios pela Lei n.º 9.528/97, passou-se a exigir, para fins de reconhecimento de tempo de serviço especial, a comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes agressivos **por meio da apresentação de formulário padrão, embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica**. Sinalize-se que é admitida a conversão de tempo especial em comum após maio de 1998, consoante entendimento firmado pelo STJ, em decisão no âmbito de recurso repetitivo, (REsp. n.º 1.151.363/MG, Rel. Min. Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 23/03/2011, DJe 05/04/2011). Essa interpretação das sucessivas normas que regulam o tempo de serviço especial está conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (EDcl no REsp 415.298/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 06/04/2009; AgRg no Ag 1053682/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 08/09/2009; REsp 956.110/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Napo-*

leão Nunes Maia Filho, DJ 22/10/2007; AgRg no REsp 746.102/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 07/12/2009).

É de curial importância ressaltar que a necessidade de formulação do correspondente Perfil Profissiográfico Previdenciário somente surgiu na seara legal no ano de 2004, e que desta forma, não há que se falar *in casu* em desrespeito da legislação previdenciária no caso de ausência de laudo técnico pelas Administrações municipais em períodos anteriores ao surgimento da exigência para tanto; cabendo, pois ao servidor público buscar outros meios de prova para a obtenção de seu direito, como pedir inspeção, perícia, juntada de laudo de ambiente do trabalho, entre outras provas, caso no momento em que exerceu suas funções em favor da correspondente edilidade, não se mostrava necessário a edição de PPP.

Todavia, a própria Administração Pública tem pacificado a matéria com a exigência do LTCAT, somente após a MP nº 1523-10, de 11/10/1996, conforme exposto na Súmula 20 do Conselho de Recursos da Previdência Social. Ainda, a informação de EPI ou EPC no LTCAT somente é exigível após 14/12/98, com base na Portaria MPS nº 5.404/99.

De todos os fundamentos aqui apresentados, é primordial entender que a emissão do Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, visa a proteção dos direitos previdenciários dos servidores públicos junto ao RPPS, cujos princípios é a segurança jurídica e social, a boa-fé, a confiança legítima, e que andam todos de mão dadas em prol de uma justiça social efetiva e plena.

Por essas e outras razões, torna-se necessário que o ente público municipal assegure o fornecimento do Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, a todos os servidores públicos que exerçam suas atividades expostos a agentes nocivos prejudiciais à saúde e a sua integridade física; através de meios técnicos que efetivamente se concretize a contento, visando a traçar o PPP desses servidores, mesmo diante da complexidade de informações que demandam análise técnica e pessoal especializado para preenchimento, exigindo conhecimento da legislação previdenciária, trabalhista e tributária, para conhecer os meandros por trás dos mais de 20(vinte) campos de preenchimento.

É de suma importância colacionar o entendimento de que mesmo diante do não preenchimento pelo servidor público dos requisitos legais para aquisição da aposentadoria especial; poderá o servidor se valer do tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou a integridade física que será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de qualquer benefício (art.57, §5º, da Lei nº 8.213/91; comprovando tais períodos com o PPP, por isso da sua importância no fornecimento pelo ente municipal.

Cabe aqui destacar a Nota Técnica nº 792/2021, que organiza a aplicação do TEMA 942 do STF, concluindo que é válida a aplicação das regras do RGPS/INSS, para a conversão do tempo especial do servidor de período trabalhado até 13/11/2019 em atividades exercidas sob condições especiais, nocivas à saúde ou a integridade física. Nesse caso os fatores de conversão são os mesmos do RGPS (art.70 do Decreto nº 3.048/1999). E que após 13/11/2019, o direito à conversão do tempo especial deve

observar a legislação de cada Ente Federativo.

Com a entrada em vigor da EC nº 103/201 há vedação da conversão em relação ao tempo de RGPS e do RPPS da União. Posto que o direito à conversão do tempo comum do tempo especial exercido até 13/11/2019 se aplica para fins de contagem recíproca entre os diversos regimes de previdência social (CTC).

Nesse caso, deverá ser mantido o procedimento de emissão de CTC com o reconhecimento de tempo especial pelo regime de origem, mas sem conversão em tempo comum, nos termos do inciso IX do art.96 da Lei nº 8.213/1991, cabendo ao Regime instituidor efetuar a conversão quando cabível.

As orientações valem para servidores públicos da União, Estados e Municípios. As informações da Portaria emitida pela Previdência Social, pode ser acessada no endereço seguinte: [https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/legislacao-dos-rpps/notas/nt-792\\_6178-conversao-de-tempo-especial.pdf](https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/legislacao-dos-rpps/notas/nt-792_6178-conversao-de-tempo-especial.pdf).

A tese ora proposta visa que os servidores públicos que exerçam suas funções tendo contato efetivo com agentes nocivos prejudiciais à sua saúde e a sua integridade física, se conscientizem e exijam dos entes públicos municipais o cumprimento da lei, no tocante a equiparação dos municípios a empresa, fornecendo ao servidor o PPP, por ser um documento laboral de grande relevância para aquisição de seus direitos, inclusive em caso de negativa, sejam responsabilizados civil e penal, além do pagamento de multa; bem como visando que os entes públicos municipais concretizem ações por meios técnicos legais, e pessoal especializado para preenchimento correto do PPP, exigindo conhecimento da legislação previdenciária, trabalhista e tributária, tendo em vista que há uma complexidade de informações que demandam análise técnica específica, para conhecer os meandros por trás dos mais de 20(vinte) campos de preenchimento; considerando-se que os entes públicos municipais estão desprovidos exatamente desse arcabouço, e a maioria dos municípios não tem conhecimento da existência desse documento laboral/histórico tão importante para o servidor público que laboram expostos a agentes nocivos prejudiciais à saúde e a sua integridade física, e que necessitam desse documento laboral para aquisição dos seus direitos.

O município deverá urgentemente implantar no setor de recursos humanos a obrigatoriedade do fornecimento do Perfil Profissiográfico previdenciário - PPP, conforme determinado na lei; e dar suporte legal previdenciário nos casos de aposentadoria especial e/ou para concessão de outros benefícios, bem como para conversão de tempo de especial para somar-se ao tempo comum, a fim de realizar-se uma justiça social efetiva e plena, para os servidores públicos que labutam diariamente na seara pública.

## **METODOLOGIA**

A metodologia deste trabalho é composta por um estudo documental bibliográfico, de caráter qualitativo descritivo.

Destaque-se que o caráter qualitativo consiste na descrição e interpretação de determinado fenômeno, sem foco estatístico.

Conforme Gerhardt e Silveira (2009), a pesquisa bibliográfica é constituída pela utilização de material já elaborado, basicamente livros e artigos científicos.

Posto que a pesquisa documental recorre a fontes mais diversificadas e dispersas,

sem tratamento analítico, como tabelas estatísticas, jornais revistas, relatórios, documentos oficiais, cartas, filmes, fotografias, pinturas, jurisprudências dos Tribunais, etc.

Utilizamos como instrumento para a coleta de dados, as legislações vigentes acerca do tema, trabalhos de autores diversificados, livros de assuntos Previdenciários e Trabalhistas.

Apesar das limitações em coletar informações devido aos poucos estudos científicos que tratam sobre o tema abrangido, o dados obtidos foram analisados e interpretados com o intuito de colocar em evidência os principais impactos sofridos pelos servidores públicos que laboram tendo contato efetivo com agentes nocivos prejudiciais à sua saúde e a sua integridade física, e não recebem da municipalidade, embora obrigados, o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, cuja ausência do documento laboral restringem direitos, causando prejuízos imensuráveis quando da necessidade de obtenção do benefícios previdenciários.

Ademais a modalidade de pesquisa aqui apresentada se faz importante para a corroboração de estudos acadêmicos e auxílio profissional aos municípios que lidam na área de expedição do PPP, uma vez que o presente trabalho poderá ser utilizado como fonte de pesquisa e conhecimento.

## RESULTADOS E DISCUSSÃO

É de conhecimento dos estudiosos previdenciarista que a emissão do Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, deve ser realizada pelos municípios aos servidores públicos quando estes mantêm contato efetivo com agentes nocivos prejudiciais à sua saúde e a sua integridade física; mas que em face da ausência de conhecimento por parte dos que labutam na seara administrativa, e muitas vezes por desconhecimento da própria legislação, além da complexidade do documento chamado PPP, negligenciam deixando os servidores públicos a própria sorte, esquecendo-se que podem ser responsabilizados civil e penalmente, além do pagamento de multa.

Um dos notáveis problemas emblemáticos que nos deparamos no dia a dia é exatamente a busca de servidores públicos que exercem suas funções tendo contato efetivo com agentes nocivos prejudiciais à sua saúde e a sua integridade física; e quando necessitam ter concedidos um benefício e/ou a própria aposentadoria especial junto RPPS, não conseguem, devido os entes públicos não traçarem o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, dos seus servidores, e estes acabam prejudicados nos seus direitos, que inclusive trabalham por mais tempo até a concessão de uma aposentadoria por tempo de contribuição, quando poderia se aposentar com 15 (quinze), 20(vinte) ou 25(vinte e cinco) anos de contribuição, um dos requisitos da aposentadoria especial.

A rotina e a cultura desses profissionais que trabalham nos departamentos administrativos dos municípios precisam ser repensadas, orientadas, instruídas, para que, assim, possam emitir, gerar com precisão o documentos laboral do servidor público, no caso o Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, seguindo as leis vigentes e dentro dos prazos legais, evitando, destarte, prejuízos imensuráveis aos servidores públicos que laboram expostos a agentes nocivos e prejudiciais à saúde.

## CONCLUSÃO

De todo o exposto, registre-se que não há dúvida de que os servidores públicos efetivos necessitam obrigatoriamente de um Perfil Profissiográfico Previdenciário - PPP, especificamente aqueles que exercem suas funções tendo contato efetivo com agentes nocivos prejudiciais à sua saúde e a sua integridade física.

Os Municípios são equiparados a empresa para todos os fins previdenciários, de sorte que são obrigados ao recolhimento da respectiva contribuição previdenciária, como também a leitura e cumprimento de toda a legislação previdenciária, trabalhista e tributária.

Nas hipóteses que o servidor público efetivo mantém contato efetivo e intermitente com agentes nocivos à saúde ou à integridade física, este segurado faz jus à aposentadoria especial, que possibilita a aposentação após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição.

Com o intuito de demonstrar a exposição aos agentes prejudiciais, a legislação previdenciária impõe a obrigação de as empresas manterem o perfil Profissiográfico Previdenciário atualizado com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, inclusive no que toca aos Municípios.

À luz do enunciado sumular 359 da Excelsa Corte, o direito previdenciário é regido pela legislação vigente ao tempo do correspondente ato.

Somente com a vigência do Decreto n.º 2.172/97, que regulamentou o art. 58 da Lei de Benefícios, alterado pela Lei n.º 9.528/97, o que ocorreu em 06/03/1997, surgiu a efetiva obrigação de manutenção do citado instrumento de comprovação da efetiva sujeição do segurado a agentes agressivos.

Destaque-se que os servidores públicos, apesar de estarem expostos a agentes nocivos, não possuíam qualquer proteção previdenciária que lhes garantisse a possibilidade de se aposentarem com tempo de trabalho diferenciado dos demais, sem que discutissem seu direito com o ente previdenciário ou ingressem com ação judicial.

As regras do RPPS são as mesmas do RGPS no que tange ao enquadramentos e procedimentos da aposentadoria especial, posto que a Instrução Normativa MPS/SPS n.1, de 22.07.2010, republicada com alterações trazidas pela Instrução Normativa MPS/SPS n.3/2014, após a Súmula Vinculante 33, traz as regras que regulamentam esse benefício aos servidores expostos a agentes nocivos à saúde, devendo, pois, os entes públicos concretizarem os direitos dos servidores públicos de forma a garantir uma sociedade mais justa e solidária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 02 dez. 2022.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm). Acesso em: 02 dez. 2022.

BRASIL. **Lei 2.378, de 29 de dezembro de 1992**. Disponível em: [http://www.previni.com.br/site/images/legislacao/lei\\_m\\_%202378.pdf](http://www.previni.com.br/site/images/legislacao/lei_m_%202378.pdf). Acesso em 02 de dezembro de 2022.

BRAMANTE, Adriane. **Aposentadoria Especial no Regime próprio de Previdência Social**. LuJur, 2022.

BRAMANTE, Adriane. **Aposentadoria Especial**. Dissecando o PPP, de acordo com a EC 103/2019. São Paulo: LuJur, 2020.<sup>2</sup>

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

IBRAHIM, Fábio Zanbitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo. **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

IBRAHIM, FÁBIO ZAMBITE. **Curso de direito previdenciário**. 18. ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2013

Recebido em: 02 mar. 2023      Aceito em: 27 mar. 2023

## **BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO RPPS: TEMA 445 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MARCO INICIAL DOS INSTITUTOS DA DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO**

Nilvana Monteiro Sampaio Ximenes<sup>1</sup>

### **Resumo**

A Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Tribunais de Contas a legitimidade de apreciar a legalidade da concessão dos benefícios previdenciários. O ato de concessão de benefícios previdenciários é considerado um ato complexo, não se exaurindo com a emissão do ato de aposentadoria, devendo em observância a Constituição Federal, ser encaminhado ao Tribunal de Contas para apreciação da legalidade, e a morosidade nessa apreciação causava insegurança jurídica aos interessados. Neste artigo, procurou-se tratar dos institutos da prescrição, prescrição do fundo de direito, decadência a luz do Tema 445 do Supremo Tribunal Federal, vez que na prática muitos profissionais, servidores e dependentes não possuem o conhecimento do marco inicial desses institutos. Questão essa comum por entenderem que o marco inicial para o servidor/dependente e administração pública seria a data de homologação do ato pelo Tribunal de Contas. Conforme aqui demonstrado, além da prescrição e da decadência, alguns Tribunais aplicam a prescrição do fundo de direito na concessão de benefício previdenciário, pensão por morte, por exemplo, ainda que esse entendimento já tenha sido afastado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 6.096, vez que de forma clara se posicionou no sentido de que não existe prazo decadencial para concessão de benefício, mas sim para sua revisão.

**Palavras-chave:** Benefícios previdenciários; Decadência; Prescrição e RPPS.

## **SOCIAL SECURITY BENEFITS IN THE RPPS: THEME 445 OF THE FEDERAL SUPREME COURT AND THE INITIAL FRAMEWORK OF THE INSTITUTES OF DECADENCE AND PRESCRIPTION**

### **Abstract**

The Federal Constitution of 1988 assigned to the Audit Courts the family to assess the legality of granting social security benefits. The act of granting social security benefits is considered a complex act, not exhausted with the issuance of the retirement act, and in compliance with the Federal Constitution, it must be sent to the Court of Auditors for legal reasons, and the delay in this caused legal invalidity to the interested. In this article, we tried to deal with the institutes of prescription, prescription of the fund of

<sup>1</sup> Pós – graduanda em Regime Próprio de Previdência Social e Direito Previdenciário Militar pelo Instituto de Estudos Previdenciários, Pós – graduanda em Gestão Pública e Direito Administrativo pela Escola Mineira de Direito, Pós – graduada em Processo Civil pela UNIDERP, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará, Gestora do RPPS de Marabá – PA, Certificada pela ANBIMA CPA – 10, Ex – assessora jurídica do RPPS de Marabá – PA. Endereço eletrônico: nilvanasampaio@hotmail.com.



law, decadence in the light of Theme 445 of the Federal Supreme Court, since in practice many professionals, servants and dependents do not have knowledge of the initial milestone of these institutes. This issue is common because they understand that the initial milestone for the servant/dependent and public administration would be the date of ratification of the act by the Court of Auditors. As shown here, in addition to prescription and decay, some Courts apply the prescription of the fund of law in the granting of social security benefits, pension for death, for example, even though this understanding has already been accepted by the Federal Supreme Court in the judgment of Direct Action of Unconstitutionality 6.096, since it clearly positioned itself in the sense that there is no statute of limitations for granting a benefit, but for its revision.

**Keywords:** Social security benefits; Decadence; Prescription and RPPS.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Tribunais de Contas a legitimidade de apreciar a legalidade da concessão dos benefícios previdenciários. Durante anos, os processos de concessão de benefícios eram enviados para os Tribunais de Contas, sem que as partes (órgãos previdenciários, servidores/dependentes) tivessem uma previsão de quando o processo seria analisado e o ato registrado junto ao Tribunal de Contas competente.

O ato de concessão de benefícios previdenciários é considerado um ato complexo, não se exaurindo com a emissão do ato de aposentadoria, devendo em observância a Constituição Federal, ser encaminhado ao Tribunal de Contas para apreciação da legalidade, e a morosidade nessa apreciação causava insegurança jurídica aos interessados.

O que somente foi resolvido em 19 de fevereiro de 2020, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou o Tema 445 de repercussão geral, no julgamento do RE n.º 636553, fixando entendimento de que os Tribunais de Contas têm o prazo de 05 anos contados do recebimento do processo para análise de sua legalidade, findo esse prazo sem a devida apreciação, o registro será tácito.

O registro tácito faz com o que o mérito não seja analisado, possibilitando que muitos atos praticados em desrespeito ao estabelecido na Constituição Federal deixem de ser analisado, desta forma o presente artigo tem por objetivo esclarecer sobre a possibilidade de a própria administração pública rever o ato praticado em confronto com a Constituição Federal mesmo após o registro tácito emitido pelo Tribunal de Contas, bem como esclarecer qual o marco inicial da contagem do prazo dos institutos da decadência e da prescrição nos benefícios previdenciários concedidos pelo regime próprio de previdência social.

## 2 DISTINÇÃO ENTRE PRESCRIÇÃO, PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO E DECADÊNCIA

A prescrição é a perda do direito de ação em relação a uma obrigação não cumprida.

No direito previdenciário, geralmente, a prescrição é quinquenal, em observância ao que dispõe o Decreto n.º 20.910, de 06 de janeiro de 1932, que regula a prescrição quinquenal, estabelecendo em seu artigo 1º que:

Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

De acordo com o artigo 2º do mesmo Decreto, prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem, ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que quando a pretensão do servidor envolve o reconhecimento de nova situação jurídica fundamental e não os simples consectários de posição jurídica já definida, tratando o enquadramento ou reenquadramento do servidor de ato único, de efeitos concretos, que não reflete relação de trato sucessivo, **a prescrição atinge o próprio fundo de direito**, sendo inaplicável o disposto na Súmula 85/STJ.(REsp 1.656.458/PR, 2ª Turma, Min. Herman Benjamin, p. 25.05.2017)<sup>2</sup>

A prescrição do fundo de direito é a perda do direito em razão da omissão da prática de determinado ato a partir de um fato gerador, ou seja, existe expressa manifestação da Administração Pública rejeitando ou negando o pedido, devendo o interessado postular a ação cabível no prazo de 05 (cinco) anos a contar da vigência do ato, no entanto, quando esse prazo não é observado, ocorre a prescrição do próprio fundo de direito.

A Súmula n.º 85 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

O julgado abaixo transcrito do Superior Tribunal de Justiça com clareza dispõe sobre a prescrição do fundo de direito:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROGRESSÃO FUNCIONAL. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DO DIREITO RECLAMADO. INEXISTÊNCIA DE ATO OU LEI DE EFEITO CONCRETO SUPRIMINDO A VANTAGEM. RE-

<sup>2</sup> Precedentes: EResp 1.449.497/PE, DJe. 03.09.2015; EResp 1.428.364/PE, DJe. 19.04.2016; AgR no AgR no REsp 1.422.643/PE, DJe. 24.03.2014; AgRg no REsp 1.360.762/SC, DJe 25.09.2013.

LAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. 1. A jurisprudência do STJ é sentido de que, em se tratando de ato omissivo, como o não pagamento de vantagem pecuniária assegurada por lei, não havendo negativa expressa da administração pública, incongruente prescrição de fundo de direito, uma vez caracterizada a relação de trato sucessivo, que se renova mês a mês, consoante a Súmula 85/STJ, in verbis: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, não ocorre a prescrição do fundo de direito, mas tão somente das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu à propositura da ação”. 2. A prescrição de fundo de direito configura-se quando há expressa manifestação da Administração Pública rejeitando ou negando o pedido ou em casos de existência de lei ou ato normativo de efeitos concretos que suprime direito ou vantagem, situação em que a ação respectiva deve ser ajuizada no prazo de cinco anos, a contar da vigência do ato, sob pena de prescrever o próprio fundo de direito, conforme teor do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Inexistindo negativa expressa do direito pleiteado, afasta-se a prescrição de fundo de direito, no caso. 3. Recurso Especial provido.(STJ - REsp: 1738915 MG 2018/0102077-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 03/03/2020, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2020)<sup>3</sup>

A prescrição do fundo de direito vem sendo aplicada por alguns Tribunais Estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do direito previdenciário, especialmente, nos casos de concessão por morte para dependentes de servidores públicos.

PROCESSO CIVIL. PENSÃO POR MORTE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES ATÍPICOS, CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL DO DIREITO DE AÇÃO. PEDIDO ADMINISTRATIVO FORMULADO QUANDO JÁ OPERADA A PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. OCORRÊNCIA. MATÉRIA PACIFICADA NO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO. I - Trata-se de ação em que busca o recorrente desconstituir acórdão que reconheceu a prescrição do fundo de direito, bem como que considerou possível conceder efeitos infringentes nos aclaratórios por evidenciar erro material em acórdão recorrido. II - Conforme jurisprudência consolidada nesta Corte, é possível a concessão de efeitos infringentes atípicos aos aclaratórios no caso em que a decisão embargada padecer de defeito gravíssimo. III - Nesse sentido, verifica-se que o acórdão do Tribunal de origem não padeceu de nenhum vício quando reformou o julgado, em sede de embargos declaratórios, visto que corrigiu contradição gerada por erro material em análise do conjunto probatório dos autos. IV - A existência de jurisprudência dominante desta Corte Superior sobre a matéria autoriza o improvimento do recurso especial por meio de decisão monocrática, estando o princípio da colegialidade “[...] preservado ante

<sup>3</sup> <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/855189934>

a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados. Precedentes.”( AgInt no REsp 1.336.037/RS, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 1º/12/2016, DJe 6/2/2017), nos termos do enunciado n. 568 da Súmula do STJ e do art. 255, § 4º, do RISTJ, c/c o art. 932, inciso VIII, do Código de Processo Civil de 2015. V - De outro modo, **a prescrição atinge o próprio direito de ação, quando decorridos mais de 5 (cinco) anos entre a morte do instituidor da pensão, servidor público estadual, e o ajuizamento da ação em que se postula o reconhecimento do benefício da pensão por morte, o que ocorreu in casu.** VI - A parte agravante não comprova a necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, razão pela qual não há como se prover o agravo interno. VII - Agravo interno improvido.(STJ - AgInt no REsp: 1614600 RS 2016/0187066-0, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 01/03/2018, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/03/2018) (grifo nosso)<sup>4</sup>

PROCESSUAL CIVIL . ADMINISTRATIVO . AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL . SERVIDOR PÚBLICO . APOSENTADORIA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ . 1 . O aresto impugnado encontra -se em consonância com a jurisprudência deste Superior Tribunal, que consagrou entendimento segundo o qual ocorre prescrição do fundo de direito se decorrido mais de cinco anos entre o ato de aposentadoria e o ajuizamento da ação que pretende a sua modificação . 2 . Agravo interno a que se nega provimento . (AgInt no Resp 1722865 , Min . Sérgio Kukina , 1ª T. , Dje 18 /05 /2018 )

Tem entendido que o interessado não terá o direito ao benefício da pensão por ter deixado transcorrer o prazo de 05 (cinco) anos, sem postulá-la. Nesse caso, ocorre o indeferimento da própria pensão, não se confundindo com a hipótese da pensão já ter sido concedida e o beneficiário requer o pagamento de eventuais diferenças, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. PAGAMENTO DE DIFERENÇAS. LEI N. 8.686/1993. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESIVO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INAPLICABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFRONTO COM AJURISPRUDÊNCIA DO STJ. I - Na origem, trata-se de ação ajuizada por Viviane Habigzang contra a União e o INSS objetivando o pagamento de diferenças da pensão recebida com base no reajustamento da Lei n. 8.686/1993, além de indenização por danos morais. Na sentença, julgaram-se parcialmente procedentes os pedidos para condenar o INSS a revisar o benefício de Pensão Especial com o seu valor multiplicado pelo fator 4, com atrasados

<sup>4</sup> <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/554473424>

devidos desde a data do requerimento administrativo e condenar a União a conceder a indenização por danos morais no valor de R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil reais). No Tribunal a quo, a sentença foi reformada para julgar improcedentes os pedidos. Esta Corte conheceu do agravado para dar provimento ao recurso especial e afastar a prescrição do fundo de direito, reconhecendo apenas a prescrição das parcelas vencidas anteriores ao quinquênio que antecedeu ao ajuizamento da ação. II - **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que em se tratando de revisão de benefício, com prestações de trato sucessivo, a prescrição não atinge o próprio fundo do direito, mas apenas as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que antecede o ajuizamento da ação.** Sobre o assunto confirmam-se: ( AgInt no AREsp 1.773.095/SC, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14/6/2021, DJe 3/8/2021 e AgInt no REsp 1.909.740/DF, relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 30/8/2021, DJe 2/9/2021.) II I - Agravo interno improvido.(STJ - AgInt no AREsp: 1841359 RJ 2021/0047126-9, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 11/04/2022, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2022)<sup>5</sup> (Grifo nosso)

Diante da aplicação desse entendimento, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que inexistente prazo a ser observado em requerimento inicial para concessão do benefício, preservando-se o fundo do direito.

No julgamento da ADI 6.096, o Ministro Fachin pontuou que o Supremo Tribunal Federal já admitiu prazo decadencial para revisão de ato concessório, porém admitir para fins de incidência de negativa ou cancelamento de benefício contraria a Constituição Federal.

Neste viés, não há que se falar em prescrição do direito ao benefício, mas sim da prescrição quinquenal, pois o benefício é um direito fundamental social, que possui a característica de imprescritibilidade.

A decadência, nos ensinamentos do Professor Ivan Kertzman, “visa à segurança jurídica nos negócios jurídicos, tendo sido concebida com o fim de restringir o exercício de direito por quem o possui, a certo lapso de tempo”.

Conforme entendimento exposto no julgamento da ADI 6.096 é permitida a aplicação da decadência para revisão do benefício. Desta forma, haverá segurança jurídica tanto para o segurado quanto para o regime de previdência.

### **3 A APLICAÇÃO DO ARTIGO 103 DA LEI N.º 8.213/91 NOS REGIMES PRÓPRIOS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

É cediço para os atuantes na área do direito previdenciário voltado para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS de que o prazo decadencial para o segurado requerer a revisão do ato de concessão do benefício é de 10 (dez) anos, nos termos do artigo 103 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991.

<sup>5</sup> <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1482581493>

No âmbito dos regimes próprios de previdência social – RPPS não há uma lei geral que trate sobre a decadência para o servidor público rever seu ato de aposentadoria ou de pensão, no caso dos dependentes.

É sabido que os regimes próprios de previdência social – RPPS gozam de autonomia legal e constitucional e com a EC n.º 103, de 12 de novembro de 2019, as regras de aposentadoria foram desconstitucionalizadas, no entanto, o artigo 40, §12, da Constituição Federal prevê que “além do disposto neste artigo, serão observados, em regime próprio de previdência social, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o Regime Geral de Previdência Social”.

O dispositivo constitucional poderia trazer interpretação de que caberia a aplicação do prazo decadencial utilizado no âmbito do RGPS para o RPPS, no entanto, o fato de inexistir previsão legal de abrangência nacional não impede que a lei do próprio ente estabeleça um prazo decadencial para que o servidor ou dependente requeiram a revisão do ato.

A exemplo do artigo 88 da Lei Previdenciária do Município de Marabá – PA, n.º 17.756, de 20 de dezembro de 2016, que dispõe ser de “05 (cinco) anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão o ato inicial de benefício previdenciário, a contar de sua concessão”.

Desta forma, a aplicação subsidiária do artigo 103 – A da Lei n.º 8.213/91 só poderá ser aplicada no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social quando a lei do ente for omissa em relação a esse prazo.

#### **4 TEMA 445 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O MARCO INICIAL DOS INSTITUTOS DA DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 atribuiu aos Tribunais de Contas a legitimidade de apreciar a legalidade da concessão dos benefícios previdenciários. Durante anos, os processos de concessão de benefícios eram enviados para os Tribunais de Contas, sem que os órgãos previdenciários tivessem uma previsão de quando o processo seria analisado e obteria o registro do ato junto ao Tribunal de Contas competente.

O inciso III do artigo 71 da Constituição Federal determina que o Tribunal de Contas exerce o controle externo, auxiliando o Congresso Nacional para fins de apreciar, para fins de registro as concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

No processo de concessão do benefício, temos dois atos distintos, o primeiro é a concessão do benefício pelo órgão de pessoal e o segundo o ato de homologação no Tribunal de Contas da União, dos Estados e dos Municípios (São Paulo e Rio de Janeiro).

O ato de concessão de benefícios previdenciários é considerado um ato complexo, não se exaurindo com a emissão do ato de aposentadoria, devendo em observância a Constituição Federal, ser encaminhado ao Tribunal de Contas para apreciação da legalidade e a morosidade nessa apreciação causava insegurança jurídica aos interessados e a própria administração pública, vez que também tem interesse em obter a homologação dos benefícios e assim iniciar o processo para compensação previdenciária, que é uma das fontes de receita do RPPS.

O Supremo Tribunal Federal por diversas vezes julgou que o ato de aposentadoria

é complexo, conforme pode ser verificado através de alguns julgados, como por exemplo: MS 33669, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, Dje 01.02.2018, MS 34695, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Dje 13.12.2017 e MS 26132, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, Dje 01.12.2016.

Ato simples é o emitido por um órgão, ato complexo quando há manifestação de dois órgãos diferentes, no caso de benefícios previdenciários, o órgão concessor é o regime de previdência e o órgão de registro é o Tribunal de Contas, e ato composto quando há manifestação do mesmo órgão por unidades diferentes.

Antes do Supremo Tribunal Federal proferir a decisão no RE 636.553/RS, com repercussão geral do Tema 445, existiam precedentes, oscilantes, no sentido de que a decadência prevista no artigo 54 da Lei n.º 9.784/99 era a partir do ato de registro no Tribunal de Contas, então, a administração pública só poderia anular uma concessão de aposentadoria se estivesse no quinquídio a partir do ato de registro.

Entendimento divergente esposado no MS 31823, Rel. Min. Marco Aurélio, J em 29/03/2016, de que nem se aplica a decadência quando se tratar de aposentadoria, ou seja, poderia ser anulada a qualquer momento:

DECADÊNCIA – ATO ADMINISTRATIVO – DESFAZIMENTO – APOSENTADORIA – INADEQUAÇÃO. O disposto no artigo 54 da Lei nº 9.784/99, a revelar prazo de decadência para a Administração Pública rever os próprios atos, por pressupor situação jurídica constituída, não se aplica à aposentadoria, no que reclama atos sequenciais.

Outro entendimento seria da data de chegada do processo no Tribunal de Contas, o processo era deferido pelo órgão concessor e encaminhado para registro no Tribunal de Contas, da data de chegada começava a fluir o prazo de decadência, conforme julgado abaixo:

Mandado de Segurança. 2. Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União (TCU). Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Controle externo de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Inaplicabilidade ao caso da decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99. 4. Negativa de registro de aposentadoria julgada ilegal pelo TCU. **Decisão proferida após mais de 5 (cinco) anos da chegada do processo administrativo ao TCU e após mais de 10 (dez) anos da concessão da aposentadoria pelo órgão de origem.** Princípio da segurança jurídica (confiança legítima). Garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exigência. 5. Concessão parcial da segurança. I – **Nos termos dos precedentes firmados pelo Plenário desta Corte, não se opera a decadência prevista no art. 54 da Lei 9.784/99 no período compreendido entre o ato administrativo concessivo de aposentadoria ou pensão e o posterior julgamento de sua legalidade e registro pelo Tribunal de Contas da União – que consubstancia o exercício da competência constitucional de controle externo (art. 71, III, CF).** II – A recente jurisprudência consolidada do STF passou a se manifestar no sentido de exigir que o TCU assegure a ampla defe-

sa e o contraditório nos casos em que o controle externo de legalidade exercido pela Corte de Contas, para registro de aposentadorias e pensões, ultrapassar o prazo de cinco anos, sob pena de ofensa ao princípio da confiança – face subjetiva do princípio da segurança jurídica. Precedentes. III – Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para julgamento da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas. IV – Concessão parcial da segurança para anular o acórdão impugnado e determinar ao TCU que assegure ao impetrante o direito ao contraditório e à ampla defesa no processo administrativo de julgamento da legalidade e registro de sua aposentadoria, assim como para determinar a não devolução das quantias já recebidas. V – Vencidas (i) a tese que concedia integralmente a segurança (por reconhecer a decadência) e (ii) a tese que concedia parcialmente a segurança apenas para dispensar a devolução das importâncias pretéritas recebidas, na forma do que dispõe a Súmula 106 do TCU.(STF - MS: 24781 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 02/03/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-110 DIVULG 08-06-2011 PUBLIC 09-06-2011 EMENT VOL-02540-01 PP-00018) (Grifo nosso)<sup>6</sup>

As decisões oscilantes geravam muitas dúvidas sobre o marco inicial do prazo decadencial para a Administração Pública, pois apesar de desfrutar do princípio da autotutela, não se pode deixar de observar os princípios da segurança jurídica, da confiança e da boa-fé.

O princípio da proteção da confiança tem como elemento primordial a boa-fé na relação jurídica entre o ente federativo e o segurado. Nesse sentido, o princípio da proteção da confiança previdenciário tem o condão de efetivar as expectativas dos segurados em garantir a previdência social viabilizando o atingimento de benefícios, dentro de uma diretriz razoável e previamente firmada entre as partes. Vedando, portanto, o retrocesso da norma jurídica.

Segurança jurídica como elemento essencial da existência do Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de José Afonso da Silva, “a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída” (SILVA, J., 2006, p. 133, *apud* DI PIETRO, 2019).<sup>7</sup>

<sup>6</sup> <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/19735062>

<sup>7</sup> <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>



Nos ensinamentos dos autores Magadar Briguet, Victorino e Miguel Horvath Júnior:

Os atos concessivos de aposentadoria e pensão, em razão dos atributos de legitimidade e veracidade, geram para os beneficiários confiança e certeza na situação jurídica. Se assim não fosse haveria uma eterna desconfiança a permear a relação entre beneficiário e o órgão concedente (HORVATH JÚNIOR; BRIGUET; VICTORINO, 2007).

Posteriormente, por força da Súmula Vinculante n.º 3 que assegura o contraditório e a ampla defesa quando da decisão resultasse anulação ou revogação do ato administrativo, os Tribunais de Contas passaram a ser obrigados a garantir o contraditório e ampla defesa quando não analisassem a legalidade do ato no prazo de 05 (cinco) anos a contar da data de entrada no Tribunal de Contas.

Súmula Vinculante n.º3: Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.<sup>8</sup>

Mesmo assegurando o contraditório e a ampla defesa nos termos da Súmula Vinculante n.º 3, a situação não gerava segurança jurídica para os servidores/ dependentes e nem para a administração pública, pois ainda pendente a solução para o questionamento do prazo para o Tribunal de Contas exercer a análise da legalidade do ato.

O que só veio a ser solucionado com o julgamento pelo STF do tema 445 que definiu a seguinte tese:

Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas.<sup>9</sup>

Os autores Magadar Briguet e Sebastião Brito ressaltam que o prazo de 05 (cinco) anos da data de entrada no Tribunal de Contas, não se confunde com o prazo de 05 (cinco) anos, nos termos do artigo 54 da Lei n.º 9.784/99 ou na forma que estabelecer a lei do ente, para a administração rever o ato. Vejamos:

Observe-se que esse prazo não se confunde com o prazo decadencial de 05 (cinco) anos, a contar do registro do ato, tácito ou expresso, pelo Tribunal de

<sup>8</sup> <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula739/false>

<sup>9</sup> <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4043019&numeroProcesso=636553&classeProcesso=RE&numeroTema=445>

Contas, para que se proceda à sua revisão com fundamento no art. 54 da Lei n.º 9.784, de 1999, que permanece aplicável, ou, no caso dos demais entes federativos, no dispositivo que contemple o respectivo prazo decadencial (BRIGUET; BRITO, 2021).

O Tribunal de Contas deve apreciar a legalidade do ato no prazo de 05 (cinco) anos a contar da data de entrada na Corte, caso ultrapassado esse prazo, o registro do ato será tácito, o que não impede a Administração Pública de rever seus atos, vez que para ela o prazo decadencial inicia com a homologação pelo Tribunal de Contas.

Importante frisar que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de não prevalecer a inconstitucionalidade em razão de decurso do tempo, ou seja, ainda que transcorrido o prazo para a Administração Pública rever seus atos, detectada inconstitucionalidade, o ato deverá ser revisto com base no prevalecimento do princípio da legalidade.

## 5 CONCLUSÃO

Neste artigo, procurou-se tratar dos institutos da prescrição, prescrição do fundo de direito, decadência a luz do Tema 445 do Supremo Tribunal Federal, vez que na prática muitos profissionais, servidores e dependentes não possuem o conhecimento do marco inicial desses institutos.

Infelizmente há caso de servidores/dependentes que são prejudicados em suas pretensões por não conhecerem ou serem orientados de forma equivocada quanto ao momento de pedir a revisão do ato, por exemplo, o que os leva a perder prazo. Questão essa comum por entenderem que o marco inicial para o servidor/dependente e administração pública seria a data de homologação do ato pelo Tribunal de Contas.

Conforme aqui demonstrado, além da prescrição e da decadência, alguns Tribunais aplicam a prescrição do fundo de direito na concessão de benefício previdenciário, pensão por morte, por exemplo, ainda que esse entendimento já tenha sido afastado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 6.096, vez que de forma clara se posicionou no sentido de que não existe prazo decadencial para concessão de benefício, mas sim para sua revisão.

Diante de todo o exposto nítido que o marco inicial do prazo prescricional para o servidor e seus dependentes é diferente do prazo decadencial aplicado para a administração pública, uma vez que para os servidores/dependentes é do ato da concessão e para a Administração Pública, a partir do ato de homologação do Tribunal de Contas, assim julgado no Tema 445 do STF.

Importante frisar que a homologação tácita que ocorre quando o Tribunal de Contas não aprecia a legalidade no prazo de 05 (cinco) anos da data de entrada na Corte, não impede a revisão do ato pela Administração Pública, que mesmo após o esgotamento do prazo decadencial, detectando inconstitucionalidade deve rever o ato, prevalecendo o princípio da legalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRIGUET, Magador Rosália Costa; BRITO, Sebastião. **Regimes Próprios**: aspectos relevante. São Bernardo do Campo: 2021, v. 15.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O STJ e o princípio da segurança jurídica**. 14 maio 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/302189/o-stj-e-o-principio-da-seguranca-juridica>. Acesso em: 12 dez. 2022

FERRAZ, Luciano. Tema 445 do STF aposentou as controvérsias sobre o ato de aposentadoria? **Consultor Jurídico**, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-12/interesse-publico-tema-445-stf-aposentou-controversias-aposentadoria>. Acesso em: 24 set. 2022.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. BRIGUET, Magador Rosália Costa; VICTORINO, Maria Christina Lopes. **Previdência Social**: aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios. São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Rubens Lisboa. **Previdência de A a Z**. Leme: Cronus, 2016.

VALENTE, Fernanda. Natureza imprescritível. STF afasta prazo decadencial para buscar benefício previdenciário cancelado. **Consultor Jurídico**, 13 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-13/stf-afasta-prazo-decadencial-beneficioprevidenciario-cancelado>. Acesso em: 12 dez. 2022.

Recebido em: 10 mar. 2023      Aceito em: 27 mar. 2023

## A BAIXA RENDA COMO REQUISITO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Fabio Massuchin<sup>1</sup>

### Resumo

O requisito baixa renda para a concessão do benefício auxílio-reclusão passou a existir a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Desde então, esse requisito recebeu muitas críticas e até diversas interpretações jurisprudenciais, seja quando da aplicação do art. 116, do Decreto 3.048 de 1999, seja a partir da Medida Provisória 871, de 18 de janeiro de 2019. Ao interpretar o Decreto 3.049/99, os tribunais muito divergiram se o segurado ou o próprio dependente deveria ser considerado de baixa renda, o momento do preenchimento desse requisito e até se esse valor permite ser flexibilizado. Após a vigência da MP 871/2019, o critério baixa renda foi alterado, o que representou uma nova fase de divergências.

**Palavras-chave:** auxílio-reclusão, baixa renda, salário de contribuição.

## LOW INCOME AS A REQUIREMENT FOR THE CONCESSION OF THE AID-SECLUSION BENEFIT

### Abstract

The low-income requirement for granting the prison aid benefit came into existence after the enactment of Constitutional Amendment No. 20, of December 15, 1998. Since then, this requirement has received much criticism and even various jurisprudential interpretations, whether when applying of art. 116, of Decree 3,048 of 1999, or from Provisional Measure 871, of January 18, 2019. When interpreting Decree 3,049/99, the courts differed greatly on whether the insured person or the dependent himself should be considered low-income, the moment of fulfilling this requirement and even if this value can be made more flexible. After the validity of MP 871/2019, the low-income criterion was changed, which represented a new phase of divergences.

**Keywords:** prison allowance, low income, contribution salary.

## 1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o risco social prisão teve a primeira previsão de cobertura no Montepio Feral de Economia dos Servidores do Estado (Mongeval), de janeiro de 1835. Essa proteção social foi reafirmada na norma que instituiu o Instituto de Aposentadoria e

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pós-graduado em Direito da Seguridade Social pela Universidade Cândido Mendes, pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá, pós-graduando em Direito Previdenciário pelo Instituto de Estudos Previdenciários, Trabalhistas e Tributários pelo Instituto de Estudos Previdenciários. fabiomassuchin@gmail.com.

Pensões dos Marítimos (IAPM), o Decreto 22.872/1933. O Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Bancários (IAPB), criado em 1934, pelo Decreto 54/193 também previa a proteção ao risco social prisão.

O termo auxílio-reclusão somente aparece em nosso ordenamento com a Lei orgânica de Previdência Social em 1960 (LOPS), pela Lei 3.0807/1960.

Art. 43. Aos beneficiários do segurado, detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio-reclusão na forma dos arts. 37, 38, 39 e 40, desta lei.

§ 1º O processo de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou sentença condenatória.

§ 2º O pagamento da pensão será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado o que será comprovado por meio de atestados trimestrais firmados por autoridade competente.

Mais tarde, a proteção social ao evento reclusão é mantida com a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS), a partir do Decreto 77.077, assim como na nova Consolidação das Leis da Previdência Social, a partir do Decreto 89.312/1984 (ALCANTARÁ, 2019).

A Constituição Federal de 1988 constitucionalizou o benefício de proteção previdenciária do evento reclusão, ao estabelecer que os planos de previdência social atenderão, nos termos da lei, a cobertura ao evento reclusão (art. 201, I, redação original).

Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidentes do trabalho, velhice e reclusão; (BRASIL, 1988a)

Foi somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que o requisito baixa renda para a concessão do benefício auxílio-reclusão foi introduzido ao ordenamento jurídico brasileiro, com a alteração do art. 201 da Constituição Federal de 1988.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

[...]

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998). (BRASIL, 1998b).

Nota-se que a proteção ao risco social prisão foi substancialmente alterada com a Emenda Constitucional nº 20/98, criou-se um benefício constitucional: o auxílio-reclusão;

criou-se um novo titular de direito constitucional: o dependente; e limitou-se o alcance dos segurados que poderão gerar esse benefício: o de baixa renda.

A própria Emenda Constitucional nº 20, no artigo 13, também trouxe, em texto não incorporado à Constituição Federal, um conceito provisório de baixa renda, considerando aqueles que tenha renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00, com incidência da mesma correção aplicada aos benefícios do regime geral de previdência social.

Art. 13 - Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (BRASIL, 1998b)

Como justificativa apresentada na Exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 20, foram apresentados argumentos de forte crescimento de despesas e limitação dos benefícios assistenciais para os necessitados. Em suma, os argumentos são genéricos e poderiam ser apresentados para qualquer tipo de reforma previdenciária.

De toda forma, a Constituição Federal foi alterada e o requisito baixa renda passou a constar para a concessão do benefício auxílio-reclusão. Em 06 de maio de 1999, foi publicado o Decreto 3.048, como Regulamento da Previdência Social, em que o Poder Executivo regulamentou diretamente o requisito constitucional da baixa renda incluído pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998.

Além de prever que o preso não possa continuar recebendo remuneração, o artigo 116 do Decreto 3.048/99 trouxe duas hipóteses de preenchimento do requisito baixa renda. A primeira é de que o benefício será devido ao dependente do segurado preso que tenha tido o último salário-de-contribuição igual ou inferior a R\$ 360,00; a segunda de que o benefício é devido se não houver salário-de-contribuição na data do efetivo recolhimento à prisão:

Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).

§ 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado. (BRASIL, 1999).

Esse regramento da baixa renda, contudo, foi recentemente alterado pela Medida Provisória 871 de 18 de janeiro de 2019, convertida na Lei 13.846, de 18 de junho de 2019, a qual modificou o art. 80 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios), passando a regulamentar a baixa renda por meio de lei ordinária, derogando tacitamente a previsão contida no Decreto 3.048/99.

O novo normativo da baixa renda agora prevê que seja feita uma “*média dos salários de contribuição apurados no período de 12 (doze) meses anteriores ao mês do recolhimento à prisão*”. O artigo 80 da Lei de Benefícios passou a ter a seguinte redação:

Art. 80. O auxílio-reclusão, cumprida a carência prevista no inciso IV do caput do art. 25 desta Lei, será devido, nas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. (Redação dada pela Lei nº 13.846, de 2019)

[...]

§ 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se segurado de baixa renda aquele que, no mês de competência de recolhimento à prisão, tenha renda, apurada nos termos do disposto no § 4º deste artigo, de valor igual ou inferior àquela prevista no art. 13 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, corrigido pelos índices de reajuste aplicados aos benefícios do RGPS. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

§ 4º A aferição da renda mensal bruta para enquadramento do segurado como de baixa renda ocorrerá pela média dos salários de contribuição apurados no período de 12 (doze) meses anteriores ao mês do recolhimento à prisão. (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019). (BRASIL, 2019).

Esses relatos históricos constituem apenas um resumo da inclusão do requisito baixa renda ao benefício auxílio-reclusão, bem como suas alterações legislativas. Tudo isso é muito pouco para o entendimento teórico e prático do operador do direito, haja vista que a legislação é pouco específica, trazendo a possibilidade de interpretações distintas que podem significar a concessão ou o indeferimento do benefício aos dependentes dos segurados presos.

O presente trabalho abordará as principais questões levantadas pela legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema baixa renda no benefício auxílio-reclusão. O método utilizado será o teórico descritivo, destacando os principais debates, com ênfase na possibilidade de aplicação prática.

## **2 A CONSTITUCIONALIDADE DA BAIXA RENDA E QUEM DEVE SER DE BAIXA RENDA**

A primeira questão importante a saber quando da introdução do requisito baixa renda no benefício auxílio-reclusão é, juridicamente falando, saber se esse requisito é constitucional. A segunda é saber quem deve ser de baixa renda. Embora pareçam questões simples, houve intensos debates doutrinários e jurisprudenciais, até a questão ser pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

Muitas críticas foram tecidas pela doutrina previdenciária ao requisito baixa renda no benefício auxílio-reclusão. Wladimir Novaes entende que esse requisito é incompreensível e discriminatório, bem como imprópria perante outros postulados

fundamentais da Constituição (MARTINEZ, 1999).

Zélia Luiza Pierdoná cita que o critério baixa renda acarreta diversas ofensas a dispositivos constitucionais, tais como da universalidade de cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I, da CF), princípio da personalidade da pena (art. 5º, XLV, da CF), da isonomia (art. 5º, caput, da CF), do custeio prévio (art. 195, § 2º, da CF), garantia de um salário mínimo (art. 201, § 2º, CF). (MARTINEZ, 1999).

Fabio Zambitte também declara seu apoio a defesa da inconstitucionalidade do requisito baixa renda para o benefício auxílio-reclusão. O Autor declara que a alteração constitucional foi de extrema infelicidade, excluindo da proteção diversos dependentes (IBRAHIM, 2011).

Precisamos reconhecer que a argumentação no sentido da inconstitucionalidade é bastante forte e convincente. Ainda poderíamos complementar que, se assim é permitido, logo poderemos estar diante desse mesmo requisito aos demais benefícios da Previdência Social, como ao salário-maternidade, às aposentadorias e até mesmo à pensão por morte. Cada retrocesso de direito que a sociedade se permite para um determinado setor pode significar a possibilidade de outro retrocesso semelhante em outros setores, até mesmo a todos os demais.

O fato é de que o requisito baixa renda está presente no ordenamento jurídico e teve sua constitucionalidade questionada pela doutrina. Outra questão de discussão no auxílio-reclusão é quem deve ser de baixa renda: o dependente ou o segurado.

A redação dada ao inciso IV, do art. 201, da Constituição afirma que os dependentes dos segurados presos de baixa renda que tem direito ao auxílio-reclusão. Contudo, o art. 13, da Emenda Constitucional n. 20/98 afirma que, até que lei discipline o acesso, o auxílio-reclusão será devida *“àqueles que tenham renda bruta mensal ou igual a R\$ 260,00”*.

Art. 13 - Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Ao interpretar a Emenda Constitucional nº 20, parte da jurisprudência inicialmente seguiu o entendimento de que era o dependente quem precisava ser de baixa renda. Inclusive, a Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região tinha a Súmula 5, segundo a qual *“Para fins de concessão do auxílio-reclusão, o conceito de renda bruta mensal se refere à renda auferida pelos dependentes e não a do segurado recluso”*.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário 587.365, julgado em repercussão geral, decidiu pela constitucionalidade da limitação do universo dos contemplados pelo auxílio-reclusão pela EC 20/98, com base no critério da seletividade para apurar a necessidade de benefícios, assim fixou a tese de que *“Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição Federal, a renda do segurado preso é a que deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do auxílio-reclusão e não a de seus dependentes”* (Tema 89).



A partir da definição dada ao tema pelo Supremo Tribunal Federal, duas matérias importantes ficaram pacificadas: que é constitucional a limitação dos contemplados imposta pelo requisito baixa renda, assim como é a renda do segurado preso que deve ser utilizada como parâmetro.

### **3 A INTERPRETAÇÃO DA BAIXA RENDA ENQUANTO APLICÁVEL O ART. 116, DO DECRETO 3.048/99**

Em matéria de baixa renda para o benefício auxílio-reclusão, até a Medida Provisória 871 de 18 de janeiro de janeiro de 2019, era o art. 116, do Decreto 3.048/99 quem regulamentava diretamente a Constituição Federal. Nesse período, o entendimento do INSS era de que apenas o último salário-de-contribuição definiria se o segurado preso era ou não de baixa renda, pouco importando em qual mês esse tivesse sido declarado ou o motivo daquele valor.

Desta forma, mesmo um segurado há muito tempo desempregado, mas que estivesse no período de graça, as vezes recebido verbas rescisórias declaradas no salário-de-contribuição ou recebido verbas extraordinárias em seu último salário, se o valor fosse superior ao normativo, teria indeferido o benefício ao seu dependente pela Previdência Social.

A doutrina já tinha um posicionamento majoritário, no sentido de ser considerado segurado de baixa renda o segurado preso em situação de desemprego, conforme posicionamento de Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari. (CASTRO; LAZZARI, 2017).

Já para o Judiciário, alguns contornos dessa interpretação foram delineados, possibilitando a revisão judicial de atos de indeferimentos proferidos pelo INSS.

Os casos mais emblemáticos e recorrentes de questionamentos judiciais certamente são de quando o segurado é preso em situação de desemprego, em que a jurisprudência tem interpretado o parágrafo único do art. 116, do Dec. 3.048 (redação vigente antes do Dec. 10.410/2020), segundo o qual, “*É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado*”.

O Superior Tribunal de Justiça já apreciou essa questão por duas vezes. A primeira quando do julgamento do Recurso Especial, fixando a tese do tema 896, segundo o qual, o benefício é devido ao segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento da prisão, contrariando o entendimento do INSS que sempre se considera o último salário-de-contribuição.

Tese firmada no tema 896 do STJ:

Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991) no regime anterior à vigência da MP 871/2019, o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.<sup>2</sup>

O Supremo Tribunal Federal já foi provocado a apreciar a divergência, mas entendeu que se tratava de matéria infraconstitucional, fixando o Tema 1017:

Tese

É infraconstitucional, a ela se aplicando os efeitos da ausência de repercussão geral, a controvérsia sobre os critérios legais de aferição da renda do segurado, para fins de percepção do benefício do auxílio-reclusão.<sup>3</sup>

Indiretamente, o Supremo Tribunal Federal deu soberania ao Superior Tribunal de Justiça para decidir os critérios legais de aferição da renda do segurado preso, para a concessão do benefício auxílio-reclusão. A tese firmada no tema 896 é de vinculação obrigatória, nos termos do art. 927, inciso III, do Código de Processo Civil.

Inclusive, a discussão já esteve presente em ação civil pública proposta pela Defensoria Pública da União no Rio Grande do Sul, ação que hoje se encontra em cumprimento de sentença, com decisão transitada em julgado determinado ao INSS revisar todos os requerimentos indeferidos por causa do último salário-de-contribuição, com alcance em todo o território nacional.

A Diretoria de Benefícios e Relacionamento com o Cidadão do INSS já editou a Portaria conjunta DIRBEN/PFE-INSS nº 61 de 25/04/2022, determinado a revisão dos benefício indeferidos, bem como a análise dos novos requerimentos cujo fato gerador tenha ocorrido de 11/08/2010 (data de entrada em vigor da IN nº 45/2010), até a data de 17/01/2019 (de início da vigência da MP nº 871/2019), com reconhecimento do direito no caso de o segurado não possuir salário de contribuição no mês da prisão, desde que cumpridos os demais requisitos legais. (BRASIL, 2022)

Durante o período de aplicação da redação original do art. 116, do Dec. 3.048/99, antes da vigência da MP 871, de 18 de janeiro de 2019, a segunda questão de maior importância na análise do requisito baixa renda é a possibilidade ou não de flexibilização do critério econômico, a fim de que o benefício seja concedido mesmo que o segurado tenha sido preso com remuneração acima do valor teto previsto.

Há quem defende que o critério baixa renda para a concessão do benefício auxílio-reclusão é objeto, isto é, não permite a flexibilização, mesmo que diante de casos cuja diferença seja muito ínfima, sob pena se estaria causando insegurança jurídica. Tal entendimento ainda é aplicado por parte da jurisprudência<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> REsp n. 1.842.974/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24/2/2021, DJe de 1/7/2021.

<sup>3</sup> ARE 1163485 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 15/11/2018, DJe-257 DIVULG 30-11-2018 PUBLIC 03-12-2018

<sup>4</sup> TRF 3ª Região, NONA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2125538 - 0002536-37.2015.4.03.6111,

Por outro lado, existe entendimento favorável em permitir que o critério baixa renda seja flexibilizado, principalmente em casos em que a diferença do último salário-de-contribuição é considerada ínfima e o caso releva a necessidade de proteção social.

A Turma Nacional de Uniformização já fixou o tema 169, no qual permitiu que os Juizados Especiais Federais concedam o auxílio-reclusão, mesmo que pouco ultrapassado o valor do último salário-de-contribuição e quando diante de situações extremas.

Tese firmada

“É possível a flexibilização do conceito de “baixa-renda” para o fim de concessão do benefício previdenciário de auxílio-reclusão desde que se esteja diante de situações extremas e com valor do último salário-de-contribuição do segurado preso pouco acima do mínimo legal – “valor irrisório”.”

Atualmente a questão é pendente de julgamento de recurso especial repetitivo junto ao Superior Tribunal de Justiça, no RECURSO ESPECIAL Nº 1.958.361 – SP, cuja ementa de proposta de afetação foi a seguinte:

Tema STJ 1162 - Definir se é possível flexibilizar o critério econômico para deferimento do benefício de auxílio- reclusão, ainda que o salário-de-contribuição do segurado supere o valor legalmente fixado como critério de baixa renda.

Ainda que pendente de julgamento, essa questão já foi julgada algumas vezes pelo STJ, de modo que é possível perceber uma dominância de entendimento no sentido de se permitir a flexibilização<sup>5</sup>.

O que podemos perceber é que até o momento a tendência jurisprudencial é no sentido de permitir a flexibilização do critério econômico para a concessão do auxílio-reclusão, desde que a diferença do último salário-de-contribuição seja pequena, quando o caso revela necessidade de proteção social.

#### **4 A BAIXA RENDA APÓS A MEDIDA PROVISÓRIA 871 DE 18 DE JANEIRO DE 2019**

Após mais de 20 anos da inclusão do critério da baixa renda para a concessão do benefício auxílio-reclusão pela Emenda Constitucional n 20/1998, sendo que todo esse tempo vigou o critério provisório previsto no art. 13 da referida Emenda, regulamentada diretamente por decreto, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória 871, de

---

Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARISA SANTOS, julgado em 30/05/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/06/2016

<sup>5</sup> No mesmo sentido: AREsp 589.121/SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJe 28/4/2015; REsp 1.694.029/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 12/9/2017; REsp 1.754.722/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 24/8/2018; REsp 1.742.998/RS, Min. Sérgio Kukina, 13/06/2018; REsp 1.656.708/SP, Min. Mauro Campbell Marques, 7/4/2017; AREsp 585.428/SP, Min. Regina Helena Costa, 17/9/2015; AREsp 590.864/SP, Min. Sérgio Kukina, 14/8/2015.

janeiro de 2019, criando várias novas exigências para a concessão e manutenção desse benefício, dentre elas, um novo critério de baixa renda.

A referida Medida Provisória foi convertida na Lei 13.846, de 18 de junho de 2019, alterando de vez o art. 80 da Lei 8.213/91. A baixa renda para a concessão desse benefício passa a ter uma regulamentação legal, conforme previsão constitucional, mas agora baseada numa média dos 12 últimos salários-de-contribuição do segurado preso.

Em relação à baixa renda, o art. 80 passou a ter a seguinte redação:

Art. 80. O auxílio-reclusão, cumprida a carência prevista no inciso IV do caput do art. 25 desta Lei, será devido, nas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de pensão por morte, de salário-maternidade, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

[...]

§ 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se segurado de baixa renda aquele que, no mês de competência de recolhimento à prisão, tenha renda, apurada nos termos do disposto no § 4º deste artigo, de valor igual ou inferior àquela prevista no art. 13 da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, corrigido pelos índices de reajuste aplicados aos benefícios do RGPS.

§ 4º A aferição da renda mensal bruta para enquadramento do segurado como de baixa renda ocorrerá pela média dos salários de contribuição apurados no período de 12 (doze) meses anteriores ao mês do recolhimento à prisão.

[...]

Com a MP 871, foi mantida a referência de teto para a concessão do benefício, mas há determinação para a realização de uma média baseada no cálculo dos doze últimos salários-de-contribuição apurados antes da prisão.

Novamente surgiram divergências. Percebemos ao menos duas questões importantes, uma de como fazer esse cálculo previsto no art. 80 da Lei 8.213/91, outra de se continuar permitindo ou não a flexibilização do critério econômico.

Em relação a forma de cálculo, a partir da soma dos doze últimos salários de contribuição existentes, há quem defenda a utilização do divisor igual ao número de salários existentes, mas também há quem defenda a utilização do divisor doze invariavelmente.

Na doutrina, encontramos o posicionamento de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, ambos no sentido de “os meses em que o segurado não tiver contribuição não poderão ser excluídos do período básico de cálculo, mas considerados com valor zero”, ainda os ilustres autores defendem que “Esse deve ser o procedimento de apuração, pois, se houver limitação da média dos meses com contribuição, haverá uma distorção da norma”. (CASTRO; LAZZARI, 2020).

Na própria jurisprudência ainda há divergência. Em se tratando dos Juizados Especiais Federais, encontramos uma tendência de entendimento em sentido diverso.

Em julgamento proferido em 05 de maio de 2022, o entendimento da Turma Nacional de Uniformização, por maioria de votos, foi no sentido de que o divisor da soma dos salários de contribuição deve ser o número de salários existentes.

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL - PUIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO. REQUISITO DE SEGURADO DE BAIXA RENDA. REVISÃO DA TESE FIRMADA NO TEMA 896 DO STJ PARA ALCANÇAR APENAS OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS NO REGIME ANTERIOR À VIGÊNCIA DA MP 871/2019. FATO GERADOR (ENCARCERAMENTO DO SEGURADO) POSTERIOR À VIGÊNCIA DA MP 871/2019, CONVERTIDA NA LEI 13.846/2019. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 80 DA LEI 8.213/1991, NA SUA REDAÇÃO ALTERADA. TESE FIRMADA: “A PARTIR DA VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA 871/2019, CONVERTIDA NA LEI 13.846/2019, A AFERIÇÃO DA RENDA PARA ENQUADRAMENTO DO SEGURADO COMO BAIXA RENDA, VISANDO À CONCESSÃO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO, DÁ-SE PELA MÉDIA DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO APURADOS NO PERÍODO DE 12 MESES ANTERIORES AO MÊS DO RECOLHIMENTO À PRISÃO, COMPUTANDO-SE NO DIVISOR APENAS O NÚMERO DE SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO EFETIVAMENTE EXISTENTES NO PERÍODO”. CONHECIMENTO E REJEIÇÃO DO PUIL.

(Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei (Turma) 5003395-11.2020.4.04.7001, DAVID WILSON DE ABREU PARDO - TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO, 06/05/2022.).

Atualmente a Turma Nacional de Uniformização afetou como representativo de controvérsia o Pedido De Uniformização De Interpretação De Lei nº 5027480-64.2020.4.04.7000/PR, a fim de dirimir a controvérsia:

Questão controvertida (Tema 310): “PARA FINS DE ENQUADRAMENTO DE SEGURADO DE BAIXA RENDA EM PEDIDO DE AUXÍLIO-RECLUSÃO, O CÁLCULO DA RENDA MÉDIA DO SEGURADO RECLUSO DEVE CONSIDERAR A SOMA DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO VERTIDOS NO PERÍODO DE 12 MESES ANTERIORES À PRISÃO, DIVIDIDOS PELO DIVISOR 12, OU SE ADMITE A REDUÇÃO DO DIVISOR, CASO NÃO TENHA HAVIDO, NESSE PERÍODO, ALGUM MÊS SEM RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO?”

A tendência da TNU está pendendo para manter o entendimento anterior, por outro lado, quando se trata do entendimento adotado pelos tribunais regionais, verifica-se uma corrente mais favorável, no sentido de utilizar o divisor doze independentemente da quantidade de salários existentes no período anterior.

O mesmo não se observa nos Tribunais Regionais Federais, no da 4ª Região, atualmente tem prevalecido entendimento mais favorável aos dependentes, no sentido de que a soma dos salários de contribuição existentes nos últimos doze meses deve ser

sempre dividida por doze<sup>6</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, ao menos até o momento, não decidiu a questão do divisor dos últimos salários de contribuição.

Outra questão importante é sobre a possibilidade ou não de flexibilização desse critério econômico, quando a média ultrapassa o teto vigente. Tal questão continua sendo permitida pela jurisprudência, já existindo várias decisões nesse sentido, com a utilização das mesmas justificativas anteriores a MP 871, ou seja, em casos extremos, em especial quando a superação é irrisória ou devido a verbas extraordinárias.<sup>7</sup>

## 5 CONCLUSÃO

Realizada a pesquisa, constatou-se que o requisito baixa renda para a concessão do benefício auxílio-reclusão, embora criticado pela doutrina, acabou sendo validado pelo Poder Judiciário, com a definição de que o segurado é quem precisa ser de baixa renda.

Ademais, constatou-se que, no período anterior a vigência da MP 871/2019, enquanto o INSS entendia que a referência seria o último salário de contribuição, o judiciário restou pacífico no sentido de que o segurado desempregado na data da prisão deve ser considerado de baixa renda, independente do último salário. Além disso, a jurisprudência tem permitido a flexibilização do critério econômico nos casos em que a superação se dá por pouca diferença.

Em relação ao período posterior a MP 871/2019, a baixa renda ainda está em debate, com a jurisprudência divergindo se o divisor deve ser doze ou o número de salários existentes nos últimos doze meses. Enquanto a TNU tem adotado a primeira hipótese, os Tribunais Regionais Federais estão divergindo, por enquanto não há decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda em relação ao período posterior a MP 871/2019, permanece o entendimento da possibilidade de flexibilização do critério econômico, a vista de algumas decisões nesse sentido. Contudo, ainda pende julgamento de recurso repetitivo já afetado pelo STJ.

## REFERÊNCIAS

ALCÂNTARA, Marcelino Alves de; AGOSTINHO, Theodoro Vicente. **Auxílio-reclusão: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2019.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 15 nov. 2022

<sup>6</sup> Nesse sentido: TRF4, AC 5002735-75.2020.4.04.7208, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 26/07/2021, e TRF4, AC 5000928-52.2021.4.04.9999, QUINTA TURMA, Relatora GISELE LEMKE, juntado aos autos em 09/03/2021.

<sup>7</sup> Nesse sentido: 5002722-56.2019.4.04.7129, QUARTA TURMA RECURSAL DO RS, Relatora MARINA VASQUES DUARTE, julgado em 11/05/2020,

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20 de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3048.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Portaria Conjunta DIRBEN/PFE-INSS/INSS nº 61, de 25 de abril de 2022**. Comunica para cumprimento a decisão proferida na Ação Civil Pública nº 5023503-36.2012.4.04.7100/RS - reconhecer o direito à concessão do benefício de auxílio-reclusão aos dependentes de segurado recluso que não possuir, na data do recolhimento à prisão, salário de contribuição, para fins de comprovação de sua condição de "baixa renda", desde que preenchidos os demais requisitos, e rever os requerimentos indeferidos. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Previdência/Instituto Nacional do Seguro Social/Diretoria de Benefícios e Relacionamento com o Cidadão. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-dirben/pfe-inss/inss-n-61-de-25-de-abril-de-2022-396548767>. Acesso em: 12 abr. 2023.

BRASIL. **Medida provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019**. Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade, e dá outras providência. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm). Acesso em: 15 nov. 2022.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Reforma da Previdência Social: Comentários à Emenda Constitucional 20/1998**. São Paulo: LTr, 1999.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. Inclusão previdenciária dos dependentes dos segurados presos: a inconstitucionalidade do limite introduzido pela EC 20/1988 ao auxílio-reclusão. **Revista EPD – Escola Paulista de Direito**, Campinas, v. 4, p. 421-434, maio/jun. 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Recebido em: 12 mar. 2023

Aceito em: 31 mar. 2023

Para submeter seu artigo para avaliação, acesse:

**[rbds.ieprev.com.br/rbds](http://rbds.ieprev.com.br/rbds)**

 **IEPREV**  
 **EDITORA**

[www.editoraieprev.com.br](http://www.editoraieprev.com.br)

 **EDIÇÕES ANTERIORES**

[www.editoraieprev.com.br/rbds](http://www.editoraieprev.com.br/rbds)