

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
FACULDADE DE DIREITO**

MARCELLO BUDANT

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: ANÁLISE CRÍTICA DE QUESTÕES ATUAIS

**CURITIBA
2011**

MARCELLO BUDANT

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: ANÁLISE CRÍTICA DE QUESTÕES ATUAIS

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito, da
Universidade Federal do Paraná.**

Orientadora: Thereza Cristina Gosdal

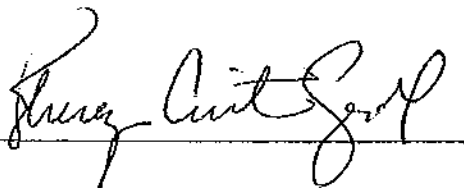
**CURITIBA
2011**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELLO BUDANT

Benefício assistencial: análise crítica de questões atuais

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



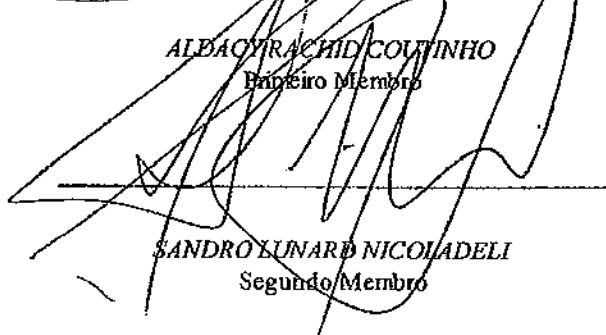
THEREZA CRISTINA GOSDAL

Orientador



ALBACYRACHID COUINHO

Primeiro Membro



SANDRO LUNARD NICOLADELI

Segundo Membro

À minha família, em especial para minha mãe, por todo o apoio e sabedoria.

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar criticamente questões atuais que envolvem a concessão do benefício assistencial, que consiste na garantia constitucional 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* (art.203, Constituição Federal)”. Pretende-se destacar as teses doutrinárias e jurisprudências que dizem respeito aos requisitos necessários à concessão do benefício. Além disso, se fará uma análise do papel do Poder Judiciário em relação a este direito social.

Palavras-chave: Assistência Social, benefício assistencial.

ABSTRACT

This work intends to analyze current issues involving the granting of the assistance benefit, which is the constitutional guarantee of “a minimum wage of monthly benefit to persons with disabilities and the elderly that prove inability to provide their own support or have it provided by their families, according to the law (article 203, Federal Constitution). Also, it is intended to highlight the doctrinal and jurisprudential understanding that concerns to the requirements for the granting of this benefit. In addition, it will be examined the position of the Judiciary in relation to this social right.

Keywords: Social Assistance, welfare, assistance benefit.

SUMÁRIO

RESUMO.....	04
ABSTRACT.....	05
INTRODUÇÃO.....	07
1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO.....	09
2 CARACTERÍSTICAS DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.....	13
3 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.....	17
3.1 A questão do estrangeiro.....	17
3.2 Conceito de idoso para fins de benefício assistencial.....	21
3.3 Conceito de deficiência para fins de benefício assistencial.....	22
3.4 Incapacidade permanente ou temporária?.....	27
3.5 Incapacidade total ou parcial?.....	30
3.6 Benefício assistencial ao menor de 16 anos.....	32
4 DA FAMÍLIA QUE DEVE PROVER A SUBSISTÊNCIA DA PESSOAS IDOSA OU COM DEFICIÊNCIA.....	35
5 DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA OBJETIVA – RENDA <i>PER CAPITA</i> INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO.....	40
5.1 Exclusão de benefícios do cálculo da renda familiar prevista na Lei nº 8.742/1993.....	40
5.1.2 Exclusão de benefício previdenciário de valor mínimo já percebido por idoso do grupo familiar.....	41
5.1.3 Exclusão de benefício assistencial já percebido por pessoa com deficiência e exclusão de benefício assistencial de idoso quando o postulante ao benefício é pessoa com deficiência.....	45
5.1.4 Exclusão de benefício previdenciário por incapacidade de valor mínimo percebido por pessoa não idosa do grupo familiar.....	47
5.1.5 Exclusão de mais de um benefício assistencial ou previdenciário de valor mínimo.....	49
5.1.6 Possibilidade de renúncia à cota-parte de benefício previdenciário de pensão por morte.....	51
5.1.7 Exclusão de benefício previdenciário de valor superior ao mínimo.....	52
5.2 Flexibilização do requisito econômico.....	52
5.3 Presunção de hipossuficiência econômica.....	59
6 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO AO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.....	62
CONCLUSÃO.....	67
BIBLIOGRAFIA.....	71

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo abordar as questões judiciais atuais mais relevantes que envolvem importante política assistencial brasileira: a concessão do benefício assistencial.

Previsto genericamente em nossa Constituição Federal, o benefício assistencial trata-se da “*garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família*” (art. 203, V).

Tal prestação assistencial é um importante instrumento para a proteção de indivíduos que se encontram em situação de risco social, uma vez que lhes proporciona ao menos uma fonte mínima de subsistência.

Desde a sua previsão na legislação ordinária através da Lei 8.742/1993, que trouxe eficácia ao comando constitucional, as questões que envolvem a concessão do benefício assistencial adquiriram extrema relevância, apesar de muitas vezes ser ignorado pela doutrina.

Com efeito, de acordo com o relatório elaborado por Maria José Freitas, Diretora do Departamento de Benefícios Assistenciais da Secretaria Nacional de Assistência Social, 346.219 pessoas percebiam benefício assistencial em 1996 (41.992 idosos e 304.227 pessoas com deficiência). Já em 2009, este número saltou para quase 17 milhões de beneficiários, absorvendo cerca de 80% do valor investido em Assistência Social no Brasil¹.

Agregue-se que este número poderia ser ainda maior. No *Seminário Internacional do BPC*² realizado entre 08/11/2010 e 10/11/2010 pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Luziele Maria de Souza Tapajós³ (Secretária Nacional de Avaliação e Gestão da Informação do MDS) alertou para o fato de que, de acordo com pesquisa realizada pela Vox Populi em 2009, em média

¹ FREITAS, Maria José. Restabelecimento do BPC após rescisão do contrato de trabalho. Disponível em: http://www.senado.gov.br/sf/comissoes/cas/ap/ano-de-2010/AP20100428_MARIA_JOSE_DE_FREITAS_BPC.pdf. Acesso em 20/07/2011.

² Cf. <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/eventos/assistencia-social/seminario-internacional-bpc>

³ TAPAJÓS, Luziele. Benefício de Prestação Continuada e Programa Bolsa Família: Impactos na Redução da Pobreza e da Desigualdade. <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/eventos/assistencia-social/seminario-internacional-bpc/sobre-o-evento/apresentações>. Acesso em: 20/07/2011.

64% da população alegou desconhecimento quanto à existência do benefício assistencial.

Por se tratar de prestação assistencial, o indivíduo não precisa necessariamente ter contribuído para o custeio da Seguridade Social para gozar dela. Assim, a concessão não pode se dar de forma desregulada. Por outro lado, tendo em vista que estamos diante de um benefício que visa garantir um mínimo existencial a indivíduos que não possuem condições de auferir renda, também não se pode estabelecer um rigor excessivo para o seu deferimento.

A busca por um equilíbrio entre estas duas necessidades tem produzido uma profunda discussão envolvendo o Poder Judiciário, a sociedade e a Administração Pública, especialmente quanto aos requisitos autorizadores da concessão do benefício.

Assim, no presente trabalho, para além das noções básicas acerca do benefício assistencial, se fará uma abordagem crítica das principais questões em relação à matéria que permeiam o meio jurídico atualmente.

Desta forma, serão analisadas as discussões como: a possibilidade de concessão do benefício ao estrangeiro; o conceito de incapacidade; como aferir a incapacidade do menor de 16 anos (que constitucionalmente não pode exercer atividade remunerada); quais são os indivíduos que compõe o grupo familiar; a possibilidade ou não do julgador, diante de elementos do caso concreto, entender que está configurada a situação de carência econômica, ainda que não perfeitamente enquadrada na hipótese do texto legal; a possibilidade de exclusão do cálculo da renda familiar de outros benefícios de valor mínimo que não outro benefício assistencial já percebido por membro do grupo familiar.

Ainda, será feita uma análise quanto ao papel do Judiciário, que nos últimos anos tem se dedicado cada vez mais a uma apreciação profunda e adequada dos casos concretos que envolvem a concessão do benefício, bem como tem interpretado o texto legal no sentido de garantir a observância aos princípios constitucionais e assistenciais e a sua máxima eficácia. Por outro lado, ao adotar tal posição, tem sofrido críticas no sentido de que está extrapolando sua competência, criando novas hipóteses legais, o que caberia apenas ao Legislativo.

1 A Assistência Social na Constituição

Uma vez que o benefício assistencial se trata de um benefício da Assistência Social, cabe apresentar algumas noções a respeito desta quanto a sua previsão constitucional, legal, seus princípios e objetivos.

A Assistência Social compõe, em conjunto com a Previdência Social e a Saúde, o sistema da Seguridade Social, nos termos do art. 194 da Constituição Federal:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Como componente especializado da Seguridade Social, sua função, de acordo com Lamartino França de Oliveira, é *“a garantia da proteção aos que necessitam de amparo do Estado para sobreviverem. A rigor, enquanto a previdência cuida de amparar os trabalhadores e dependentes quando ocorre uma infortúnica (incapacidade para o trabalho), a Assistência presta os seus serviços aos carentes e necessitados, quando alijados do mercado de trabalho ou que estejam em situação de subemprego”*⁴.

A diferença essencial entre a Assistência Social e a Previdência Social é que a primeira não exige o recolhimento de contribuições para que seus beneficiários possam contar com sua proteção.

Afirma Fábio Zambitte Ibrahim: *“A assistência social será prestada a quem dela necessitar (art. 203 da CRFB/88), ou seja, àquelas pessoas que não possuem condições de manutenção própria. Assim como a saúde, **independe de contribuição** direta do beneficiário. O requisito para o auxílio assistencial é a **necessidade do assistido**”*⁵.

A Lei de Organização da Assistência Social (Lei nº 8.742/1993) também traz um conceito de Assistência Social, nos seguintes termos:

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

⁴ OLIVEIRA, Lamartino França de. Direito Previdenciário. p. 28.

⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. p. 14.

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

De acordo com Magali Wickert: *“E, justamente por não possuir caráter contributivo, a Assistência Social atinge, na sua maioria, a população carente e de baixa renda, que constitui a grande massa populacional que demanda maior atenção e empenho Estatal na promoção de políticas públicas”*⁶.

Os objetivos expressos da Assistência Social podem ser encontrados no art. 203 da Constituição Federal, abrangendo os seguintes:

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

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

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e a 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 a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Acerca destes objetivos constitucionalmente previstos, Elisa Maria Rudge Ramos ensina que:

Os objetivos expressos nos incisos I, II e V acima referidos têm por finalidade o amparo aos grupos vulneráveis da sociedade.

Trata-se da proteção à família, à maternidade, à criança e ao adolescente, aos idosos e aos deficientes.

O direito de proteção a esses grupos está amparado amplamente por nosso ordenamento jurídico, seja por preceitos constitucionais, como os contidos nos incisos XXV [63] do artigo 7º, e artigos 226, parágrafo 8º [64], 227 [65] e 230 [66] da Constituição Federal, e também por normas infraconstitucionais, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei 9.263/96, que dispõe sobre o planejamento familiar, o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), a Lei 7.853/89, que dispõe sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência, a Lei 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, entre outras.

(...)

⁶ WICKERT, MAGALI. Assistência social: benefício e previsão constitucional. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/magali_wickert.html. acesso em 06/10/2011.

A Assistência Social tem como meta principal realizar ações voltadas a estes grupos de pessoas, a fim de erradicar a marginalização sofrida por eles e promover seu bem estar.⁷

Quanto aos incisos III e IV, afirma “*que os programas, serviços e projetos de Assistência Social devem ser voltados à integração social e, sempre que possível, através da inserção dos assistidos no mercado de trabalho*”⁸. Tais objetivos são de grande importância, uma vez que através do exercício de uma atividade remunerada o indivíduo deixa de depender do auxílio estatal, bem como se torna apto a promover o seu sustento e o de sua família.

A Lei nº 8.742/1993, em seu texto original apenas repetia os objetivos constitucionais expressos da Assistência Social. Com a edição da Lei nº 12.435 de 06 de julho de 2011, duas novas metas estão previstas atualmente nos incisos II e III, que na verdade buscam ampliar os cinco objetivos originais:

Art. 2º. A assistência social tem por objetivos:

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente:

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;

c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;

d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos;

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais.

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais.

Por fim, a Lei de Organização da Assistência Social também fixa os princípios que a orientam:

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

⁷ RAMOS, Elisa Maria Rudge. A Assistência Social no Brasil. Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigo/20090130165802896_direito-previdenciario_a-assistencia-social-no-brasil--elisa-maria-rudge-ramos.html. Acesso em: 16/11/2011.

⁸ Ibid.

- I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
- II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;
- III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
- IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;
- V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

O princípio da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica diz respeito ao fato de que, tendo em vista que a Assistência Social tem como objetivo proteger indivíduos em situação de risco social, razões de caráter financeiro não devem impedir sua atuação, uma vez que devem ser atendidas primeiramente necessidades de caráter existencial. A respeito dos demais princípios, de acordo com Elisa Maria Rudge Ramos: *“O inciso III consagra compromisso do Estado Brasileiro para com os direitos humanos. Já os incisos II e IV consagram o princípio da Isonomia, e, por fim, o princípio expresso no inciso V consiste na aplicação do princípio da publicidade da Administração Pública à Assistência Social”*⁹.

Destarte, o benefício assistencial se insere perfeitamente nos princípios e objetivos acima elencados. Primeiro, porque além de o benefício compreender um dos objetivos específicos da Assistência Social (art. 203, V), também contribui para os demais previstos na Constituição, garantindo amparo à família e à velhice (art. 203, I), às crianças e adolescentes carentes (art. 203, II). Além disso, através das recentes alterações legislativas (que serão analisadas no capítulo a seguir), o benefício adquiriu o papel de instrumento para a promoção da integração ao mercado de trabalho (art. 203, III), junto com a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, na promoção de sua integração à vida comunitária, ao invés de constituir apenas de uma fonte de renda para garantir a subsistência de seu titular (art. 203, IV). Por fim, uma vez que se trata de uma prestação destinada a garantir condições materiais para uma vida digna, sua concessão conta com a guarida do princípio da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica.

⁹ Ibid.

2 Características do Benefício Assistencial

O benefício assistencial foi previsto genericamente na Constituição Federal de 1988, em seu art. 203, V, como “*a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei*”.

A previsão constitucional foi concretizada apenas com a edição da Lei de Organização da Assistencial Social (LOAS – Lei nº 8.742 de 07 de dezembro de 1993).

Eduardo Fagnani¹⁰ ressalta o fato de que foram necessários mais de cinco anos para que o referido benefício previsto constitucionalmente tivesse seus contornos delineados pelo legislador ordinário, tempo demasiadamente longo quando temos em vista que se trata de uma prestação destinada a indivíduos em situação de risco social.

Ensina o doutrinador que a Comissão de Saúde, Assistência e Previdência Social da Câmara aprovou o projeto da Lei de Organização da Organização Social no fim do mês de novembro de 1989. Contudo, até o fim do mandato de José Sarney o projeto não foi encaminhado à Comissão de Finanças da Câmara e do Senado para análise, uma vez que o Orçamento Geral da União previsto para 1990 não previa recursos para custear o benefício assistencial.

Em setembro de 1990, o então presidente Fernando Collor de Mello vetou integralmente o projeto após a aprovação do Congresso Nacional. Desta forma, apenas em abril de 1991 o tema voltou à pauta do Legislativo, sendo que o projeto foi apenas sancionado pelo presidente Itamar Franco em dezembro de 1993.

Na Lei nº 8.742/1993 o benefício assistencial foi previsto nos artigos 20 e 21. Estes referidos artigos sofreram alterações recentes com a edição das Leis nº 12.435/2011 e nº 12.470/2011. Nos referidos dispositivos, além da delimitação do benefício como o previsto na Constituição (art.20, *caput*), foram definidos os conceitos de *idoso* para fins de concessão do benefício (art. 20, *caput*), *família* (art.

¹⁰ FAGNANI, Eduardo. Seguridade Social Brasileira: trajetória recente e novos desafios. in: Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.).

20, §1º), *pessoa com deficiência* (art. 20, §2º e §10º) e *pessoa incapaz de prover sua própria manutenção* (art. 20, §3º)¹¹.

Dentre as características do benefício assistencial, destacam-se as seguintes: a impossibilidade de cumulação com qualquer outro benefício da Seguridade Social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória (art. 20, §4º, Lei nº 8.742/1993); a não sujeição a descontos de qualquer contribuição (art. 22, Decreto 6.214/2007); o fato de não gerar direito ao pagamento de abono anual (13º salário - art. 22, Decreto 6.214/2007); e o seu caráter intransferível, uma vez que a morte do titular não gera o direito à pensão por morte por parte de herdeiros e sucessores (art. 23, Decreto 6.214/2007), ainda que

¹¹ Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

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

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

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

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

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. § 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

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

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

§ 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3º deste artigo.

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

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

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

§ 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.

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

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

se garanta o direito destes perceberem os valores devidos não pagos em vida ao beneficiário (art. 23, parágrafo único, Decreto 6.214/2007).

Além disso, o referido benefício deve ser revisto a cada dois anos a fim de se analisar se continuam presentes os requisitos que autorizaram sua concessão (art. 21, *caput*, Lei nº 8.213/1993), devendo ser imediatamente cessado caso contrário.

Cabe ressaltar a inclusão do art. 20, § 9º, e do art. 21, §3º. Tais dispositivos estimulam o titular do benefício assistencial a buscar a capacitação para o exercício de atividades laborativas, uma vez que este passa a contar com a garantia, antes inexistente, de que seu benefício não será imediatamente cancelado.

Também ligado ao propósito de estimular o titular do benefício a buscar sua emancipação, a Lei nº 12.470/2011 acrescentou o art. 21-A a Lei nº 8.742/1993:

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

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

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

Desta forma, o legislador busca combater o desinteresse provocado pelo teor da antiga redação legal, pois, além da dificuldade natural para o desenvolvimento de aptidão para alguma atividade e das barreiras para inclusão no mercado de trabalho, o indivíduo perdia o direito ao benefício assistencial. Anteriormente, em caso de posterior desemprego, a pessoa deveria requerer novamente a concessão do benefício, vivendo em situação de ausência de recursos financeiros até a eventual concessão, que se tornava pouco provável, uma vez que o indivíduo havia demonstrado capacidade de trabalho. Desta forma, o Instituto Nacional do Seguro Social entendia que não era necessário conceder o benefício nestes casos.

De acordo com a nova regra do art. 21-A, se o indivíduo ficar desempregado no período de dois anos após a concessão da prestação assistencial (que fica suspenso durante o exercício do vínculo de emprego ou da atividade de

microempreendedor), o benefício será restabelecido sem a necessidade de nova avaliação da incapacidade.

Quanto à fonte dos recursos para o seu pagamento, conforme o art. 28 da Lei nº 8.742/1993, estes são oriundos de receitas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal e do Fundo Nacional de Assistência Social.

Apesar de ligado à Assistência Social, o Decreto nº 6.214/2007 estabelece que cabe ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) a análise e o deferimento dos requerimentos de concessão do benefício (art. 3º).

Ao contrário dos benefícios previdenciários, o postulante ao benefício assistencial não precisa estar vinculado ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS) ou cumprir requisitos de carência, uma vez que destinado aos indivíduos mais fragilizados da sociedade, tendo em vista que sequer possuem meios para prover sua adequada subsistência (muito menos para contribuir para o Regime Geral da Previdência Social).

Ainda, ao menos em tese, é garantido aos titulares do benefício “o acompanhamento do beneficiário e de sua família, e a inserção destes à rede de serviços socioassistenciais e de outras políticas setoriais” (art. 37 Decreto 6.214/2007), visando “favorecer-lhes a obtenção de aquisições materiais, sociais, socioeducativas, socioculturais para suprir as necessidades de subsistência, desenvolver capacidades e talentos para a convivência familiar e comunitária, o protagonismo e a autonomia” (art. 37, §1º, Decreto 6.214/2007).

3 Requisitos para a concessão do benefício assistencial.

Da leitura da Lei nº 8.742/1993, verifica-se que são dois os requisitos essenciais para a concessão do benefício assistencial: (I) ser idoso ou pessoa com deficiência e (II) não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

No presente capítulo serão abordadas a possibilidade de concessão do benefício a estrangeiros, o conceito de idoso e o de pessoa com deficiência para fins de benefício assistencial. Para melhor sistematização, serão tratados em capítulos separados as questões que envolvem a composição do grupo familiar e a aferição da carência econômica.

3.1 A questão do estrangeiro

Primeiramente, atente-se para o fato de que a Lei nº 8.742/1993 não exige que a pessoa seja brasileira para que possa gozar do benefício. Contudo, o Instituto Nacional do Seguro Social não o tem concedido aos estrangeiros não naturalizados domiciliados no país, nos termos da Instrução Normativa INSS nº 84/2002 (“art. 619, §2º - *São também beneficiários os idosos e os portadores de deficiências, estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem, e os indígenas*”).

O grande temor existente é de que indivíduos de países vizinhos que não possuam a mesma garantia de uma renda mínima de seus Estados se desloquem para o Brasil no intuito de obterem o benefício, o que, eventualmente, poderia sobrecarregar o sistema, impedindo que a Assistência Social pudesse atender os brasileiros.

Carlos Gustavo Moimaz Marques afirma que de acordo com a redação do art. 1º da Lei nº 8.742/1993¹² apenas os **cidadãos** poderiam gozar da proteção da

¹² Art. 1º - A assistência social, direito do **cidadão** e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Assistência Social, além disso, sustenta que: *“Interpretação diversa, além de afastar a sistemática jurídica acima exposta, atinge de morte também o próprio princípio da prévia fonte de custeio (art. 195, § 5º, da Constituição Federal), uma vez que o pagamento de benefícios assistenciais a estrangeiros no território nacional ainda não dispõe de fonte de custeio”*¹³.

A controvérsia decorre do conceito de cidadão estabelecido por nossos principais doutrinadores. De acordo com José Afonso da Silva: *“Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências”*¹⁴. Neste mesmo sentido, afirma Alexandre de Moraes que cidadão *“é o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) no gozo dos direitos políticos e participante da vida do Estado”*¹⁵.

Contudo, o entendimento assentado pela Turma Nacional de Uniformização é o da possibilidade de concessão do benefício ao estrangeiro residente no país (ainda que não tenha obtido ou ao menos requerido a naturalização).

Tal raciocínio se justifica tendo em vista o disposto no *caput* do art. 5º da Constituição, que afirma que o estrangeiro residente no país goza das mesmas garantias e direitos fundamentais dos brasileiros natos.

Além disso, a Assistência social possui como princípios fundantes a solidariedade e a universalização do atendimento. A Lei Maior consagra tais ideais ao teor de seu art. 203: *“a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”*.

Acerca do princípio da solidariedade e da universalização do atendimento, cabem breves considerações. De acordo com as lições de Alfredo J. Ruprecht: *“A base da seguridade social está na solidariedade humana; não vivemos como seres isolados, independentes uns dos outros, mas formamos um todo orgânico em que cada um depende do outro e vice-versa. A solidariedade – ou o ‘solidarismo’, conforme alguns autores – é um objetivo permanente de uma sociedade livre e justa”*¹⁶. Segundo o autor, através da solidariedade a maior parte da população contribui com recursos para que uma minoria possa gozar da proteção da Seguridade Social.

¹³ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. O benefício de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. p. 39.

¹⁴ AFONSO, José da Silva. Curso de direito constitucional positivo. p. 346.

¹⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15ªed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 219.

¹⁶ RUPRECHT, Alfredo. Direito da seguridade social. p. 71-72.

Quanto ao princípio da universalidade do atendimento, destaca que a Seguridade Social no seu início protegia apenas determinadas classes de trabalhadores. Todavia, no decorrer do tempo, ampliou seu âmbito de atuação para toda a sociedade, defendendo os indivíduos em situação de risco social. Nas palavras do doutrinador: “*O princípio da universalidade da seguridade social sofreu golpes e retrocessos, mas vai se impondo paulatinamente e se verá que tem cumprido sua missão principal: assegurar a tranquilidade, presente e futura, a todos os homens em todas as contingências*”¹⁷.

O art. 203 da Constituição é aplicável de imediato, desta forma, não soa correta a interpretação no sentido de que o legislador ordinário utilizou a expressão *cidadão* na Lei nº 8.742/1993 no intuito de limitar a concessão do benefício a apenas uma parcela de indivíduos. O inciso V do referido art. 203 do Texto Maior também não restringe a concessão do benefício apenas aos cidadãos, pelo contrário, afirma que este é garantido “*à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser lei*”. Desta forma, o entendimento de que é possível limitar a concessão do benefício a uma parcela da população estaria em desacordo com a previsão constitucional, que não estabeleceu distinção para fins de proteção assistencial entre cidadãos e não cidadãos.

Ainda, nossa Constituição estabelece como fundamento da República Federativa do Brasil a *dignidade humana* (art. 1º, III), bem como fixa os seguintes objetivos: *construir uma sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), *erradicar a pobreza* (art. 3º, III) e *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outras formas de discriminação* (art. 3º, IV). Ainda, constituem princípios do Brasil nas relações internacionais: a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, II) e *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* (art. 4º, IX).

Ressalte-se que o próprio art. 20 da Lei nº 8.742/1993 não faz qualquer discriminação relacionada à condição de *cidadão* (*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*).

¹⁷ Ibid. p. 78.

Destarte, forçosa é a conclusão no sentido de que a redação do art. 1º da Lei nº 8.742/1993, que limita a proteção da Assistência Social apenas aos cidadãos, não passa de uma mera preferência de redação do legislador ordinário, uma vez que, se assim não o fosse, com base nos argumentos acima elencados, padeceria de clara inconstitucionalidade.

Carlos Augusto Moimaz Marques também sustenta que: *“não há no mundo moderno, sociedade com condições econômico-financeiras para suportar um sistema protetivo tão abrangente, ou seja, concessão de benefícios assistencial a estrangeiros residentes no país, sem reciprocidade para os seus cidadãos e sem a necessária compensação financeira”*¹⁸.

Por outro lado, a favor da concessão de benefício assistencial nestes casos, Fábio Zambitte Ibrahim afirma que:

(...) dentro da realidade nacional, acredito que a exclusão de estrangeiros legalmente residentes no país não seria também proporcional, especialmente por vulnerar a abrangência necessária do sistema, fragilizando possível grupo carente somente motivado pela nacionalidade, grupo este formado, com frequência, pelos mais necessitados da seguridade social, como que os colocando em situação de inferioridade frente aos nacionais. A exclusão somente poderia ser admitida se houvesse comprovação cabal, por parte da União, de flagrante falência do sistema (e não simples alegações), não havendo, hoje, qualquer motivação sustentável para a não extensão da prestação a estrangeiros legalmente residentes. Não há razoabilidade para tamanha discriminação, ainda mais ao se tratar de prestação necessária ao mínimo existencial.¹⁹

Agregue-se que até o presente momento não se verifica uma migração de indivíduos de outros países apenas com o intuito de obter proteção assistencial. Ainda, conforme mencionado no trecho acima, só pode requerer o benefício o estrangeiro que reside legalmente no Brasil, caso contrário, este sofreria com consequências administrativas como expulsão ou deportação.

O que deve ser combatido são as fraudes, especialmente nas regiões de fronteira, nas quais estrangeiros fixam apenas residência temporária no Brasil no intuito de obterem o benefício.

Porém, a solução razoável para a questão não é impedir taxativamente que os estrangeiros que residam no Brasil possam gozar do benefício, mas sim realizar uma fiscalização mais apurada, no intuito de evitar tais burlas à lei.

¹⁸ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. O benefício de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. p. 38.

¹⁹ IBRAHIM, 2010. p. 26.

Este entendimento é seguido pela Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, a exemplo do seguinte julgado:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CONCESSÃO A ESTRANGEIRO LEGALMENTE RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE.

A condição de estrangeiro legalmente residente no Brasil não impede a concessão de benefício assistencial ao idoso ou deficiente, pois a Constituição Federal, art. 5º, assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional. A concessão do amparo, porém, deve ser afastada se restar demonstrado que o estrangeiro transferiu residência para o Brasil apenas com intuito de auferir o benefício em exame. Incidente conhecido e improvido.

(TRU4, IUJEF 2007.70.95.014089-0, Rel. Juiz Federal Rony Ferreira, D.E. 17.09.2008).

Neste mesmo sentido o julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RESIDENTE NO PAÍS. IRRELEVÂNCIA DA NACIONALIDADE. O benefício assistencial da Lei nº 8.742, de 1993, é devido não apenas a brasileiros, mas aos residentes no país, sendo irrelevante a nacionalidade.

(TRF4, REOMS 2005.70.01.005335-9, Quinta Turma, Relator Rômulo Pizzolatti, D.E. 07/01/2008).

Conforme ressaltado no julgado da Turma Nacional de Uniformização, se o Estado Brasileiro aceita a entrada de estrangeiros que aqui estabelecem residência, não pode se escusar da responsabilidade de assisti-los quando se tornam incapazes de auferir renda devido à idade ou à deficiência física.

Contudo a matéria ainda não foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, aguardando o julgamento do Recurso Extraordinário nº 587.970/SP.

3.2 Conceito de idoso para fins de benefício assistencial

Da análise art. 20, *caput*, da Lei nº 8.742/1993, verifica-se que originariamente que esta previa a possibilidade de concessão do benefício aos idosos com *setenta anos ou mais*.

Posteriormente, a Lei nº 9.720/1998 inseriu o art. 38 na Lei nº 8.742/1993, alterando o requisito etário de 70 (setenta) para 67 (sessenta e sete) anos a partir de 1º de janeiro de 1998.

Com o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) passou a vigor como requisito etário a idade mínima de 65 anos, nos termos do art. 34 (*Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas*).

Em que pese o art. 1º da mesma lei definir como idoso a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, a jurisprudência era pacífica no sentido de que, para o fim de habilitação para a concessão do benefício assistencial, aplica-se o critério específico do art. 34 da Lei nº 10.741/2003.

Por fim, a recente Lei nº 12.435 de 06 de julho de 2011, alterou o *caput* do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, deixando claro que o benefício assistencial é devido ao idoso com 65 anos ou mais, nos seguintes termos: “*Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família*”.

3.3 Conceito de deficiência para fins de benefício assistencial

Se o conceito de idoso não apresenta maiores discussões, o de deficiência apresenta diversas controvérsias.

O §2º do art. 20, da Lei 8.742/1993 afirmava originariamente que “*para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho*”.

Desta forma, verifica-se que o legislador primeiramente estabeleceu um critério rígido, uma vez que para que o indivíduo faça jus ao benefício, sua incapacidade, além de o exercício de atividades remuneradas, deve, também, impossibilitar a vida independente.

A dificuldade de enquadrar os indivíduos nas duas condições (incapacidade para vida independente e para o trabalho, especialmente na primeira) levaram ao ajuizamento da Ação Civil Pública nº 2007.30.00.000204-0, perante a Seção da Justiça Federal do Acre, na qual figuravam com autores o Ministério Público Federal

e a Defensoria Pública da União em face do Instituto Nacional do Seguro Social. No curso da ação foi deferida antecipação da tutela nos seguintes termos:

*Com estas razões, acolho parcialmente o pedido dos autores contido na inicial para DETERMINAR QUE O INSS, por todas as suas agências, ao apreciar pedidos de concessão de benefício assistencial previsto no art. 20 da LOAS considere, para fins de comprovação da deficiência e como definição da incapacidade para a vida independente, a incapacidade econômica do postulante de prover a própria manutenção por outros meios que não o trabalho, de modo que a capacidade do postulante para praticar atos da vida cotidiana (banhar-se, comer, vestir-se, caminhar), **por si só, não seja determinante para o indeferimento do pedido** (JFAC, ACP nº 2007.30.00.000204-0, Juiz Federal Jair Antunes Fernandes, data da publicação) (grifos no original).*

Contudo, vale ressaltar que a jurisprudência antes da referida ação já vinha abrandando o referido critério quanto à exigência de incapacidade para a vida independente.

O Superior Tribunal de Justiça, já em 2002, tinha firmado posicionamento no seguinte sentido:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO.

I - A pessoa portadora do vírus HIV, que necessita de cuidados freqüentes de médico e psicólogo e que se encontra incapacitada, tanto para o trabalho, quanto de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família - tem direito à percepção do benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, ainda que haja laudo médico-pericial atestando a capacidade para a vida independente.

II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador.

III- Recurso desprovido.

(STJ, Resp nº 360.202/AL, 5ª Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, data de julgamento 04/06/2002).

Já a Turma Nacional de Uniformização, no julgamento do Pedido de Uniformização nº 2004.30.00.702129-0, consagrou o entendimento de que o conceito de incapacidade para a vida independente não se confunde com a

necessidade permanente de auxílio de terceiros para os atos básicos do cotidiano, bastando abranger a incapacidade de interação com o meio social ou a impossibilidade de exercer atividades remuneradas para obter sua subsistência, nos seguintes termos:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. COMPROVAÇÃO DE INCAPACIDADE. CONCEITO DE VIDA INDEPENDENTE. LEI Nº 8.742/93.

1. O conceito de vida independente da Lei nº 8.742/93 não se confunde com o de vida vegetativa, ou, ainda, com o de vida dependente do auxílio de terceiros para a realização de atos próprios do cotidiano.

2. O conceito de incapacidade para a vida independente, portanto, deve considerar todas as condições peculiares do indivíduo, sejam elas de natureza cultural, psíquica, etária – em face da reinserção no mercado do trabalho – e todas aquelas que venham a demonstrar, in concreto, que o pretendente ao benefício efetivamente tenha comprometida sua capacidade produtiva lato sensu.

3. A interpretação não pode ser restritiva a ponto de limitar o das atividades cotidianas.

4. Incidente de uniformização improvido

(TNU, PU nº 2004.30.00.702129-0, Rel. Juiz Federal Wilson Zauhy Filho, data de julgamento 25.04.2005).

Além disso, a referida Turma publicou em 13.02.2006 a súmula nº 29, que afirma que *“Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento”*.

Neste mesmo sentido, foram editadas as súmulas nº 03 e 33 das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Mato Grosso do Sul e do Espírito Santo, respectivamente:

Súmula nº 03 TR/MS: *“Para fins de benefício assistencial, pessoa deficiente é aquela privada de condições físicas ou mentais para o desempenho de atividade laboral com que possa prover o sustento próprio”*.

Súmula nº 33 TR/ES: *“A exigência de incapacidade para a vida independente como requisito ao deferimento do benefício assistencial de que trata o art. 20 da Lei n.º 8.742/93 não deve ser interpretada literalmente, sob pena de restringi-lo aos portadores de deficiência prejudicados em sua capacidade de locomoção, o que não se ajusta ao plexo de princípios constitucionais que norteiam a assistência social”*.

Esta também é a interpretação que as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Paraná têm adotado amplamente, a exemplo da seguinte decisão:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. SÚMULA 29 DA TNU.

1 - A inaptidão para o exercício de atividade remunerada, com autonomia, configura incapacidade substancial para o trabalho, ainda que a pessoa possa praticar de forma independente atos do cotidiano, como alimentação e asseio, e tenha habilidade para exercer pequenos trabalhos supervisionados.

2 – Assim, verificado o atendimento do requisito sócio-econômico, o fato de o autor conseguir fazer pequenos serviços que lhe são passados pelo avô não afasta o direito à assistência social. É que não se garante a subsistência de forma independente, pelo exercício de atividade remunerada, o que configura incapacidade conforme o enunciado da súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização.

(1ª TR/PR, RI nº 2008.70.56.001658-0, Rel. Juíza Federal Luciane Merlin Clève Kravetz, data de julgamento 02.06.2010).

Agregue-se que recentemente a redação do art. 20, §2º, da Lei nº 8.742/1993 foi alterada pela Lei nº 12.435/2011 (que também já foi alterada novamente com a Lei nº 12.470/2011, que será analisada a seguir), de forma que passou a constar o seguinte:

§ 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.

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

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

Da leitura do dispositivo, fica evidente que o legislador procurou estabelecer um conceito mais elaborado a respeito de quem pode ser considerada pessoa com deficiência.

De acordo com Oscar valente Cardoso²⁰, o referido artigo procurou se adaptar ao previsto na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil é signatário, que define em seu art. 1º que *“Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas*

²⁰ CARDOSO, Oscar Valente. Benefício assistencial e Lei nº 12.435/2011: redefinição do conceito de deficiência. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2942, 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19604>>. Acesso em: 11 out. 2011.

*barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”*²¹.

Acerca da referida Convenção, Ricardo Marques Tadeu da Fonseca afirma que:

veicula a idéia de que a deficiência deve ser tida como algo inerente à diversidade humana, como notoriamente se conhece, traduz-se nas peculiaridades de raça, gênero, orientação sexual, religiosa, política, ideológica, na condição familiar, étnica, de origem etc. defende-se, destarte, a idéia de que os ‘impedimentos’ pessoais, de caráter físico, mental, intelectual ou sensorial revelam-se como atributos pessoais, que, todavia, são fatores de restrição de acesso aos direitos, não pelos efeitos que tais impedimentos produzem em si mesmos, mas sobretudo, em consequência das barreiras sociais e atitudinais.²²

Assim, para Cardoso:

Sintetizando o novo conceito legal, é considerada deficiente a pessoa que tenha um impedimento de longo prazo (no mínimo 2 anos), que lhe cause incapacidades biológicas (físicas, intelectuais ou sensoriais) e limitações ao seu desempenho social (barreiras derivadas dos próprios limites biológicos, seja pelas dificuldades inerentes a eles, seja pela inexistência de adaptação física à deficiência, que dificultem a interação social) para sua vida independente e laborativa.

Essa definição veio pacificar a controvérsia até então existente acerca da possibilidade – ou não – de se conceder o benefício assistencial de prestação continuada para pessoa que não tenha uma deficiência permanente.²³

Contudo, a nosso ver, a definição da Lei nº 12.435/2011 ainda apresentava graves defeitos. Da leitura do inciso II, do §2º do art. 20, verifica-se que o texto legal repetia o erro da redação anterior ao afirmar novamente que para estar configurada a deficiência para fins de concessão de benefício assistencial é necessário que esta impossibilite a vida independente e o exercício de atividades laborativas, indo contra o entendimento consolidado na jurisprudência.

Ora, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas afirma que está presente a deficiência quando os impedimentos físicos, sensoriais e mentais impedem a participação plena na

²¹ A referida Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 186/2008 conforme o §3º do art. 5º da Constituição Federal, desta forma, goza do status de Emenda Constitucional. Promulgada pela Presidência da República através do Decreto nº 6.429/2009

²² FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. in: Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.). p 286-287.

²³ CARDOSO, op.cit.

sociedade, não exigindo que estes tornem a pessoa incapaz para a prática de qualquer ato, como se estivesse em estado vegetativo.

Assim, logo após alteração proporcionada pela Lei nº 12.435 (06 de julho de 2011), foi promulgada a Lei nº 12.470/2011, de 31 de agosto de 2011, modificando novamente a matéria:

Art. 20. (...)

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

(...)

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

(...)

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

Desta forma, assim como a Lei nº 12.435/2011, a Lei nº 12.470/2011 também adotou o critério do art. 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, só que desta vez sem exigir que os impedimentos acarretem em incapacidade para a vida independente e para o trabalho. A retirada desta última exigência certamente representa um avanço, pois aproxima o texto legal do entendimento jurisprudencial dominante e da Convenção, aprovada com o quorum qualificado do § 3º do art. 5º da CF/1988, tendo, portanto, o *status* de emenda constitucional.

3.4 Incapacidade permanente ou temporária?

Apesar do avanço proporcionado pela Lei nº 12.470/2011, esta estabeleceu uma nova dificuldade para o enquadramento no conceito de pessoa com deficiência, tendo em vista que agora o postulante ao benefício deve demonstrar que está incapacitado pelo período mínimo de dois anos.

É certo que, como afirmou Oscar Cardozo (tratando da Lei nº 12.435/2011), a nova redação pacificou a discussão em que se questionava se a incapacidade, para fins assistenciais, deveria ser permanente ou não. Era cediço para o Instituto Nacional do Seguro Social que só fazia jus ao benefício o indivíduo inapto permanentemente.

Contudo, a jurisprudência já tinha firmado entendimento de que incapacidade temporária seria suficiente para a concessão do benefício, a exemplo do seguinte julgado da Turma Nacional de Uniformização:

A transitoriedade de sua incapacidade não é óbice à concessão do benefício, visto que o critério de definitividade da incapacidade não está previsto no aludido diploma legal. Ao revés, o artigo 21 da referida lei corrobora o caráter temporário do benefício em questão, ao estatuir que o benefício 'deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.'

Por se tratar, portanto, o ato concessório do benefício assistencial de ato passível de revisão a cada 2 (dois) anos, nada impede que o benefício seja concedido em caráter temporário, como é de sua própria natureza, sendo cessado após a regular reabilitação do beneficiário.

(TNU, PU 2007.70.50.010865-9, Rel. Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, DJ 11.03.2010).

Neste mesmo sentido a 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Paraná:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO.

A incapacidade total e temporária enseja a concessão de benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência, cabendo ao INSS revisá-lo periodicamente.

(1ª TR/PR, RI nº 2009.70.53.003387-7, Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, data de julgamento 02.06.2010).

No caso em questão, a postulante ao benefício, apesar de no momento da perícia judicial encontrar-se inapta para o labor, não foi considerada permanente incapaz para o exercício de atividades laborativas. No entanto, tendo em vista a impossibilidade de auferir renda, bem como o preenchimento do requisito econômico, foi considerado que esta fazia jus ao benefício, especialmente tendo em vista o caráter periódico do benefício (art. 21, da lei 8.213/1993).

Contudo, conforme ressaltado, a Lei nº 12.470/2011 (assim como a Lei nº 12.435/2011), ao invés de simplesmente afirmar a possibilidade da concessão do

benefício nos casos de incapacidade temporária, limitou à prova de que a incapacidade perdurará por no mínimo dois anos.

Por óbvio que, conforme determina a Constituição, cabe ao legislador estabelecer os critérios para a concessão do benefício, todavia, exigência de comprovação de que a incapacidade persistirá por tal interregno se revela extremamente indesejável.

Primeiro, não é possível afirmar com certeza absoluta qual o tempo de recuperação necessário para que a incapacidade de um indivíduo cesse. Apesar de existirem parâmetros médicos para estimar o período de recuperação da capacidade laborativa, cada indivíduo responde aos tratamentos de uma forma específica.

Por exemplo, a pessoa realiza a perícia médica e fica determinado que esta se encontra incapaz, e que o prazo estimado para a recuperação de sua capacidade laborativa é de um ano e seis meses. Neste caso, com base no novo critério legal, não faz jus ao benefício. Contudo, após um ano e meio de tratamento, ainda dificultado pela ausência de recursos financeiros, fica constatado que este período não foi suficiente para a recuperação da capacidade, sendo necessário mais tempo (ou pior, que a incapacidade se agravou e agora o indivíduo se encontra inapto para o trabalho para toda a vida). Assim, a pessoa ficou todo este interregno sem receber o benefício, vivendo em situação de privação, para que após ficasse determinado que fazia jus à concessão do benefício.

Além disso, os postulantes ao benefício assistencial são aquelas pessoas que pertencem a grupos familiares sem condições mínimas para subsistência digna. A ausência de um indivíduo para auxiliar na obtenção da renda representa, ainda que de forma temporária, representa um grande prejuízo para todo o grupo familiar. Assim, se ficar constatado que o indivíduo está incapaz por um ano, o grupo familiar será forçado a conviver com uma situação de privação de meios básicos de subsistência até que aquele recupere sua aptidão para o labor e possa novamente auferir renda.

É claro que o benefício assistencial não foi criado para servir de substituto para o auxílio-doença, ou seja, para que as pessoas que não contribuem voluntariamente para a Previdência Social possam solicitar a sua concessão quando estiverem incapazes temporariamente para o labor. Mas a grande maioria dos indivíduos que requer o benefício não deixou de contribuir para a Previdência Social por simples opção, no intuito de burlar o sistema e os princípios da solidariedade e

da prévia fonte de custeio. Tratam-se, efetivamente, de pessoas marginalizadas, exercendo atividades eventuais, que não possuem sequer condições de destinar parte de sua precária renda para o recolhimento da contribuição social para contarem com a proteção da Previdência Social.

Fica também a impressão de que com este requisito temporal o legislador também procurou consertar a ausência de fiscalização da Administração em relação aos benefícios em gozo. Conforme estabelecido no art. 21 da Lei nº 8.742/1993, é dever do Instituto Nacional do Seguro Social revisar os benefícios e analisar se permanecem as condições autorizadoras para a sua concessão. Contudo, como tal atribuição não tem sido realizada, procura-se evitar o gozo indevido do benefício por outros meios. É o caso do indivíduo que é considerado inapto temporariamente para o labor e lhe é concedido o benefício. Depois de recuperada sua capacidade este continua a receber a prestação assistencial, uma vez que, podendo contar com ao menos um salário mínimo, não se dirige ao Instituto Nacional do Seguro Social para informar sua atual condição, bem como a autarquia não realiza a revisão periódica.

É evidente que não se está aqui a defender fraudes. Contudo, a melhor solução não é dificultar o acesso das pessoas ao benefício, uma vez que, além de se encontrarem incapacitadas para o labor, e conseqüentemente impossibilitadas de auferir alguma renda, não possuem um grupo familiar apto a mantê-las.

Ora, se ficar determinado que o indivíduo permanecerá incapaz por um ano, cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social, após este prazo, reavaliá-lo e decidir pela manutenção ou cessação do benefício.

3.5 Incapacidade total ou parcial?

Diferentemente do auxílio-doença previdenciário, para concessão do benefício assistencial a lei exigia que o indivíduo estivesse incapaz para o exercício de qualquer labor, e não apenas para a sua atividade habitual.

Assim, a princípio, não fazia jus ao benefício o indivíduo incapaz para o exercício de apenas algumas espécies de atividades laborativas.

Porém, da análise da construção jurisprudencial acerca da aferição da incapacidade, verifica-se que prevalecia o entendimento de que cabe ao magistrado

se debruçar sobre todos os elementos trazidos aos autos que digam respeito à capacidade do indivíduo, suas condições pessoais e o contexto em que está inserido. Com efeito, além das conclusões do perito judicial (que vai analisar a presença ou não de incapacidade e em que grau), o juiz deve estar atento ao contexto social em que o postulante ao benefício está inserido. Deve-se, assim, analisar fatores essenciais como escolaridade, idade e as limitações decorrentes da moléstia que acomete o indivíduo.

Neste sentido, a seguinte decisão da Turma Nacional de Uniformização:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. CONCESSÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. EXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE APENAS PARCIAL SOB O PONTO DE VISTA MÉDICO. CONSIDERAÇÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 29.

1. Está subjacente à Súmula nº 29 da Turma Nacional o entendimento de que embora sob o ponto de vista médico a incapacidade seja apenas parcial, sob o ponto de vista jurídico a incapacidade é total se, diante de condições pessoais desfavoráveis, for inviável o ingresso ou reingresso no mercado de trabalho.

2. Pedido de uniformização improvido.

(TNU, PEDILEF nº 2006.83.03.501397-9/PE, Rel. Juíza Fed. Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 28.07.2009)

A título de exemplo, consideremos o caso em que o indivíduo possui 57 anos, baixa escolaridade e de acordo com a perícia só encontra-se inapto para atividades que exijam a realização de esforços físicos. Tal quadro é extremamente comum em nosso país, uma vez que não são raros os casos de indivíduos que passam praticamente toda sua vida exercendo atividades laborativas à margem do mercado formal, não contando com qualquer proteção do regime previdenciário. Neste caso, aplicando-se apenas o disposto na Lei nº 8.742/1993, poder-se-ia afirmar que tal indivíduo não faz jus ao benefício, uma vez que poderia exercer atividades que não necessitem de esforços físicos. Contudo, ao analisar sua condição pessoal (idade avançada e ausência de qualificação profissional – que praticamente anulam a possibilidade de reinserção no mercado de trabalho), o indeferimento se revelaria medida totalmente injusta.

No caso relatado acima, apesar da informação de que a incapacidade seria parcial, tendo em conta as condições pessoais do postulante, é possível afirmar que na verdade se trata de uma incapacidade total para o exercício de qualquer labor, uma vez que ao indivíduo sem qualificação normalmente são ofertadas apenas atividades que exigem trabalho braçal.

Após a edição da Lei nº 12.470/2011, o Poder Legislativo, ao que tudo indica, adotou a posição dominante na jurisprudência, uma vez que a nova redação do art. 20, §2º, não exige mais a incapacidade total, mas sim a presença de impedimentos que “*em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação **plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas***”.

Ressalte-se, todavia, que se trata de um conceito aberto, assim é necessário aguardar qual será a interpretação do Instituto Nacional do Seguro Social em relação ao dispositivo legal e como este procederá na análise da incapacidade dos postulantes ao benefício.

A nosso ver, a Administração Pública deve interpretar o texto legal da mesma forma que o Poder Judiciário tem feito, ou seja, analisando se o indivíduo, diante de suas condições pessoais e do contexto social em que inserido, é capaz de competir no mercado de trabalho e exercer uma atividade remunerada digna.

3.6 Benefício assistencial ao menor de 16 anos

Ainda a respeito da incapacidade, existe discussão quanto à possibilidade de concessão de benefício assistencial aos menores de 16 anos. A Constituição Federal, em seu art. 7º, inc. XXXIII veda o exercício de atividades laborativas por parte dos menores de 16 anos, salvo a possibilidade do aprendizado a partir do 14 anos. Assim, não raramente alega-se que, tendo em vista a proibição constitucional, tais indivíduos não fariam jus ao benefício.

Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim: “*Não era incomum o INSS indeferir a prestação assistencial para menores sob a alegação de inexistir incapacidade para o trabalho. Em verdade, a invalidez para o menor é muito mais gravosa, pois impede, com frequência, a sua formação plena, devido, especialmente, à limitada possibilidade de interação com outras pessoas da mesma idade*”²⁴.

A administração ao editar o Decreto nº 1.744/1995 não fazia referência específica à concessão de benefício assistencial ao menor de 16 anos. O art. 6º do

²⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. p. 23.

Decreto afirmava apenas que o portador de deficiência deveria comprovar ser portador de incapacidade para a vida independente e para o trabalho.

A partir de 2002, por meio da Instrução Normativa INSS nº 84, a Autarquia Previdenciária adotou o seguinte critério: *“será devido o benefício assistencial, espécie 87, às crianças (zero a doze anos de idade) e adolescentes (entre doze e dezoito anos de idade) portadores de deficiência incapacitante para a vida independente, bem como aos abrigados em Instituições Públicas e Privadas no âmbito nacional, que comprove carência econômica para prover a própria subsistência (art. 619, §1º)”*.

Contudo, como anteriormente mencionado, o requisito incapacidade para a vida independente é um critério exigente em demasia ao levar-se em conta a dificuldade para o enquadramento nesta situação, bem como a natureza do benefício assistencial e os indivíduos que se busca proteger.

Diante da rica discussão provocada no Judiciário, a partir do Decreto nº 6.214/2007, com redação atual pelo Decreto nº 6.564/2008, vige a seguinte orientação para a Administração: *“Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade, sendo dispensável proceder à avaliação da incapacidade para o trabalho”*.

A jurisprudência têm se orientado no sentido de que é necessário analisar o caso concreto e averiguar se a deficiência que acomete a criança ou adolescente faz com que este necessite de tratamento particularizado e cuidados elevados em comparação a outros indivíduos da mesma idade, provocando gastos elevados com tratamento de saúde ou impedindo que um dos membros da família possa exercer uma atividade remunerada, comprometendo, assim, a renda do grupo familiar.

Neste sentido, a recente decisão da Turma Nacional de Uniformização:

(...)

7. Sobre as afetações nas possibilidades de o menor ter atividades compatíveis com sua idade como fundamento para a concessão do benefício assistencial há inclusive previsão expressa no art. 4º, inc. III e § 2º, do Decreto nº 6.214/2007 - Regulamento do Benefício de Prestação Continuada.

8. Mas o benefício será igualmente devido na situação em que a deficiência do menor gere significativo impacto econômico no seu grupo familiar, o que pode ocorrer basicamente por duas formas, quais sejam, pela exigência de

dispêndios incompatíveis com a condição social da família, como com remédios ou tratamentos médicos, ou pela afetação na sua capacidade de angariar renda, como quando limita ou impossibilita algum de seus membros produtivos de trabalhar pelos cuidados necessários à deficiência do menor.

9. De tal sorte que tais considerações a respeito do menor – quanto ao desempenho de atividades compatíveis com sua idade, a prejuízos para sua integração social, a excepcionais dispêndios médicos ou à limitação da renda de sua família – devem ser avaliadas pelo Juiz em cada caso concreto de forma alternativa, e não cumulativa, de forma a assegurar a maior amplitude de acesso do menor deficiente e carente ao benefício assistencial que há de lhe assegurar uma vida mais condigna.

10. Esta a orientação que melhor se coaduna com a necessidade de se assegurar a integração e a maior operatividade das regras de proibição do trabalho do menor (CF/88, art. 7º, inc. XXXIII) e da Assistência Social que privilegia o amparo às crianças e adolescentes carentes e a garantia de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência (CF/88, art. 203, incs. II e V), ajustando-se, ainda, ao conceito de incapacidade para a vida independente previsto no art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, mantendo coerência com o que já prevê a Súmula nº 29 desta Turma Nacional de Uniformização.

11. À luz de tais considerações, firma-se a compreensão de que ao menor de dezesseis anos, ao qual o trabalho é proibido pela Constituição, salvo o que se veja na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos, bastam a confirmação da sua deficiência, que implique limitação ao desempenho de atividades ou restrição na participação social, compatíveis com sua idade, ou impacto na economia do grupo familiar do menor, seja por exigir a dedicação de um dos membros do grupo para seus cuidados, prejudicando a capacidade daquele familiar de gerar renda, seja por terem que dispor de recursos maiores que os normais para sua idade, em razão de remédios ou tratamentos; confirmando-se ainda a miserabilidade de sua família, para que faça jus à percepção do benefício assistencial previsto no art. 203, inc. V, da Constituição e no art. 20 da Lei nº 8.742/93.

(TNU, PU 2007.83.03.50.1412-5, Rel. Juiz Federal Manoel Rolim Campbell Penna, data de julgamento 13.09.2010). (sem grifos no original)

Da mesma forma, conforme o julgado colacionado anteriormente, no caso de benefício postulado por menor de idade é exigida grande sensibilidade do julgador ao analisar se a deficiência e as consequências dela oriundas (como a necessidade de tratamento particularizado ou a necessidade permanente de acompanhamento do menor) inviabilizam que os demais indivíduos do grupo familiar possam aferir renda afim promover seu sustento com dignidade.

4 Da família que deve prover a subsistência da pessoa idosa ou com deficiência.

A respeito da família que deve prover o sustento da pessoa idosa ou com deficiência, o art. 20, §1º, da Lei nº 8.742/1993 (com redação pela Lei nº 9.720/1998), previa, antes da recente Lei nº 12.435 de 06 de julho de 2011, que devia ser adotado como conceito de família o *conjunto de pessoas elencadas no art. 16, da Lei 8.213/1991, desde que vivam sob o mesmo teto*. O referido art. 16, por sua vez, define que:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

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

II - os pais;

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

(...)

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

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

Tal comando legal era adotado pela Turma Nacional de Uniformização:

por expressa determinação legal, são componentes do grupo familiar para fins de concessão de benefício assistencial: o requerente do benefício; o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; os pais; e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido. (Art. 16 da Lei nº 8.213/1991)

(TNU, PU 2007.70.53.001023-6, Rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, DJ 13.11.2009)

Desta forma, percebe-se que o referido Tribunal havia firmado posicionamento no sentido de que para análise do grupo familiar, para fins de concessão de benefício assistencial, deveria ser aplicada a interpretação restritiva do disposto no art. 16 da Lei nº 8.213/1991 e no art. 20, §1º da Lei nº 8.742/1993. Assim, netos, genros, sobrinhos e outros indivíduos que não estivessem expressamente especificados nos referidos comandos legais não compunham o grupo familiar, ainda que vivessem na mesma residência.

Todavia, tal posicionamento provocava grandes controvérsias. A principal dizia respeito aos filhos maiores de vinte e um anos. Com efeito, com a antiga redação, os filhos solteiros com mais de vinte um anos deixavam de integrar o grupo familiar (idade em que se atingia a plena capacidade civil de acordo com o art. 9º do Código Civil de 1916). Ora, se o indivíduo ainda morava na mesma residência que os demais familiares, também acarretava despesas para todo o grupo, bem como, se auferia renda, contribuía para a manutenção da família, independentemente de sua idade. Assim, não deveria ser excluído do grupo familiar tendo em vista ter alcançado vinte e um anos, uma vez que os demais aspectos da convivência familiar permaneceram inalterados.

Tais problemas inclusive levaram à edição do enunciado nº 51 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais no seguinte sentido: “*art. 20, parágrafo primeiro, da Lei 8742/93 não é exauriente para delimitar o conceito de unidade familiar*”.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 adotou a pluralidade de modelos familiares, reconhecendo-a em suas diversas manifestação, e não apenas àquela oriunda do casamento.

Em 2009 Simone Barbisan Fortes afirmou que era necessário adotar critério único para definir o conceito de família no âmbito da Assistencial Social. Só para citar três exemplos, o benefício assistencial, o Bolsa Alimentação (Medida Provisória nº 2.206-1) e o Bolsa Família (Lei nº 10.836/2004) apresentam conceitos diversos para definir grupo familiar. Para a doutrinadora, entre as diversas leis assistenciais, era necessário adotar o conceito daquela que melhor refletisse a Constituição. Assim:

Essa procura conduz à previsão da Lei 10.836/2004, que instituiu o Bolsa Família, que considera família *a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros*. O conceito é extremamente adequado na medida em que abre espaço à parentalidade estabelecida por consanguinidade, afetividade ou mesmo sócio-afetividade, desde que formado grupo doméstico, indicado pela manutenção conjunta (subsistência advinda da partilha do ambiente doméstico, de trabalho e renda), experiência bastante comuns, como seu viúvo, no âmbito das famílias populares. O conceito, todavia, deve passar por uma leitura conforme à Constituição, com relativização do requisito *coabitação*, a ser tomado de

forma ampla, no sentido de vivência conjunta, de um ambiente doméstico comum (seja ou não sob o mesmo teto físico).²⁵

Contudo, o legislador, ao invés de adotar um critério mais amplo, como o citado acima, optou por apenas estabelecer um novo conceito restrito de grupo familiar para fins de concessão do benefício assistencial.

O art. 20, §1º da Lei nº 8.742/1993 foi alterado recentemente pela Lei nº 12.435 de 06 de julho de 2011, passando a contar com a seguinte redação: *“Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”*.

Ainda que questionável a opção por estabelecer um novo rol restritivo, sem observar a pluralidade da configuração da unidade familiar defendida pela Constituição, bem como não demonstrar preocupação com a necessidade de unificar o conceito de família na Assistência Social, cabe analisar a mudanças trazidas pela nova redação.

Primeiramente, verifica-se que o conceito de unidade familiar para fins de concessão do benefício foi desvinculado do rol de dependentes previsto para os benefícios previdenciários, ampliando o grupo indivíduos previstos anteriormente. Neste novo modelo, os filhos, independentemente da idade, enquanto permanecerem solteiros, ainda compõe o grupo dos pais. O mesmo vale para os irmãos solteiros de qualquer idade do postulante ao benefício.

Neste sentido são as lições de Oscar Valente Cardoso:

A idade dos irmãos, que teria influência se ainda fosse observado o critério do art. 16 da Lei nº 8.213/91 (que inclui como dependentes previdenciários o filho e o irmão não emancipados, ou menores de 21 anos; ou os inválidos, independentemente da idade), não gera mais consequências de acordo com a nova redação do art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93.

O critério principal não reside mais na idade ou na capacidade civil, e sim no estado civil, pois, como visto, apenas integram o grupo familiar do requerente do BPC (se tiverem o mesmo domicílio): o cônjuge ou companheiro; os pais ou padrastos; os irmãos solteiros (independentemente da idade); os filhos e enteados solteiros (independentemente da idade) e os menores tutelados.

Em resumo, a alteração legal excluiu do conceito familiar as pessoas que, mesmo com relação de parentesco e domicílio comum com o requerente do benefício, tenham outros dependentes. Logo, um irmão de 17 anos de idade

²⁵ FORTES, Simone Barbisan. Conceito aberto de família e seguridade social. In direito da previdência e assistência social. VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (orgs.). p. 227.

que seja casado é afastado do grupo familiar, pois se presume sua obrigação de manter apenas (ou preferencialmente) sua própria dependente, pertencente ao seu núcleo familiar constituído, e não os demais familiares (irmãos, pais, etc.). Assim, encerra-se a controvérsia existente sobre as situações em que pessoas que, mesmo sendo dependentes para fins previdenciários, têm seus próprios dependentes, em classe preferencial à do requerente do benefício de prestação continuada da Assistência Social.²⁶

Outra inovação diz respeito ao enteado e ao menor tutelado. A antiga redação do art. 20 da Lei nº 8.742/1993 fazia referência expressa ao art. 16, da Lei nº 8.213/1991. O §2º do art. 16, por sua vez dispõe que: “*O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento*”. Contudo, com a atual redação do §1º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, para fins assistenciais, se exige apenas que o menor tutelado ou o enteado vivam sob o mesmo teto, não se exigindo a prova da dependência econômica.

Contudo, apesar do avanço proporcionado pela nova redação legal, permanece a discussão quanto aos idosos ou pessoas com deficiência que possuem filhos maiores que auferem renda e não residem na mesma habitação.

Aplicando o entendimento consagrado pela Turma Nacional de Uniformização, bem como a legislação atual, o idoso ou a pessoa com deficiência não faz parte do grupo familiar dos filhos casados, ainda que more com estes (uma vez que os filhos casados possuem grupo familiar diverso), nem do grupo familiar dos filhos solteiros caso não compartilhe a mesma residência.

Assim, a princípio, o idoso ou a pessoa com deficiência que se encontre em uma das referidas situações, comporia um grupo familiar exclusivamente formado por ele, e, caso não possuísse renda, faria jus ao benefício.

Porém, de acordo com o art. 229 do texto constitucional “*os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade*”.

Para o Instituto Nacional do Seguro Social é cediço que se o postulante ao benefício assistencial possui filhos maiores que auferem renda, cabe a estes fornecerem os recursos para a sua sobrevivência. A responsabilidade do Estado nestes casos seria subsidiária, apenas nos casos de impossibilidade dos filhos

²⁶ CARDOSO, Oscar Valente. Benefício assistencial e Lei nº 12.435/2011: redefinição do grupo familiar. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2942, 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19605>>. Acesso em: 2 out. 2011.

manterem seus pais com dignidade caberia a intervenção do Estado por meio da concessão do benefício.

Quanto ao dever dos filhos de prestar auxílio aos seus genitores, faz-se necessário um esforço do magistrado em analisar o caso concreto. Com efeito, considerando que o limite legal para a concessão do benefício é de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo (R\$ 136,25 – a partir de 01/03/2011), bastaria que os filhos fossem capazes de fornecer esta quantia mínima mensalmente para que o idoso ou a pessoa com deficiência não fizesse jus ao benefício.

Contudo, tal valor é claramente incapaz de propiciar a existência digna a um idoso, especialmente tendo em vistas os gastos maiores relacionados à idade e à saúde. Ademais, é preciso considerar que em certos casos, obrigar o(s) filho(s) a fornecerem auxílio financeiro aos pais poderia a inviabilizar a manutenção do grupo familiar destes.

É evidente que conceder o benefício a todos os idosos ou pessoas com deficiência que se encontrem nas hipóteses mencionadas não seria a decisão mais correta. Neste caso, o Estado estaria sendo obrigado a sustentar indivíduos que perfeitamente poderiam ser mantidos por seus filhos. Porém, simplesmente indeferir administrativamente o benefício, alegando que os filhos tem condição de prover os pais (sem que estes realmente o façam), deixaria os postulantes ao benefício em situação de extrema vulnerabilidade. Se de um lado, não são sustentados pelos filhos, de outro não obtém o auxílio do Estado.

Por se tratar de benefício para garantir a subsistência de seu titular, a melhor opção, no intuito de garantir a proteção adequada aos indivíduos marginalizados, seria o Estado fornecer o benefício e, posteriormente, buscar judicialmente demonstrar que os filhos possuem condição para arcar com as despesas, assim, obrigando-os a prestar auxílio por meio de provimento jurisdicional.

5 Da hipossuficiência econômica objetiva – renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo.

As principais discussões acerca do benefício assistencial residem nas questões relacionadas à constatação da carência econômica do grupo familiar a fim de ensejar a concessão do benefício.

Neste ponto, cumpre analisar as controvérsias existentes acerca dos seguintes temas: a possibilidade de exclusão de benefícios do cálculo da renda familiar, a flexibilização do limite econômico de ¼ do salário mínimo e a presunção de hipossuficiência econômica.

5.1 Exclusão de benefícios prevista na Lei nº 8.742/1993.

O art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 estabelece expressamente um critério objetivo para definir quem se enquadra no conceito de hipossuficiência: “*Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo*”.

O Estatuto do Idoso trouxe grande novidade em 2003 ao definir, no parágrafo único do art. 34 que:

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

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

De acordo o referido texto legal, no caso de idoso postulando a concessão do benefício, caso outro idoso do grupo familiar já seja titular de benefício assistencial, este será excluído do cálculo da renda familiar. Tratou-se, portanto, de uma grande inovação a favor dos indivíduos que buscam a concessão do benefício, uma vez que

a exclusão de outro benefício amplia as possibilidades de concessão, especialmente nos casos de casais de idosos ou grupos familiares com poucos indivíduos.

Contudo, com a inovação legislativa surgiram críticas como do por que o Estatuto do Idoso permitiu apenas a exclusão de benefício assistencial percebido por outro idoso? Tal regra também aplica-se quando o postulante ao benefício é uma pessoa com deficiência? Por que não excluir também o benefício assistencial da pessoa com deficiência ou qualquer benefício previdenciário de valor mínimo percebido por idoso? Mais recentemente, discute-se, inclusive, a possibilidade de exclusão de benefício previdenciário por incapacidade no valor de um salário mínimo de titularidade de qualquer indivíduo do grupo familiar (idoso ou não).

5.1.2 Exclusão de benefício previdenciário de valor mínimo já percebido por idoso do grupo familiar.

Primeiramente, cabe adentrar na discussão da possibilidade de exclusão de todo e qualquer benefício previdenciário de valor mínimo percebido por outro idoso que compõe o grupo familiar do postulante ao benefício. O Instituto Nacional do Seguro Social não exclui do cálculo da renda familiar o idoso que percebe outro benefício que não o assistencial. Sua posição decorre exatamente do que está disposto no texto legal, que restringe a possibilidade de exclusão a outro benefício assistencial.

Este é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, que assentou entendimento de que o parágrafo único do art. 34, Estatuto do Idoso, deve ser interpretado restritivamente, de forma que apenas o benefício assistencial percebido por outro membro do grupo familiar pode ser excluído do cálculo da renda familiar. Neste sentido, a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). NÃO INCIDÊNCIA. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/1993. REQUISITOS. SÚMULA Nº 7/STJ. JUROS MORATÓRIOS. LEI Nº 11.960/2009. NATUREZA JURÍDICA INSTRUMENTAL MATERIAL. EFEITOS.

1. "É firme o entendimento no âmbito desta Corte Superior no sentido de que o art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/2003 deve ser interpretado

restritivamente, ou seja, somente o benefício assistencial porventura recebido por qualquer membro da família pode ser desconsiderado para fins de averiguação da renda per capita familiar, quando da concessão do benefício assistencial a outro ente familiar."

(AgRg no REsp n.º 1.069.476/RS, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 6/4/2009).

2. Contudo, afirmando o Tribunal de origem que a autora preencheu os requisitos necessários à implementação do benefício assistencial, notadamente porque restou comprovada sua hipossuficiência, já com a inclusão da renda de um salário mínimo referente ao benefício percebido por um dos membros da família, não é possível a inversão do julgado tendo em vista o óbice contido na Súmula n.º 7/STJ.

(...)

(STJ, AgRg no REsp 1.233.274/RS, Sexta Turma, Min. Haroldo Rodrigues, data de julgamento 15/03/2011).

A Turma Nacional de Uniformização, por outro lado, se orientou no sentido da aplicação analógica do parágrafo único do art. 34, Estatuto do Idoso, reconhecendo a possibilidade de exclusão do benefício previdenciário recebido por idoso correspondente a um salário mínimo, como pode se aferir das seguintes decisões:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AFERIÇÃO DO CRITÉRIO OBJETIVO - § 3º DO ART. 20 DA LEI Nº 8.742/93. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO. EXCLUSÃO DA RENDA MÍNIMA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA DE CÔNJUGE MAIOR DE 65 ANOS. POSSIBILIDADE.

1. A TNU posiciona-se pela aplicação analógica do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso na hipótese de o benefício percebido pelo cônjuge, maior de 65 anos, ser de natureza previdenciária e de valor correspondente a renda mínima – esse o caso dos autos –, de forma a possibilitar a exclusão de tal rendimento quando da aferição do requisito objetivo, previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, para fins de concessão de benefício assistencial.

2. Pedido de Uniformização não provido

(TNU, PEDILEF nº 2007.83.02.509253-0/PE, Rel. Juiz Fed. Derivaldo de F. B. Filho, DJ 05.03.2010)

Com o devido respeito ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, a interpretação restritiva do parágrafo único do art. 34 ofende o princípio da igualdade. A lei, ao apenas permitir a exclusão de outro benefício assistencial, está fazendo uma discriminação desmotivada em relação aos benefícios previdenciários de valor mínimo percebidos por idosos.

Acerca do princípio da igualdade, Sérgio Fernando Moro afirma que:

Não se pode haver dúvida acerca do papel central ocupado pelo princípio da igualdade em Estado Democrático de Direito. Tal princípio, ao lado das liberdades e dos direitos de defesa fundamentais, constitui o fundamento desse modelo de Estado.

Sem um mínimo de igualdade, inexistente democracia. Os mais fracos sucumbiriam ante a vontade dos mais fortes. Outrossim, é o princípio da igualdade que fornece a garantia de que as políticas públicas perseguirão o benefício de toda a comunidade.²⁷

Por óbvio que o princípio da igualdade é direcionado diretamente ao legislador, que ao criar as leis deve evitar discriminações desmotivadas entre os indivíduos, bem como deve buscar reduzir as desigualdades existentes.

Indo além da máxima aristotélica (“O princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem”), Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que

Para que um discrimen legal seja convincente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos: a) que a desiquiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desiquiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços nelas residentes, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.²⁸

Partindo de tal ensinamento, vislumbra-se que o parágrafo único do art. 34, Estatuto do Idoso, viola requisitos essenciais para que o princípio da igualdade seja respeitado.

Primeiramente a ofensa a “*que as situações ou pessoas desiquiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços nelas residentes, diferenciados*”. Por óbvio que benefício previdenciário e o assistencial não são absolutamente semelhantes. A prestação previdenciária, por exemplo, abrange o direito ao abono anual, bem como garante o direito de pensão aos dependentes em caso de falecimento do titular.

Contudo, ainda assim a diferenciação não é razoável, uma vez que ambos constituem-se de renda de um salário mínimo. A ilustre Juíza Federal Andréia Castro Dias da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Paraná, ao julgar a referida questão sustentou que:

²⁷ MORO, Sérgio Fernando. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. p. 113.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. p. 41.

Este elemento discriminador: espécie de benefício, e não o valor do benefício, não encontra amparo constitucional quando analisado à luz do princípio da igualdade, por tratar situações idênticas de forma desigual. Ou seja, a lei distingue de forma não razoável e até arbitrária, sem uma justificativa ou uma finalidade razoável. Onde há a mesma razão há o mesmo direito; por conseguinte, sendo excluído um benefício assistencial no valor de um salário mínimo, não haveria razoabilidade nem proporcionalidade em não excluir outro benefício, também no valor de um salário mínimo, mesmo sendo previdenciário, sendo irrelevante a designação deste último.

(2ªTR, RI nº 2010.70.63.000108-6, Rel. Juíza Federal Andréia Castro Dias, data de julgamento 14/12/2010)

Conforme acima explicitado, a *natureza do benefício* não se revela como um parâmetro razoável para discriminar situações em que os indivíduos recebem o mesmo valor de benefício. Ademais, ainda a favor do benefício previdenciário, é preciso considerar que o seu beneficiário, para gozar de tal prestação, contribuiu para o sistema previdenciário. Isto é, ao contrário do indivíduo que goza do benefício assistencial, que não precisa necessariamente ter contribuído para o Regime Previdenciário em nenhum momento de sua vida, o titular de prestação previdenciária verteu contribuições para os cofres da Previdência. Assim, tendo em vista tal fato, o elemento de discriminação se revela ainda mais questionável, uma vez que prioriza indivíduos que não contribuíram para o custeio da Seguridade Social, ao invés de pessoas que o fizeram.

Desta forma, a racionalidade da discriminação neste caso também não se sustenta, ofendendo diretamente a outro fator colacionado por Celso Antônio Bandeira de Mello para a configuração do princípio da isonomia: *“que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica”*.

Por fim, o fundamento da discriminação não está de acordo com os interesses constitucionais. A Lei Maior, ao estabelecer a garantia de renda mínima a pessoas com deficiência e idosos, deixou clara sua preocupação com estes dois grupos de indivíduos, frequentemente marginalizados em nossa sociedade. Assim, a proteção destinada a eles deve ser a mais ampla possível.

Todavia, um dos principais argumentos contra a possibilidade de exclusão de outros benefícios de valor mínimo é que o legislador não estabeleceu tais hipóteses. Desta forma, não caberia ao juiz fazê-lo, sob pena de ofensa ao princípio da divisão dos poderes.

O princípio da divisão dos poderes constitui um dos princípios fundamentais de nossa República Democrática (art. 2º, Constituição Federal). De acordo com José Afonso da Silva²⁹, este princípio se fundamenta em dois aspectos: a “especialização funcional”, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário possuem funções específicas; e a “independência orgânica” entre os poderes, inexistindo subordinação direta entre eles.

Por óbvio que não cabe ao Poder Judiciário a atividade legislativa, criando novas hipóteses legais que não previstas pelo Congresso Nacional. Contudo, o julgador, quando diante de uma violação à Constituição, não pode igualmente permanecer silente.

Indo além, é possível afirmar que o juiz, ao determinar a exclusão de um benefício previdenciário mínimo do cálculo da renda familiar *per capita*, está apenas extraíndo novas hipóteses do texto legal, não vislumbrados originariamente pelo legislador, mas que se encontram de acordo com o princípio da igualdade e com os interesses constitucionalmente protegidos.

Desta forma, a interpretação do texto legal no sentido de excluir também os benefícios de valor mínimo de natureza previdenciária é a que melhor atende a princípios como a proteção aos idosos e deficientes, a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Vale destacar que o tema aguarda o julgamento do Recurso Extraordinário nº. 580.963/PR pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1.3 Exclusão de benefício assistencial já percebido por pessoa com deficiência e exclusão de benefício assistencial de idoso quando o postulante ao benefício é pessoa com deficiência.

Nesta mesma esteira de raciocínio, revela-se também extremamente desarrazoada a não possibilidade de exclusão do benefício assistencial percebido por pessoa com deficiência. Conforme mencionado anteriormente, o parágrafo único

²⁹ AFONSO, José da Silva. Curso de direito constitucional positivo. p. 109.

do art. 34, Estatuto do Idoso, permite apenas o não cômputo do benefício assistencial percebido por outro idoso da família.

Contudo, se no caso anterior (benefício previdenciário de valor mínimo de idoso x benefício assistencial de idoso) existia diferenciação quanto à natureza dos benefícios, neste caso ela não existe, uma vez que se trata da mesma prestação. Não existe, assim, qualquer motivo por tratar essas situações como se diferentes fossem.

Se é certo que o idoso, por sua condição frequente de marginalização, é objeto de ampla proteção por parte do ordenamento brasileiro (vide a própria existência do Estatuto do Idoso), a pessoa com deficiência o é também. Ora, os idosos e as pessoas com deficiência foram os escolhidos pelo texto constitucional como únicos titulares do benefício assistencial, especialmente tendo em vista a situação de constante descaso e ausência de meios de subsistência que estão submetidos.

É claro que idosos e pessoas com deficiência não sofrem com o mesmo estigma ou convivem com as mesmas dificuldades cotidianas; contudo, não possível alegar que os dois se encontram em situações diferentes que autorizem a distinção. Se idosos frequentemente apresentam gastos maiores que o resto da população em geral devido a fatores ligados à idade avançada (especialmente com saúde), as pessoas com deficiência também são forçadas a dispender mais dinheiro devido à sua condição física.

Por derradeiro, por apresentarem-se em situação jurídica idêntica, a exclusão do benefício percebido por deficiente, é imperativa a exclusão do benefício assistencial percebido por pessoa com deficiência com base na aplicação analógica do art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso.

Ainda, de acordo com o Estatuto do Idoso, apenas no caso de idoso postulando a concessão do benefício assistencial é que seria possível a exclusão de outro já percebido por outro membro da família. Contudo, de acordo com os motivos acima elencados, tal regra deve ser aplicada também nos casos em que quem busca a concessão da prestação assistencial é pessoa com deficiência. Conforme destacado, nestes casos não há nenhuma diferença entre os benefícios, pois o fato de se tratar de benefício concedido à pessoa com deficiência, não ao idoso, em nada altera a sua natureza, tratando-se, portanto, da mesma prestação, de forma

que as regras devem ser aplicadas igualmente a ambas as situações – sob pena de ofensa clara ao princípio da isonomia.

Neste sentido, o entendimento externado pela Ilustríssima Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhava, quando integrante da Turma Nacional de Uniformização:

Quanto à primeira lacuna, forçoso é reconhecer que, embora o idoso não se identifique socialmente, culturalmente e fisicamente com o deficiente, tanto o idoso quanto o deficiente que buscam a concessão de benefício assistencial são dotados da mesma dignidade enquanto beneficiários de um mesmo benefício de mesmo valor por força de expressa disposição constitucional (art. 203, inc. V, da CF/88) e de expressas disposições legais [no que diz respeito ao princípio da igualdade de direitos no acesso ao atendimento (art. 4º, inc. IV, primeira parte, Lei nº 8.742/93) e quanto à previsão de um mesmo benefício de mesmo valor (art. 20 da Lei nº 8.742/93)]. Portanto, nada justifica que se lhes dispense tratamento normativo diferenciado, não havendo justificativa para a proteção do idoso ser mais ampla do que a proteção do deficiente

(...)

Ante o exposto, voto por conhecer do pedido apenas em relação ao primeiro paradigma invocado (2005.70.51.002552-3) e por dar parcial provimento ao pedido para uniformizar o entendimento de que 'para fins de concessão de benefício assistencial a deficiente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) se aplica por analogia para a exclusão de um benefício previdenciário de valor mínimo recebido por membro idoso do grupo familiar, o qual também fica excluído do grupo para fins de cálculo da renda familiar per capita'.

(PEDILEF nº 2008.70.95.002492-3/PR, Rel. Juíza Fed. Jacqueline M. Bilhalva, D.J. 04/09/2009)

Ressalte-se que a possibilidade de exclusão de benefício assistencial percebido por pessoa com deficiência também aguarda o julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.963/PR pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1.4 Exclusão de benefício previdenciário por incapacidade de valor mínimo percebido por pessoa não idosa do grupo familiar

Ainda a respeito do tema, cabe analisar a possibilidade de exclusão de benefício previdenciário por incapacidade (auxílio-doença/aposentadoria por invalidez) por membro não idoso do grupo familiar, para a apuração da renda mensal *per capita*.

A jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização tem-se orientado no sentido de admitir a exclusão do benefício de aposentadoria por invalidez de valor

mínimo para a verificação da renda familiar e concessão do benefício assistencial de prestação continuada:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº. 10.741/2003) NO CASO DE CÔNJUGE QUE RECEBE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DE VALOR MÍNIMO RECEBIDO POR OUTRO MEMBRO DO GRUPO FAMILIAR. EXCLUSÃO DA RENDA DO GRUPO FAMILIAR PARA FINS DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ACÓRDÃO MANTIDO.

1. Para fins de concessão de benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003) aplica-se por analogia para a exclusão de um benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez de valor mínimo recebido por membro do grupo familiar, o qual também fica excluído do grupo para fins de cálculo da renda familiar per capita.

2. Pedido de uniformização conhecido e improvido.

(TNU, PU 2008.70.54.001122-9, Rel. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann j. 12.08.2010)

Tal raciocínio se justifica tendo em vista que, tratando-se de benefício por incapacidade de valor mínimo, assemelha-se ao benefício assistencial concedido à pessoa com deficiência. Ademais, é entendimento de que se a pessoa percebe aposentadoria por invalidez, especialmente nos casos de indivíduos que recebem apenas um salário mínimo, o valor do benefício deve ser utilizado para o custeio de suas despesas e tratamento, de forma que sua renda não deve ser incluída na do grupo familiar.

Seguindo este raciocínio, seria possível concluir que também inexistiria óbice à exclusão do auxílio-doença no valor de um salário mínimo percebido por outro membro da família, na apuração da renda para a concessão do benefício assistencial. Contudo, primeiramente, cabe ressaltar a diferença entre o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez. O primeiro é concedido ao segurado incapaz temporariamente para sua atividade habitual, por mais de quinze dias. Já a segunda prestação é garantida ao segurado permanente incapacitado para toda e qualquer atividade. Ora, aposentadoria por invalidez claramente se aproxima mais do benefício assistencial da pessoa com deficiência, uma vez que este também é concedido aos indivíduos total e permanentemente incapacitados para o labor.

Porém, conforme destacado anteriormente, nossos Tribunais têm reconhecido a possibilidade de concessão do benefício assistencial a pessoas com incapacidade temporária. Ressalte-se que, para a concessão do auxílio-doença, basta a presença da incapacidade para a atividade habitual do segurado; contudo é possível deduzir

que diversos indivíduos que percebem auxílio-doença atualmente encontram-se na verdade incapacitados não só para seu labor habitual, mas para toda e qualquer atividade remunerada (apesar desta ser uma inaptidão temporária).

Observe-se que quando o segurado incapacitado comparece ao Instituto Nacional do Seguro Social ele solicita um benefício por incapacidade, e não o auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez especificamente, uma vez que cabe à Autarquia definir em qual das duas situações o indivíduo se enquadra.

Isso posto, não são raros as hipóteses de indivíduos que, apesar de acometidos de incapacidade total e temporária, não obtém sucesso imediato em sua recuperação, gozando do benefício de auxílio-doença por anos. Neste caso, temos casos de segurados que efetivamente se encontram em situação igual a dos beneficiários de aposentadoria por invalidez. Assim, nos casos de beneficiários de auxílio-doença que se assemelham à aposentadoria por invalidez, estes também deviam ser excluídos do cálculo da renda familiar, para efeito de benefício assistencial.

A título de exemplo, a seguinte ementa da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Paraná:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CÁLCULO DA RENDA PER CAPITA. EXCLUSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA RECEBIDO POR INTEGRANTE DO GRUPO FAMILIAR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Esta 1ª Turma Recursal, via de regra, tem excluído do cálculo da renda per capita todos os benefícios de renda mínima, de idosos e incapazes, de natureza previdenciária ou assistencial, aplicando por analogia o disposto no art. 34 da Lei 10.741/03, tendo em vista que nesses casos o benefício percebido visa a amparar unicamente seu beneficiário, não sendo suficiente para alcançar os demais membros do grupo familiar.

2. No caso de auxílio doença, contudo, devido ao caráter temporário da incapacidade, tal benefício só pode ser excluído do cômputo da renda familiar per capita quando restar comprovada a gravidade da doença e/ou a longa duração do benefício que permita analogia à invalidez de seu beneficiário.

(1ªTR/PR, RCI nº 2008.70.51.004737-4, Rel. Juíza Federal Ana Beatriz Vieira da Luz Palumbo, DJ 25.05.2009)

5.1.5 Exclusão de mais de um benefício assistencial ou previdenciário de valor mínimo

Outra discussão recente diz respeito à possibilidade da exclusão de mais de

um benefício assistencial ou previdenciário de um mesmo grupo familiar. De acordo com a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, da leitura do parágrafo único do art. 34, percebe-se que este não estabelece nenhuma limitação quanto ao número de benefícios que podem ser excluídos.

Assim, com base nesta interpretação do texto legal, no caso de um indivíduo idoso postulando a concessão do benefício, poderiam ser excluídos mais de um benefício assistencial já percebido por idoso no grupo familiar.

Ainda, com base nos entendimentos jurisprudenciais anteriormente analisados, que afirmam ser possível a exclusão do benefício assistencial percebido por pessoa com deficiência ou dos benefícios previdenciários de valor igual ao salário, a princípio, seria possível desconsiderar do grupo familiar mais de um indivíduo que goze de benefício assistencial ou previdenciário de valor mínimo para fins de cálculo de renda familiar.

Neste sentido, a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região recentemente decidiu que:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA PER CAPITA. EXCLUSÃO DE MAIS DE UM BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

1. A Turma Nacional de Uniformização firmou posicionamento no sentido de que o benefício previdenciário de valor mínimo recebido por idoso deve ser excluído do cálculo da renda mensal para fins de concessão de benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência (v.g.: PU 2008.70.95.00.3443-6, Rel. Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, DJ 13.11.2009; PU 2007.70.53.00.1023-6, Rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, DJ 13.11.2009).

2. O paradigma de exclusão da renda mensal familiar do valor mínimo de seguridade social (benefícios da Previdência ou Assistência Social) em substituição à noção literal limitadora de exclusão do benefício assistencial recebido pelo idoso é aplicável também a partir da inteligência operada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 3.105-DF (Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 18.08.2004, DJ 18.02.2005, RTJ 193/137).

3. Se o que importa é o valor do benefício (um salário) e a sua destinação (prover meios indispensáveis de manutenção a seu titular), deve-se desconsiderar, para fins de cálculo da renda familiar e concessão de LOAS, a natureza do benefício mínimo da seguridade social, se previdenciária ou assistencial.

4. Se há dois benefícios assistenciais percebidos em determinado grupo familiar, excluem-se ambos do cálculo. Com justa razão, acrescente-se, dado inexistir norma jurídica que limite a exclusão de apenas um benefício. Se forem de natureza previdenciária as duas prestações, da mesma forma.

5. Pedido de uniformização conhecido e improvido.

(TRU4, IUJEF nº 0001030-84.2009.404.7056/PR, Rel. para Acórdão Juiz Federal José Antonio Savaris, data de julgamento 25/02/2011)

No caso em questão, em que uma pessoa idosa buscava a concessão do benefício assistencial, foi determinada a exclusão da prestação previdenciária de valor mínimo percebida pelo cônjuge e do benefício assistencial percebido pela filha inválida, de forma que o grupo familiar ficou limitado à autora, tendo lhe sido concedido o benefício.

5.1.6 Possibilidade de renúncia à cota-parte de benefício previdenciário de pensão por morte

Outro avanço interessante na jurisprudência diz respeito à pessoa que percebe cota-parte do benefício previdenciário por pensão por morte. Conforme disciplina o art.77 da Lei nº 8.213/1991 “*havendo mais de um pensionista, [a pensão por morte] será rateada entre todos em parte iguais*”. Já o art. 20, §4º, da Lei nº 8.742/1993 é claro ao afirmar que não é permitida a acumulação de benefício previdenciário com o benefício assistencial. Assim, a pessoa que goza apenas de cota-parte de pensão por morte não pode perceber a prestação assistencial.

Desta forma, nossos Tribunais têm entendido que estes indivíduos podem renunciar à sua parcela da pensão por morte (que reverterá aos demais beneficiários – art. 77, §1º, Lei nº 8213/1991), uma vez que fazem jus a benefício mais vantajoso. Neste sentido:

LOAS. RENÚNCIA À COTA PARTE DE PENSÃO POR MORTE PARA POSSIBILITAR RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CABIMENTO. Há direito de opção entre benefício previdenciário e benefício assistencial para o mesmo beneficiário, de modo que cabe a renúncia ao primeiro com o fim específico de recebimento do segundo. (TRU4, IUJEF 2007.70.95.011312-5, Rel. para Acórdão Juíza Federal Loraci Flores de Lima, D.E. 22/09/2008)

Assim, por exemplo, no caso de uma mãe com deficiência com quatro filhos, sendo que cada um recebe um quinto de uma pensão por morte de valor mínimo, esta poderia renunciar à sua cota-parte em favor dos demais e assim perceber o benefício assistencial, afinal a renda do grupo familiar é menor que $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

5.1.7 Exclusão de benefício previdenciário de valor superior ao mínimo

Por fim, cabe ressaltar que é praticamente pacífico de que não é possível a exclusão de benefício previdenciário de valor superior ao salário mínimo, a exemplo da seguinte ementa:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº 10.741/2003). APLICAÇÃO ANALÓGICA. BENEFÍCIO DE PREVIDENCIÁRIO DE VALOR SUPERIOR AO MÍNIMO. EXCLUSÃO DA RENDA DO GRUPO FAMILIAR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Para fins de concessão de benefício assistencial, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) não é analogicamente aplicável a benefício previdenciário de valor superior ao mínimo para fins de exclusão do valor equivalente a um salário mínimo da renda do grupo familiar.

2. O conceito de benefício de valor mínimo previsto nesse dispositivo legal não é indeterminado, não autorizando a exclusão do valor de um salário mínimo de benefício que não seja de valor mínimo, sob pena de inovação da ratio legis e de atuação do juiz como legislador positivo.

(TRU4, IUJEF nº 2007.72.65.000624-1/SC, Rel. para acórdão Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhava, D.E. 16/03/2009)

Contudo, nestes casos, tem-se discutido amplamente a possibilidade de flexibilização do requisito econômico, que será tratada a seguir.

5.2 Flexibilização do requisito econômico

A recente Lei nº 12.435/2011 alterou a redação da Lei nº 8.742/1993 a respeito da incapacidade e da composição do grupo familiar, mas manteve o entendimento de que “*Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo*” (art. 20, §3º).

Assim, considerando-se o valor do salário mínimo atualmente (R\$ 545,00 – definido pela Lei nº 12.382/2011), para que o indivíduo seja considerado hipossuficiente economicamente a renda de seu grupo familiar deve ser inferior a R\$ 136,25.

Muito se discute a respeito deste dispositivo legal, uma vez que é constantemente questionado o parâmetro eleito pelo legislador para identificar as pessoas em situação de miserabilidade.

A Turma Regional de Uniformização da 4ª Região chegou a afirmar que o limite objetivo de $\frac{1}{4}$ tinha sido substituído pelo de $\frac{1}{2}$ do valor do salário mínimo após a edição da Lei nº 9533/1997, nos termos da súmula nº 06: "*O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, restou modificado para $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei nº 9.533/97, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA*". Contudo, tal súmula foi cancelada em 07/07/2006.

Ressalte-se que o presente trabalho não pretende em nenhum momento estabelecer um limite objetivo que defina de forma precisa quem são os indivíduos que se encontram em situação de carência econômica apta à concessão do benefício assistencial. Qualquer que seja o critério adotado, simplesmente por se tratar de um requisito objetivo, sempre haverá situações em que ele não se mostrará eficaz. Assim como atualmente se discute se indivíduos com renda per capita superior $\frac{1}{4}$ do salário mínimo fariam jus ao benefício, tal discussão também se repetiria qualquer fosse o novo parâmetro fixado.

Adentrando na discussão do limite econômico objetivo, vale lembrar que o art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232. Na ocasião, o relator, Ministro Ilmar Galvão, afirmou que o dispositivo era constitucional, uma vez que a própria Lei Maior no art. 203, V, afirmou que a regulamentação do benefício assistencial devia ser realizada por meio de lei. Contudo, o Ministro ressaltou que tal limite só estabeleceria uma presunção de miserabilidade, ou seja, o grupo familiar cuja renda é inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo presume-se hipossuficiente economicamente.

Assim, em casos em que este limite acabasse sendo ultrapassado, o juiz poderia, diante do caso concreto, apontar outros elementos que demonstrariam a carência econômica no intuito de conceder o benefício.

Todavia, no referido julgado, prevaleceu o entendimento do Ministro Nelson Jobim, que sustentou que caberia apenas à lei estabelecer meios de comprovação do estado de miserabilidade, e esta optou apenas pelo limite objetivo de ¼.

Tal entendimento, inclusive, foi ratificado posteriormente no julgamento do Agravo Regimental na Reclamação 2.303/RS (D.J. 01/04/2005), de relatoria da Ministra Ellen Gracie, sustentando que cabia apenas à lei, não ao juiz, definir outros meios de aferição de miserabilidade. Também na Reclamação nº 2.323/PR, de relatoria do Ministro Eros Grau (D.J. 20/05/2005), o entendimento se manteve firme, apesar do surgimento de outras leis de caráter assistencial que concediam seus benefícios com base em outros critérios reveladores da carência econômica (Bolsa Família – Lei nº 10.836/2004 e Programa Nacional de Acesso à Alimentação – Lei nº 9.533/97).

Porém, o Ministro Gilmar Mendes em voto proferido na Reclamatória nº 4.374/PE (D.J 06/02/2007), alertou para a mudança gradual do posicionamento do Supremo em relação ao requisito econômico desde o julgamento da ADIn nº 1.232. O ilustre Ministro lembrou que os Ministros Celso Bandeira de Mello, Carlos Aires Britto e Ricardo Levandowski passaram a negar seguimento às Reclamações apresentadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social afirmando que este não é o meio processual adequado para reexame do conjunto probatório que levou às decisões atacadas a alegar que estava preenchido o requisito da miserabilidade sem observância estrita ao art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993.

Além disso, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que as decisões judiciais atacadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social não tem declarado a inconstitucionalidade do art. 20, §3º, mas sim realizado interpretações quanto ao estado de carência econômica com base nas leis posteriores a Lei nº 8.742/1993 (como as já citadas Leis nºs 9.533/1997 e 10.836/2004).

Como exemplo cabal de mudança de entendimento do Supremo, o Ministro Gilmar Mendes destaca a decisão monocrática de autoria da Ministra Carmen Lúcia (Reclamação nº 3.805/SP, D.J 18/10/2006), que sustentou:

De se concluir, portanto, que o Supremo Tribunal Federal teve por constitucional, em tese (cuidava-se de controle abstrato), a norma do art. 20, da Lei n. 8.742/93, mas não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma. Taxativa, neste sentido, é a inteligência do acórdão [ADIn n.º 1.232] nos termos clareados pelo Ministro Sepúlveda Pertence, transcrito

parcialmente acima. A constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social "a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social", tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

(...)

Afirmo: e a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à mingua algum brasileiro é incompatível com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República). (sem destaque no original)

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que, mantendo o entendimento anterior acerca da constitucionalidade do art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993, o Supremo caminhava no sentido de admitir que outros fatores, além do limite de ¼ do salário mínimo, poderiam ser utilizados na aferição da carência econômica. O Ministro, contudo fez uma última e importante ressalva já em 2007 ao afirmar que *“A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do §3º do art. 20 da Lei 8.742/1993. Diante de todas essas perplexidades sobre o tema, é certo que o Plenário do Tribunal terá que enfrentá-lo novamente”*.

A respeito da mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, Carolina Scherer Bicca afirma que aquele Tribunal

não vem se limitando à decisão proferida na ADI nº 1.232-DF, tida como paradigmática, mas apenas tomando-a por base para decidir os casos que lhe são submetidos à apreciação, visando garantir a integridade do sistema. Assim, entende-se, à luz de Dworkin, é possível ao juiz, mediante análise do contexto probatório de um caso concreto, conceder o benefício de prestação continuada mesmo àqueles que não comprovem renda familiar inferior a ¼ do salário-mínimo, mas que demonstrem não ter condições de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

É claro que o julgador não deve se apartar da razoabilidade e, para tanto, alguns têm se amparado em critérios mais elásticos, estabelecidos para outras espécies de benefícios assistencial, em geral, a observância de ½ salário-mínimo para a sua concessão. Com base no exposto, pode-se afirmar que o juiz que adotar a postura defendida neste artigo não estará praticando ativismo judicial, na concepção negativa, pois sua decisão estará

baseada na racionalidade, atendendo, pois, aos mandamentos da Constituição Federal.³⁰

Neste mesmo sentido se tem orientado a jurisprudência dos demais tribunais brasileiros. O Superior Tribunal de Justiça, apesar de apenas admitir a exclusão de outro benefício assistencial do cálculo da renda familiar, adotou o entendimento no sentido de que é possível a aferição do estado de miserabilidade por outros meios, a exemplo da recente ementa:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DO ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RENDA PER CAPITA SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. MISERABILIDADE. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. RECEBIMENTO DE APOSENTADORIA PELO CÔNJUGE. CÔMPUTO. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE COMPROVADA. SÚMULA Nº 07/STJ.

1. No Recurso Especial 1112557, de relatoria do em. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a Terceira Seção, pelo rito do art. 543-C do CPC, decidiu que a limitação da renda per capita familiar não se revela o único critério a ser adotado para fins de comprovação da miserabilidade do portador de deficiência ou idoso, tendo em vista o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

2. Ainda que computado o valor da aposentadoria do cônjuge, reconheceu o Tribunal de origem o estado de miserabilidade da requerente. Conclusão diversa demanda revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial pelo enunciado sumular nº 07/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ, 5ª Turma, Ag no REsp 1.229.103/PR, Min. Adilson Vieira Macabu, D.J. 03/05/2011)

A Turma Nacional de Uniformização também firmou posicionamento no sentido de que o limite ¼ não é absoluto:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDOSO. CRITÉRIO OBJETIVO DE ¼ DE SALÁRIO MÍNIMO DE RENDA "PER CAPITA". LIMITE MÍNIMO. NECESSIDADE DE APRECIÇÃO DOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. INCIDENTE PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Conforme entendimento já assente nesta TNU, o critério objetivo de ¼ de salário mínimo "per capita" não pode ser o único considerado na apuração da vulnerabilidade econômica da parte autora, devendo ser considerados outros elementos na apuração de tal requisito, principalmente aqueles elencados por ocasião da elaboração do laudo sócio-econômico.

2. Incidente parcialmente provido, determinando o retorno dos autos à Turma Recursal de origem, para que esta, afastado o critério de ¼ de salário mínimo "per capita" como único limite objetivo, aprecie as demais provas constantes dos autos, concluindo pela procedência ou pela improcedência do pedido.

Visto, relatado e discutido este processo, em que são partes as acima indicadas, decide a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência

³⁰ BICCA, Carolina Scherer. Benefício de prestação continuada: "justiça como integridade". Revista Jurídica Consulex. p. 18-19.

dos Juizados Especiais Federais, por unanimidade, dar parcial provimento ao Incidente de Uniformização, nos termos do voto do Relator. (TNU, PEDILEF nº 2007.70.50.014189-4/PR, Rel. Juiz Fed. Otávio Henrique Martins Port, D.J. 13/05/2010).

Assim como a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO. RENDA PER CAPITA SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. CRITÉRIO NÃO ABSOLUTO.

1. O critério objetivo estabelecido pela Lei nº 8.742/93 (artigo 20, §3º) não exclui outros elementos de prova para aferição da condição sócio-econômica do requerente e sua família.
2. Incidente de uniformização de jurisprudência conhecido e provido (TRU4, IUEJF 2007.70.54.000779-9/PR, Rel. Juíza Federal Flávia da Silva Xavier, D.J. 21/01/2009)

O próprio legislador tem demonstrado preocupação com o limite objetivo, até o presente momento, 40% dos projetos de lei apresentados sobre benefício assistencial tinham como objeto elevar o limite de ¼ do salário mínimo (os valores variavam de 1/3 até três salários mínimos de renda mensal *per capita*)³¹.

Neste ponto cabe fazer algumas críticas ao limite objetivo. Primeiro, ao utilizar como o salário mínimo nacional como base, o legislador está desconsiderando completamente a diferença do custo de vida existente entre as regiões do país, e, inclusive, dentro dos próprios Estados.

Segundo, como entendeu o Ministro Ilmar Galvão no julgamento da ADIn nº 1.232/DF, o parâmetro de ¼ do salário mínimo deveria apenas estabelecer uma presunção de miserabilidade, e não funcionar como um limite objetivo obrigatório para a concessão do benefício.

É incabível imaginar que um parâmetro fixo e pensado abstratamente possa ser realmente eficaz, especialmente quando este tenta definir quem se encontra em situação de risco social.

Por óbvio que apenas diante da análise do caso concreto é possível analisar se a pessoa necessita de auxílio da Assistência Social. Caso contrário, as ações em que se discute a concessão do benefício assistencial seriam demasiadamente simples, bastando questionar o postulante a respeito da renda de seu grupo familiar e verificar se este se enquadra ou não no limite.

³¹ MARCO, Patrícia Souza de. Demandas da sociedade e desafios para a gestão do BPC. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/eventos/assistencia-social/seminario-internacional-bpc/sobre-o-evento/apresentações>. Acesso em: 20/07/2011.

Na verdade essas ações exigem a realização de diligências no intuito de averiguar a condições em que habita o postulante ao benefício, qual a composição do grupo familiar, qual a renda, quais são os gastos com saúde, alimentação, vestuário, transporte e se outros indivíduos do grupo familiar também apresentam fatores que encarecem o custo de vida (como membros da família com idade avançada, com deficiência ou que necessitem de tratamentos particularizados com saúde não cobertos pelo Sistema Único de Saúde).

Cabe ressaltar que a lei ao estabelecer o limite objetivo está falando da renda bruta do grupo familiar, não da líquida. Desta forma, a possibilidade do juiz poder aferir por outros meios a presença da miserabilidade se torna ainda mais relevante. Ora, se um grupo familiar apresenta renda bruta pouco superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, mas ao mesmo tempo apresenta despesas mensais que superam sua renda, está por óbvio configurada a situação de miserabilidade.

Especificamente quanto ao papel do juiz em relação aos direitos sociais, José Antonio Savaris ensina que: “*Os objetivos constitucionais fundamentais de erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e defesa intransigente da dignidade da pessoa humana devem inspirar toda a atuação judicial na aplicação dos direitos sociais e no âmbito da justiça previdenciária, mais especificamente*”³².

Assim, se o julgador, após análise detalhada do caso concreto, entender que se encontra presente a situação de hipossuficiência econômica, estaria agindo de forma contraditória ao não conceder o benefício por esta ser superior ao limite legal. Todavia, neste momento não cabe estender a discussão acerca do papel do juiz em relação aos direitos da Assistência Social, que será analisada no próximo capítulo.

Por fim, agregue-se que a discussão quanto à possibilidade de concessão do benefício assistencial sem o preenchimento do requisito objetivo previsto no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 aguarda julgamento o Recurso Extraordinário nº 567.985/MT.

³² SAVARIS, José Antonio. Método e ideologia na aplicação do direito previdenciário. in: Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.). p. 144.

5.3 Presunção de hipossuficiência econômica

Ainda a respeito da renda, com exceção do Supremo Tribunal Federal, que ainda não se manifestou de forma categórica quanto à possibilidade de aferição da miserabilidade através de outros meios de prova, os demais órgãos do Poder Judiciário têm considerado que o limite de $\frac{1}{4}$ funciona apenas como um parâmetro para os julgadores analisarem se presente ou não a miserabilidade no caso concreto.

Contudo, assim como se tem entendido que o indivíduo cujo grupo familiar supere o requisito econômico pode ser enquadrado no estado de carência econômica devido aos elementos probatórios acostados aos autos, poderia o juiz afastar tal presunção em grupos cuja renda seja efetivamente inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo?

Ora, se por um lado a atuação do julgador foi ampliada nos casos de concessão de benefício assistencial, exigindo-se que este seja sensível à realidade do caso concreto, podendo inclusive flexibilizar o requisito legal, este também poderia considerar que, apesar da renda não superar o critério legal, não está configurada a carência econômica necessária a ensejar a proteção assistencial.

A respeito do tema, a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, com base em julgado já citado anteriormente da Turma Nacional de Uniformização, que tratava da possibilidade exclusão de benefícios previdenciários de valor mínimo e da aferição da miserabilidade por outros meios, decidiu por maioria que, caso a renda não supere $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, a presunção de carência econômica é absoluta. A seguir, o trecho do voto da Turma Nacional de Uniformização e a ementa da posição adotada pela Turma Regional de Uniformização da 4ª Região com base naquele julgado:

O modo de aferição da necessidade econômica já foi estabelecido pela legislação de regência, pautando-se basicamente em critérios objetivos de miserabilidade.

O principal critério objetivo é a renda familiar per capita igual ou inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

E também é objetivo o critério previsto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso.

Ambos os critérios se pautam exclusivamente pela renda do grupo familiar, sem qualquer tipo de perquirição acerca de outros sinais de miserabilidade.

Por isso, a existência de renda familiar per capita igual ou inferior a ¼ do salário mínimo gera presunção absoluta de miserabilidade.

Portanto, se após a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso a renda familiar per capita resultar igual ou inferior a ¼ do salário mínimo, então aí haverá presunção absoluta de miserabilidade.

Trata-se de um imperativo hermenêutico.

Ou a aplicação analógica cabe em função de igualdade de razões normativas, ou não cabe.

Cabendo dita aplicação, como no contexto do caso do autor, não cabe avaliar qualquer outro sinal de miserabilidade.

Somente após a aplicação analógica do dispositivo legal é que, aí sim, se examinará a presença, ou não, de miserabilidade em atenção a renda afinal resultante em valor igual ou inferior a ¼ ou ½ do salário mínimo ou a outro patamar a ser aferido caso a caso.

Somente se o patamar for superior a ¼ do salário mínimo, aí então a presunção de miserabilidade não será absoluta.

(TNU, PU nº 2008.70.51.001848-9, Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 04.09.2009) (sem destaques no original)

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REQUISITO ECONÔMICO. RENDA FAMILIAR PER CAPITA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO-MÍNIMO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CARÊNCIA ECONÔMICA. PROVIMENTO.

1. Se a renda familiar do pretendente ao benefício é inferior a ¼ do salário-mínimo, presume-se a carência econômica do grupo familiar. Precedente da TNU: PU 2008.70.51.001848-9, Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 04.09.2009.

2. Incidente de Uniformização conhecido e provido.

(TRU4, PEDILEF nº 0001525-46.2009.404.7051, Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, D.E 10/02/2011)

A princípio a decisão parece ir contra o posicionamento consagrado jurisprudência, restringindo a atuação do julgador. No referido julgamento na Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, a ilustríssima Juíza Federal Ivanise Correa Rodrigues Perotoni, que restou vencida, sustentou que:

Assim, pode-se dizer que a verificação objetiva do requisito econômico é apenas um parâmetro, dentre outros, a fim de verificar a situação do cidadão que pleiteia o benefício assistencial. Dessa forma, importa saber se está presente a real situação de miserabilidade, a ser aferida em cada caso, de acordo com o conjunto probatório. Portanto, o Magistrado pode conceder o benefício em situações nas quais a renda supera o limite de ¼ do salário mínimo, e também negá-lo ainda que a renda comprovada seja inferior ao indicado limite.³³

(TRU4, PEDILEF nº 0001525-46.2009.404.7051, Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, D.E 10/02/2011)

Contudo, aparentemente o que a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região buscou com o posicionamento não foi simplesmente restringir a atuação do

³³ No referido julgamento a Juíza Federal Ivanise Correa Rodrigues Perotoni restou vencida.

juiz diante do caso concreto, mas sim garantir maior proteção aos indivíduos que buscam a concessão do benefício judicialmente.

O próprio legislador ao criar a Lei nº 8.742/1993 entendeu que o indivíduo idoso ou com deficiente que pertence a um grupo familiar com renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo vive em situação de risco social, tanto que necessita de um benefício estatal para auxiliar em sua subsistência. Por óbvio que uma renda de valor tão reduzido dificilmente é suficiente para garantir uma vida digna. Assim, a presunção absoluta de carência econômica consagrada pelo referido julgado buscou proteger as pessoas, que já tendo preenchido o requisito legal, acabariam recendo tratamento mais rígido por parte do Judiciário do que pela Administração.

Alie-se ao fato de que um indivíduo nessas condições, que tivesse a presunção de miserabilidade afastada pelo julgador, teria que esperar um tempo considerável para apreciação de um eventual recurso a fim de obter um provimento favorável, especialmente tendo em vista a morosidade de nosso Judiciário atualmente; sendo que enquanto isso viveria em situação de privação.

Se é certo que, por mais improvável que pareça, em alguns casos não está configurada a situação de miserabilidade em grupos familiares com renda inferior à ¼ do salário mínimo, o posicionamento firmado pelo Tribunal com certeza evitará muito mais injustiças ao consagrar que a presunção da hipossuficiência econômica nestes casos é absoluta.

Fica claro a prevalência do princípio do “*in dubio pro misero*”, que nas palavras de Laurita Hilário Vaz, representa “*um dos princípios mais significativos do direito previdenciário, porque representa a idealização de sua filosofia, que é protetiva, como forma de viabilizar melhores condições de vida aos mais necessitados e realizar, senão a isonomia, o abrandamento das diferenças sociais*”³⁴.

³⁴ VAZ. Laurita Hilário. Inovações jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça em matéria previdenciária. in: Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 461

6 O papel do Poder Judiciário em relação ao benefício assistencial

Mesmo já tendo sido ressaltado ao longo do texto o papel dos julgadores nos casos de concessão de benefício assistencial, cabe, ainda, uma pequena análise mais específica.

Acerca da função do Poder Judiciário, Cintra, Grinover e Dinamarco tecem as seguintes considerações:

Os direitos fundamentais, formulados pela Constituição através de normas necessariamente vagas e genéricas, quando violados ou postos em dúvida só podem ser afirmados, positivados e efetivados pelos tribunais. E a regulamentação das relações jurídicas, por parte do direito objetivo, é frequentemente importante para a solução dos conflitos de interesses.

É perante o Poder Judiciário, portanto, que se pode efetivar a correção da imperfeita realização automática do direito: vãs seriam as liberdades do indivíduo que não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo³⁵.

(sem destaques no original)

Ora, partindo de tal ensinamento, verifica-se que o julgador, para além de mero aplicador da literalidade do texto legal, deve estar atento à realidade social que o rodeia, buscando interpretar e aplicar a norma do modo que alcance seu verdadeiro objetivo. Nas palavras de Carlos Maximiliano, na clássica obra “Hermenêutica e aplicação do direito”:

Não pode o Direito isolar-se do ambiente que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas não se alteram à proporção que envolve a coletividade, consciente ou inconsciente a magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes, imprevistas. (...). O instituto de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico de exegese.³⁶

De acordo com o doutrinador, a ciência da aplicação e interpretação do direito busca levar ao progresso da norma, ampliando seu sentido para além daquele originariamente concebido.

³⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. p 176.

³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. p.157.

O autor destaca, ainda, que o legislador não pode estabelecer na norma uma fórmula imutável, que impeça a adaptação desta às exigências sociais. O critério estabelecido na lei não deve ser absoluto, mas sim, servir como um parâmetro segundo o qual os membros do Judiciário devem balizar sua atuação.

É preciso reconhecer o caráter dinâmico do direito, que deve se adaptar às novas realidades sociais. Acerca de tal fenômeno, Eros Roberto Grau, ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, tece as seguintes considerações:

Repito-o: a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim um processo de contínua adaptação de seus textos à realidade e seus conflitos.

O direito é um dinamismo.

Daí a necessária adesão à ideologia dinâmica da interpretação e à visualização do direito como instrumento de mudança social, até o ponto em que o direito passa, ele próprio, a ser concebido como *uma política pública*. Além disso, a compreensão de que a referência a um *direito pressuposto* condicionante da produção do *direito posto* reclama consideração da virtualidade de um nexos entre ambos; o *direito posto* é, então, penetrado por significações não integralmente congruentes com seus significados tradicionais (originais); donde, entropicamente, a emergência de um sentido não-conservador (transformador) no direito.³⁷

Tratando-se especialmente de norma de direito assistencial, que visa proteger os indivíduos marginalizados da sociedade, limitar a atuação do magistrado, obrigando-o a observar apenas critérios rígidos para a concessão do benefício constituiria um contrassenso.

A própria Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (nova denominação da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro), em seu art. 5º estabelece que “*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”.

Conforme destaca o Maximiliano, “*prefere-se o resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno e suave*”³⁸.

Não se está a defender a aplicação cega do direito por parte de seus intérpretes, permitindo que as decisões tenham como base sentimentos pessoais dos magistrados, afastando completamente o texto legal. Tal permissividade poderia levar a mais injustiças do que as que ocorrem atualmente. Contudo, ao aplicar a lei é

³⁷ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. p. 111.

³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. p. 165.

necessário ter presente a ideia de que é preciso fazê-lo respeitando os princípios constitucionais. É o que nos ensina também Luís Roberto Barroso acerca da atividade do julgador, ao afirmar que

O juiz não pode ignorar o ordenamento jurídico. Mas, com base em princípios constitucionais superiores, poderá paralisar a incidência da norma no caso concreto, ou buscar-lhe novo sentido, sempre que possa *motivadamente* demonstrar sua incompatibilidade com as exigências de razoabilidade e justiça que estão sempre subjacentes ao ordenamento. Jamais deverá o magistrado se conformar com a aplicação mecânica da norma, eximindo-se de sua responsabilidade em nome da lei – não do direito! –, supondo estar no estrito e estreito cumprimento do dever.³⁹

É exatamente esta ideia que se pretendeu destacar ao longo do presente trabalho. O julgador não está adstrito absolutamente à Lei nº 8.742/1993 e seus decretos regulamentadores. Sua preocupação maior deve ser com o ordenamento como um todo, especialmente com o disposto na Constituição. Em relação aos direitos assistenciais, sua atuação deve se orientar no sentido de conferir-lhes a maior efetividade possível.

Neste ponto, vale ressaltar novamente o entendimento externado pela Ministra Carmen Lúcia na Reclamação nº 3.805/SP, que afirmou que o juiz, diante de uma situação em que entende que configurada a situação de miserabilidade, que é incompatível com os princípios constitucionais como a erradicação da pobreza (art.3º, III), dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), os direitos sociais (art. 6º) e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, I), não pode simplesmente ignorar tais fatos e indeferir o benefício uma vez que não observados literalmente os requisito legais.

Além de ter em mente os princípios constitucionais, o magistrado deve ser atuante no bojo do processo em que se discute a concessão do benefício, de forma que apreenda da melhor forma a realidade que cerca o indivíduo que busca a proteção da Justiça.

A respeito do tema, Artur César de Souza faz importantes considerações acerca do princípio da *imparcialidade do juiz* em seu texto “A parcialidade positiva do juiz”. Em sua obra ligada ao aspecto ao aspecto processual, o doutrinador afirma que na atualidade faz-se necessária uma releitura do referido princípio. O juiz não

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.. p. 283.

pode permanecer inerte em sua atividade, mas deve atuar ativamente no intuito de reduzir o desequilíbrio existente entre as partes, no que chama de “parcialidade positiva” do juiz que

tem por finalidade a efetivação material dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal e desabrochados pelo constitucionalismo social, os quais direcionam a aplicação da ‘parcialidade positiva’ segundo os valores consignados no texto constitucional, prescrevendo ainda que o magistrado leve em consideração em sua atividade jurisdicional os aspectos sociais, econômicos e culturais das partes envolvidas no processo.⁴⁰

Nas demandas que discutem a concessão do benefício assistencial, a atuação engajada do juiz ganha especial relevância. Nesta ação, tendo em vista o valor reduzido da causa, a competência é direcionada aos Juizados Especiais Federais (art. Art. 3º, *caput* e §3º, da Lei nº 10.259/2001), nos quais não é necessário o patrocínio de advogado. Assim, de um lado temos um indivíduo sem meios de subsistência digna e, do outro lado, o Instituto Nacional do Seguro Social. Fica claro o profundo abismo existente entre as partes, o que exige ação do magistrado no intuito de reduzi-lo, garantindo assim o respeito a outros princípios, como o devido processo legal, a ampla defesa e o amplo contraditório.

Ou seja, o julgador, além de ter em mente os princípios constitucionais, deve estar ciente da importância de compreender as condições pessoais do postulante ao benefício, uma vez que somente assim poderá analisar com precisão a presença dos requisitos necessários à concessão da prestação assistencial.

Como ressalta Artur César de Souza: *“Este novo alicerce do instituto da imparcialidade do juiz deve manter-se atualizado pelas insatisfações sociais com os resultados apresentados por um Poder Judiciário que, apesar do ótimo padrão, estrutural tecnológico, ainda fornece resultados pífios, representativos de um país periférico vitimizado pela ordem globalizada, perversa e injusta de um sistema mundo dominante”*⁴¹.

Ademais, como já mencionado anteriormente, não procede a alegação de ofensa ao princípio da divisão dos poderes. Ainda que cumpra ao legislador estabelecer os critérios legais para a concessão do benefício, é o magistrado, diante

⁴⁰ DE SOUZA, Artur César. A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social. in: Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.). p. 352.

⁴¹ Ibidem. p. 334

dos casos concretos, que muitas vezes se revelam extremamente desafiadores, que deve fornecer uma resposta adequada, e, muitas vezes, será necessário dotar a lei de novo significado para que isto ocorra. Nas palavras de Piero Calamandrei, “*O Juiz é o direito tornado homem. Na vida prática, só desse homem posso esperar a proteção prometida pela lei sob uma forma abstrata*”⁴².

Por fim, ressalte-se que, ao longo deste trabalho, em nenhum momento foi citada qualquer decisão que deu um novo significado à lei tendo como base um senso de justiça próprio do julgador. Com efeito, todas as decisões colacionadas se baseiam em princípios constitucionais e assistenciais. O Poder Judiciário, ainda que esteja abrandando os requisitos legais no intuito de permitir que o benefício alcance a maior parcela de indivíduos em situação de risco social, não o faz sem critérios.

Quando o indivíduo tem seu benefício administrativamente indeferido e ajuíza uma ação perante o Poder Judiciário, ele espera uma resposta adequada e justa, e é obrigação do julgador fornecê-la. Neste ponto, após a análise da construção jurisprudencial que cerca a concessão do benefício assistencial, é possível afirmar que o Poder Judiciário tem buscado cumprir com esta obrigação.

⁴² CALAMANDREI, Piero. Eles os juízes, vistos por nós, os advogados. p.30.

CONCLUSÃO

A Assistência Social e o benefício assistencial são normalmente abordados de forma resumida pela doutrina em obras de Direito Previdenciário, apenas com referências à Constituição, à Lei nº 8.742/1993 e, eventualmente, a alguma discussão quanto aos requisitos autorizadores do benefício.

Contudo, como se demonstrou ao longo deste trabalho, existem diversas discussões que envolvem o benefício assistencial, sendo que cada um dos seus requisitos se encontra envolto em diversas controvérsias.

Por óbvio que as discussões não se resumem àquelas trazidas ao longo deste trabalho. Por exemplo, mais próximo do aspecto sociológico, muito se discute se o benefício, da forma como concedido atualmente, não está simplesmente eximindo o Estado de implantar as demais políticas sociais necessárias para evitar a marginalização de idosos e pessoas com deficiência⁴³.

Todavia, neste momento, o benefício assistencial é um instrumento extremamente importante para a sobrevivência de indivíduos à margem da sociedade. Se idosos e pessoas com deficiência são frequentemente abandonadas pela própria família, bem como pelo Estado, ao menos a prestação assistencial fornece um suporte mínimo para a sua subsistência.

Contudo, a Lei nº 8.742/1993 originariamente estabeleceu critérios demasiadamente rígidos, restringindo o benefício a um grupo pequeno de indivíduos, deixando desassistida grande parcela de pessoas marginalizadas, que também necessitam da proteção da Assistência Social.

Se o legislador não se encarregou de corrigir o texto legal, no intuito de conferir-lhe maior efetividade, coube ao Poder Judiciário tal tarefa, interpreta-lo à luz de nossa ordem constitucional e dotá-lo de novo sentido para garantir a máxima eficácia à proteção dos indivíduos que se encontram em situação de risco social.

Ora, a Lei nº 8.742/1993 deve garantir a eficácia do art. 203, V, da Constituição Federal, protegendo pessoas idosas ou com deficiência sem condições mínimas de subsistência. Além disso, o texto legal deve observar princípios e

⁴³ Cf. SAVARIS, José Antonio. Assistência social e a inclusão excludente da pessoa com deficiência. disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-nov-25/assistencia_social_inclusao_excludente_pessoa_deficiencia. Acesso em 15/09/2011.

objetivos constitucionais como a dignidade da pessoa humana, o combate à pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Desta forma, se a norma não atinge sua finalidade de forma plena, cabe ao julgador adaptar suas disposições no intuito de conferir à lei a eficácia desejada.

Neste ponto cabe ressaltar a atividade da jurisprudência ao atenuar o rigor do texto legal ao estabelecer novas formas de analisar o preenchimento dos requisitos da incapacidade e da carência econômica.

Tal tarefa não é das mais fáceis. A análise da presença dos requisitos autorizadores no caso concreto se revela uma atividade complexa, que exige sensibilidade do julgador, bem como profunda análise dos elementos pessoais do postulante ao benefício.

Desta forma, uma abordagem meramente formal não é suficiente para uma resposta adequada por parte da jurisdição. Ainda que existam elementos objetivos como perícias médicas, autos de constatação e cálculos da renda familiar *per capita*, estes por si só não são suficientes para oferecer uma resposta conclusiva quanto à necessidade ou não da intervenção da Assistência Social, que deve ser aferida tendo em vista a realidade fática daquele que se socorre ao Poder Judiciário para ter acesso ao benefício.

Com efeito, como foi ressaltado, os critérios legais podem ser flexibilizados dependendo das condições pessoais do postulante ao benefício. A análise da incapacidade, por exemplo, deve levar em conta os seguintes aspectos do postulante ao benefício: a idade, instrução, histórico profissional e limitações decorrentes da doença.

Quanto à carência econômica, a atividade do julgador se revela igualmente complexa. Foi ressaltado o entendimento jurisprudencial dominante no sentido de que o critério do art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993 (renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo) deve servir como apenas um parâmetro para orientar a atividade do magistrado, e não como um limite absoluto. Ora, se após a instrução probatória, na qual o Instituto Nacional do Seguro Social pôde exercer a ampla defesa, ficar demonstrada a carência econômica, deve o juiz conceder o benefício, ainda que a renda extrapole o valor de ¼ do salário mínimo, como medida de justiça.

Como ressaltado, ainda que obrigado a observar o texto legal, o julgador deve primeiro se reportar à Constituição, que pugna pela dignidade da pessoa humana, combate à pobreza e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Agregue-se que nenhuma das decisões citadas ao longo do trabalho, flexibilizando os requisitos legais, ou lhes dando novo sentido, tiveram com base sentimentos de pena do julgador, mas sim se sustentaram nos elementos probatórios do caso concreto, bem como em princípios constitucionais e assistenciais.

Desta mesma forma, é possível defender a exclusão de outros benefícios de valor mínimo do cálculo da renda familiar *per capita*, além do benefício assistencial já percebido por membro idoso. A atividade legislativa não é perfeita, uma vez que é impossível prever todas as situações possíveis no momento de elaboração da lei. Pois bem, o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso foi omissivo, desta forma cabe ao Judiciário corrigir este erro estendendo a proteção legal aos demais benefícios assistenciais e previdenciários de valor mínimo, como medida de respeito ao princípio da isonomia.

Não se está, portanto, a criar hipótese legal ou a extrapolar os limites da lei, mas sim, com base em um princípio constitucional, permitir que o texto legal possa produzir efeitos desejados para além daqueles originariamente previstos, ampliando a proteção assistencial.

Sob pena de aumentar a desconfiança da sociedade em relação ao Poder Judiciário, por vezes visto como ineficiente e injusto, é vital a concessão de certa margem de atuação ao aplicador da lei para que este possa analisar se necessária ou não a concessão do benefício assistencial.

O julgador deve estar ciente que a análise dos pressupostos da concessão do benefício assistencial envolve uma reflexão que vai além dos limites objetivos absolutos que a Lei nº 8.742/1993 e seus decretos regulamentadores originariamente pretenderam estabelecer. Isto porque o exame da necessidade da concessão da prestação assistencial abarca diversas questões fáticas, que devem ser obrigatoriamente avaliadas caso a caso.

Por fim, cabe ressaltar que o entendimento jurisprudencial sedimentado ao longo dos últimos anos tem produzido positivos efeitos na legislação do benefício assistencial. Com efeito, a edição das Leis nº 12.435/2011 e nº 12.470/2011 representam grande avanço na matéria, atualizando a ideia de incapacidade (adotando o conceito da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas) e estabelecendo regras que estimulam a busca por capacitação por parte dos titulares do benefício assistencial. Assim, a

continuidade das discussões em nossos Tribunais deve continuar a promover avanços na matéria, estendendo a proteção da Assistência Social ao maior número de situações em que ela se revela necessária.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO, José da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 27ªed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSI, William. **Direito previdenciário na visão dos tribunais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BICCA, Carolina Scherer. **Benefício de prestação continuada: "justiça como integridade"**. Revista Jurídica Consulex, Brasília: Consulex, v. 14, n. 321. 01 jun. 2010.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por nós, os advogados**. 6ª ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1977.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 11ª ed. rev. atual. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARDOSO, Oscar Valente. **Benefício assistencial e Lei nº 12.435/2011: redefinição do conceito de deficiência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2942, 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19604>>. Acesso em: 11 out. 2011.

_____. **Benefício assistencial e Lei nº 12.435/2011: redefinição do grupo familiar**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2942, 22 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19605>>. Acesso em: 02/10/2011.

FAGNANI, Eduardo. **Seguridade Social Brasileira: trajetória recente e novos desafios**. in: **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência**. in: **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 281-298.

FORTES, Simone Barbisan. Conceito aberto de família e seguridade social. In **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antonio (orgs.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 250-281

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LAZZARI, João Batista; LUGON, João Carlos de Castro. **Curso modular de direito previdenciário**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

MARCELINO, Miguel Abud. Avaliação social e médico-pericial para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social. in: **Curso de perícia judicial previdenciária**. SAVARIS, José Antonio (cord.) São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MARCO, Patrícia Souza de. **Demandas da sociedade e desafios para a gestão do BPC**. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/saladeimprensa/eventos/assistencia-social/seminario-internacional-bpc/sobre-o-evento/apresentações>. Acesso em: 20/07/2011.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social**. São Paulo: LTr, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ªed. São Paulo: Atlas, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Mas Limonad, 2001.

_____. O judiciário e os direitos sociais fundamentais. in: **Curso de especialização em direito previdenciário**. ROCHA, Daniel Machado da; SAVARIS, José Antonio. vol.1. Curitiba: Juruá, 2007. p. 269-293.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito Previdenciário**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.

PINTO, Almir Pazzianotto. **A sentença e o juiz**. Brasília: Consulex, 2010.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. **A Assistência Social no Brasil**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/artigo/20090130165802896_direito-previdenciario_a-

assistencia-social-no-brasil--elisa-maria-rudge-ramos.html. Acesso em: 16/11/2011

RUPRECHT, Alfredo. **Direito da seguridade social**. São Paulo: LTr, 1996

SAVARIS, José Antonio. Método e ideologia na aplicação do direito previdenciário. in: **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 115-148.

_____. **Direito Processual Previdenciário**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. **Assistência social e a inclusão excludente da pessoa com deficiência**. disponível em: http://conjur.com.br/2008-nov-25/assistencia_social_inclusao. Acesso em 15/09/2011.

SOUZA, Artur César de. A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização – no processo jurisdicional – das promessas do constitucionalismo social. in: **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 329-361

VAZ. Laurita Hilário. Inovações jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça em matéria previdenciária. in: **Direito da previdência e assistência social: elementos para uma compreensão interdisciplinar**. VAZ, Paulo Afonso Brum Vaz; SAVARIS, José Antonio (orgs.). Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 451-463

WICKERT, MAGALI. **Assistência social: benefício e previsão constitucional**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao025/magali_wickert.html.