

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RICARDO JHONATHAN PRADO

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL:
CARACTERÍSTICAS E DISCUSSÕES ATUAIS

CURITIBA
2012

RICARDO JHONATHAN PRADO

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL:
CARACTERÍSTICAS E DISCUSSÕES ATUAIS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.
Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Vera Karam de Chueiri.

CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

Ricardo Jhonathan Prado

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Vera Karam de Chueiri
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Membros: _____

Melina Girardi Fachin
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Rodrigo Luís Kanayama
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, dezembro de 2012.

Será que o cidadão deve, ainda que por um momento e em grau mínimo, abrir mão de sua consciência em prol do legislador?

Nesse caso, por que cada homem dispõe de uma consciência? Penso que devemos ser primeiro homens, e só depois súditos.

[...] A única obrigação [...] é a de fazer em qualquer tempo o que julgo ser correto.

(Henry David Thoreau, em “A Desobediência Civil”)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo trazer à voga a questão da exclusão social e da assistência social como instrumento de inserção na comunidade. É apresentada a inter-relação entre os conceitos de direitos fundamentais sociais com o princípio da dignidade da pessoa humana, estreitamente vinculados com o direito assistencial. Ressalta-se a importância do papel do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais bem como são apresentados e analisados os requisitos e atuais discussões que envolvem a concessão do Benefício de Prestação Continuada, que visa garantir “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 previsto no inciso V do caput do art. 203 da Constituição Federal.

Palavras-chave: benefício assistencial; Benefício de Prestação Continuada; assistência social.

ABSTRACT

The present work aims to bring to mainstream the issue of social exclusion and social assistance as an instrument for insertion into the community. In it, was presented the interrelationship between the concepts of fundamental social rights with the principle of human dignity, closely linked with the assistencial rights. Is underscored the importance of the role of the judiciary in the fulfillment of social rights and are presented and analyzed the requirements and current discussions involving the granting of Continuous Cash Benefit, which aims to ensure "a minimum wage of monthly benefit the person with disabilities and the elderly who have no means of providing their own maintenance or have it provided by his family", as provided in clause V of the chapeau of art. 203 of the Federal Constitution.

Keywords: assistencial benefit; Continuous Cash Benefit; social assistance.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUÇÃO..... | 13 |
| 2. O PROBLEMA: A EXCLUSÃO SOCIAL ORIUNDA DA MANEIRA DE PRODUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE RIQUEZAS..... | 15 |
| 3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA | 18 |
| 4. A ASSISTÊNCIA SOCIAL | 28 |
| 5 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA LOAS | 33 |
| 5.1 Características gerais | 33 |
| 5.2 Requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada. | 36 |
| 5.2.1 Conceito de idoso para o BPC: o requisito da idade. | 36 |
| 5.2.2 Conceito de portador de deficiência para o BPC: o requisito da incapacidade laborativa..... | 37 |
| 5.2.3 Discussões sobre a incapacidade laborativa e a concessão ao menor de 16 anos..... | 43 |
| 5.2.4 Conceito de família e a subsidiariedade do estado na manutenção da subsistência..... | 51 |
| 5.2.5 O requisito econômico e suas implicações..... | 55 |
| CONCLUSÃO | 66 |
| REFERÊNCIAS | 68 |

1. INTRODUÇÃO

O art. 203 de nossa Constituição Federal estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e arrola seus objetivos¹. Dentre estes, previsto no inciso V, está 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 de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Tal previsão constitucional foi regulamentada pela Lei nº 8.742/1993, chamada de Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS – e pelo decreto nº 6.214/2007, recentemente alterados pelas Leis nº 12.435/2011, 12.470/2011, e pelo Decreto nº 7.617/2011.

O art. 1º da Lei Orgânica da Assistência Social a define como um direito do cidadão e dever do Estado, configurando política de Seguridade Social não contributiva², donde resta sua maior diferença em relação à Previdência Social, conforme bem ressaltou Daniel Machado da ROCHA, quando sustenta que:

A assistência social ostenta um caráter distributivo mais acentuado do que a previdência, cujo caráter sinalagmático não apenas restringe o acesso, como também baliza o valor dos benefícios. Seu objetivo principal é o atendimento das necessidades básicas mediante um conjunto de prestações não-contributivas que provejam os mínimos sociais. É justamente nos momentos nos quais os cidadãos, inseridos na sociedade por força de sua capacidade de trabalho (substancial maioria da população), têm a sua força laboral afetada, ou mesmo negado o acesso ao trabalho, como é cada vez mais comum por força do modelo econômico excludente, que a assistência social como faceta não contributiva da seguridade social,

¹ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

² 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.

evidencia seu papel nuclear para a manutenção do ser humano dentro de um nível existencial minimamente adequado³.

Visando atender as necessidades básicas dos indivíduos em situação de risco, a assistência social é prestada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, quais sejam, benefícios, serviços, programas e projetos de assistência. No entanto, para delimitar o tema, trataremos majoritariamente do Benefício de Prestação Continuada, objeto desta monografia.

Os destinatários do Benefício de Prestação Continuada são os idosos, com mais de 65 anos de idade, e pessoas com deficiência que comprovem não possuir meios de garantir seu próprio sustento, nem de tê-lo provido por sua família, e que demonstrem estar em estado de necessidade econômica ou risco social pertinente.

Merece destaque o fato de que, não obstante as condições e requisitos para a concessão do Benefício de Prestação Continuada restarem previstos na Lei Orgânica da Assistência Social e no Decreto que a regulamenta, há grande discussão no âmbito jurídico em razão da subjetividade que comporta sua análise, como, por exemplo, o maior ou menor grau de incapacidade laborativa e o atendimento do requisito socioeconômico.

Assim sendo, as recentes alterações legislativas ocorridas na matéria em questão demandam uma atual análise sobre os direitos abordados e os limites atitudinais às liberdades fundamentais que se visam garantir, bem como a evolução das medidas necessárias para assegurar o pleno exercício dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, no intuito de promover a participação dessas pessoas na sociedade através de políticas inclusivas.

Dessa forma, é salutar expor os principais aspectos no desenvolvimento da proteção social no Brasil, tecer comentários sobre a origem do problema da exclusão social e a evolução legislativa da matéria, bem como analisar a abordagem dos direitos fundamentais sociais como sendo juridicamente exigíveis – ou não – para, só então, tratar do Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social, suas características e condições de concessão.

³ ROCHA, Daniel Machado da. *A assistência social como direito fundamental: uma análise da evolução da concretização judicial do benefício assistencial*. p.113.

2. O PROBLEMA: A EXCLUSÃO SOCIAL ORIUNDA DA MANEIRA DE PRODUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE RIQUEZAS

Não é possível abordarmos a questão da assistência social sem estudar o principal fator que deu causa a sua existência: a exclusão social.

Para tecermos comentários sobre este fenômeno é necessário compreender que ela advém do permanente conflito que se assentou entre o capital e o trabalho, ou seja, insere-se na égide da questão social⁴. Neste sentido, Patrícia de Mello SANFELICE identifica uma acentuada problemática “*em razão da desagregação da sociedade salarial, marcada pela precarização do trabalho e pela vulnerabilidade nas condições de subsistência consequentemente imposta aos indivíduos*”⁵, lançando mão da doutrina de Pedro DEMO para retratar esta situação:

[...] A relação de assalariado e talvez mesmo a de trabalhador já não funciona mais como elemento central de integração no sistema produtivo e de regulação social, porque emergem maiorias desempregadas ou sem trabalho. Os novos parâmetros da produtividade permitem que a riqueza cresça, sem crescer a inserção das pessoas no sistema produtivo. Como iriam viver as maiorias que não podem auferir renda pelo emprego ou trabalho?

Tal raciocínio nos permite verificar que, através destas novas relações de trabalho, surge uma quantidade significativa de pessoas que acabam vivendo à parte da sociedade juridicamente regulada, porquanto não se adaptam ao modelo predeterminado de produção, baseado majoritariamente na venda de capacidade produtiva. Estas pessoas são aquelas que não conseguem a adequada inserção no mercado de trabalho, consideradas “*inúteis*” ao mercado e, em consequência disto, sofrem extrema dificuldade em integrar-se com o restante da sociedade. Por não serem capazes de auferir renda e integrar-se à sociedade e a exercer adequadamente sua cidadania, como adiante se demonstrará, a estes indivíduos é imposta uma situação de extrema vulnerabilidade decorrente da permanente instabilidade financeira, psicológica, cultural e social⁶.

⁴ SANFELICE, Patrícia de Mello *in* Caderno de Direito Previdenciário nº3, v.II. 2005, p.93. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/modulo3_caderno3_vol2.pdf. Acesso em 05/10/2012.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

Nosso país ainda guarda certas peculiaridades na origem de sua questão social, considerados o espaço e o tempo pertinentes, de modo que Daniel Machado da ROCHA bem exemplifica:

O desenvolvimento do Brasil, como o da América Latina em geral, não foi caracterizado pela transição do feudalismo para o capitalismo moderno, com um mínimo de intervenção estatal. A relação entre o Estado brasileiro e a sociedade civil sempre foi uma relação peculiar, pois as condições nas quais aquele foi concebido – tais como partidos políticos regionais e oligárquicos, clientelismo rural, ausência de camadas médias organizadas politicamente, inviabilizando a institucionalização de formas de participação política e social da sociedade civil – determinaram o nascimento do Estado antes da sociedade civil. Por conseguinte, a questão social, tão antiga quanto a história nacional do Brasil como nação independente, resultará complexa. Enquanto a primeira revolução industrial estava na sua fase de maturação na Inglaterra (1820 a 1830), o Brasil acabara de promover a sua independência, deixando de ser colônia, mas permanecendo com uma economia arcaica baseada no latifúndio e no trabalho escravo. Por isto, antes de ingressar na era industrial, nosso País já apresentava contornos sociais marcados por desigualdades, em especial, uma distribuição de renda profundamente desigual.⁷

A “inutilidade” ao mercado, acima referida, bem como a parca participação política e social indiretamente imposta, trouxeram graves consequências no campo dos direitos. Isto porque, ainda que fossem depreciativas as condições de trabalho nos anos que sucederam a Revolução Industrial – e que anunciaram os novos paradigmas nas relações de trabalho -, o operariado, por sua utilidade nos processos de produção de riquezas, mostrava-se cada vez mais inconfortavelmente necessário a seus empregadores, de modo que, finalmente organizado, passou a deter considerável força reivindicatória, permitindo o aprimoramento de seus direitos. No entanto, as pessoas que foram excluídas do processo de produção não gozavam desta capacidade reivindicatória determinante para pleitear e consolidar os direitos sociais⁸.

Portanto, adequada é a conclusão de Patrícia SANFELICE quando ensina que a inserção social está intimamente vinculada à utilidade da pessoa para a sociedade, ou seja, ao mercado, em vista do trabalho como critério de identidade social, devendo o Estado providenciar a inserção social quando o labor não é mais capaz de suprir tal necessidade, “*principalmente se for constatado, na sociedade industrial, o fenecimento dos laços de solidariedade e união existentes na sociedade*

⁷ ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro*. p.45.

⁸ SANFELICE, Patrícia de Mello. Op. cit. p. 94.

*civil agrária, em razão do grau de individualismo regente hoje nas relações inter-humanas*⁹.

Tendo em vista o que foi acima argumentado, mostra-se gritante a importância do Estado na solução do problema da exclusão social mediante medidas normativas, através das quais os direitos tornar-se-ão juridicamente exigíveis, possibilitando, com os instrumentos adequados, a inserção social dos excluídos que não a conseguem por si só.

Para tanto, serão analisados os principais fundamentos que sustentam a atual noção dos direitos sociais e que estão intimamente ligados aos objetivos da assistência social, em especial, a correlação entre o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e o mínimo existencial.

⁹ SANFELICE, Patrícia de Mello. Op. cit. p. 94.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ainda que a Constituição Brasileira, promulgada em 1988, tenha carreado avanços na garantia dos direitos sociais e na estruturação das políticas sociais sobre um novo panorama de princípios, muito do que ela se propõe a fazer não foi adequadamente cumprido, considerando-se as objeções encontradas na interpretação e efetivação dos direitos sociais.

A interpretação dos dispositivos constantes nos arts. 1º, 5º e 6º de nossa Constituição propiciou interessante debate sobre a classificação constitucional dos direitos sociais e se poderiam ser tomados como direitos fundamentais e, portanto, autoaplicáveis e altamente exigíveis.

Para melhor elucidar a questão, abordaremos sumariamente dois conceitos intimamente ligados à atuação da Assistência Social, quais sejam, a noção da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Primeiramente, é salutar destacar que os direitos fundamentais são de suma importância para a efetivação do Estado Democrático de Direito. A expressão “*direitos fundamentais*” indica o conjunto de valores e reivindicações essenciais do ser humano que, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica, fundamentam este sistema institucional, ou, na esteira do pensamento de Alexandre de MORAES, os direitos fundamentais designam o “*conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito e a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana*”¹⁰.

Não diferentemente demonstrou Ingo Wolfgang SARLET, sobre a estreita vinculação dos direitos fundamentais com o Estado de Direito, citando Pérez Luño, de acordo com o qual “*existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais,*

¹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. p.39.

*ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito*¹¹.

Os direitos fundamentais são divididos pela doutrina, dependendo do enfoque que se dá a eles, em três, quatro ou até mesmo cinco gerações. São denominadas gerações apenas para diferenciar o momento histórico em que surgiram, pois protagonizaram um processo evolutivo-acumulativo, advindos das reivindicações do povo em face de determinadas situações e contexto histórico, conforme leciona Norberto BOBBIO, “[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem [...] cria novas ameaças à liberdade do indivíduo.”¹²

Segundo a classificação de Alexandre de MORAES, os direitos fundamentais de primeira geração englobam os direitos civis e políticos inerentes ao ser humano e oponíveis ao Estado, visto na época como grande opressor das liberdades individuais, configurando o que ele chamou de “*direitos e garantias individuais clássicos*”. A segunda geração tratou de abarcar os direitos sociais, econômicos e culturais, ou os direitos de igualdade, que devem ser prestados pelo Estado através de políticas de justiça distributiva. Fazem parte da terceira geração de direitos fundamentais os direitos coletivos, ou direitos de solidariedade/fraternidade, decorrentes da sociedade civil organizada¹³. Paulo BONAVIDES ainda indica a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, que compreende o direito à democracia, à informação e o direito ao pluralismo e uma quinta geração que engloba o direito à paz¹⁴. Insta salientar que estas classificações não são unânimes na doutrina, havendo diferenças dependendo do autor considerado.

Também é importante ressaltar que não há hierarquia entre os direitos fundamentais, tendo, todos, o mesmo grau de importância, devendo ser tratados como valores interdependentes e indivisíveis compondo, mediante posituação, “*para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual,*

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. p.60.

¹² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. p. 6.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. p.26.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 571.

*elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico*¹⁵.

Lançando mão da doutrina de Paulo Bonavides e José Afonso da Silva, SARLET sustenta também que é estreita a ligação dos direitos fundamentais com o princípio do Estado social consagrado pela nossa Constituição. Para tanto, argumenta que:

Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando nossa República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º, caput, refere apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas, e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição. Além de outros princípios expressamente positivados no Título I de nossa Carta (como, por exemplo, os da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, etc.), tal circunstância se manifesta particularmente pela previsão de uma grande quantidade de direitos fundamentais sociais, que, além do rol dos direitos dos trabalhadores (art. 7º a 11 da CF), inclui diversos direitos a prestações sociais por parte do Estado (arts. 6º e outros dispersos no texto constitucional)¹⁶.

O pilar basilar dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido expressamente em nossa Constituição no art. 1º, inc. III, e trata-se de um atributo que todo ser humano possui, independentemente de qualquer requisito ou condição, e que sustenta que o ser humano é um fim em si mesmo, ou seja, não pode ser tomado como objeto. Essa formulação, de ser um fim em si mesmo, foi inicialmente apresentada por Immanuel Kant em sua famosa obra “*Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*”, quando sustentou que a dignidade trata-se de um valor peculiar e superior, não sendo possível encontrar equivalência em coisa distinta:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade¹⁷.

A dignidade da pessoa humana, como qualidade intrínseca do homem, é algo que simplesmente existe, não podendo ser renunciada ou alienada, pois

¹⁵ SCHNEIDER, Hans Peter *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p.60.

¹⁶ SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais.* p. 62.

¹⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.* Trad. Leopoldo Holzbach. p. 65.

constitui o elemento que qualifica o ser humano como tal, através de sua capacidade de racionalidade, consciência e autodeterminação. Nesse passo, sustentou-se a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, porquanto se trata de valor próprio da natureza do ser humano¹⁸.

A doutrina majoritária conforta o entendimento de que o elemento nuclear da dignidade da pessoa humana reside primordialmente na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa. Tal autonomia, no entanto, é considerada em abstrato, como a capacidade potencial que o ser humano tem de autodeterminar sua conduta, de modo que o absolutamente incapaz possui a mesma dignidade que qualquer outro ser humano¹⁹.

Tendo em vista o aqui exposto, SARLET identifica os direitos fundamentais como uma maneira de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, nos seus amplos sentidos, pois ele detém “*importante função instrumental integradora e hermenêutica*”, na medida em que serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais em si e do restante das normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe sua coerência interna²⁰:

(...) além da íntima vinculação entre noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente²¹.

O doutrinador ainda observa que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado que, a fim de efetivar-se, garanta condições existenciais mínimas bem como a integração e participação na sociedade:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-

¹⁸ SARLET. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 101.

¹⁹ *Ib.* p. 101-2.

²⁰ *Ib.* p. 107.

²¹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais* p. 62.

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²².

No mesmo sentido, Ernest Benda *apud* Daniel Machado da ROCHA, entende que a obrigação do Estado de respeitar a dignidade do indivíduo não se restringe à expectativa de não ser tratado arbitrariamente, abrangendo uma obrigação prestatória quando o indivíduo não pode, de outra maneira, prover uma existência humanamente digna²³.

Ainda, SARLET, sustentando a existência de intrínseca vinculação dos direitos sociais com o princípio da dignidade da pessoa humana, aduz, também, que os direitos sociais devem assegurar uma existência digna aos indivíduos:

Neste particular, assume especial relevo a íntima vinculação – destacada especialmente pela doutrina estrangeira – de vários destes direitos com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, o que se manifesta de forma contundente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso de direito à saúde²⁴.

Ora, se estamos a falar de uma existência humanamente digna, resta claro que assegurar os direitos à vida e os direitos de liberdade e igualdade são condições necessárias para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. É nesse contexto que a assistência social, dentre tantas outras ações estatais, se mostra essencial para o desenvolvimento humano digno, porquanto intenta oferecer condições mínimas de existência, que configuram o mínimo existencial, e participação na sociedade, de modo que a todas as pessoas seja permitido exercer sua cidadania.

Dessa forma, cumpre analisar a Assistência Social como direito fundamental de segunda geração (ou dimensão), que são os direitos sociais, econômicos e culturais, nos quais se exige uma verdadeira ação do Estado, constituindo verdadeira obrigação de fazer, tendo em vista que a intervenção estatal é crucial para garantir a liberdade e autodeterminação do homem.

Importante ressaltar que o próprio preâmbulo de nossa Carta Maior refere os direitos sociais como propósito de nosso Estado Democrático, quando afirma que se

²² SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 62.

²³ ROCHA, Daniel Machado da. *A assistência social como direito fundamental: uma análise da evolução da concretização judicial do benefício assistencial* in Revista da AJUFERGS, vol.6. p.112.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 345.

destina a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)”. Desta forma, os direitos sociais, entendidos como um desdobramento dos direitos do homem a partir de sua evolução social, devem ser considerados como direitos fundamentais e, mais ainda, fundantes da ordem constitucional do Estado brasileiro²⁵.

Não diferentemente entende Vicente de Paulo Barreto *apud* Patrícia SANFELICE, quando afirma que:

(...) os direitos sociais não são meios de reparar situações injustas, nem são subsidiários de outros direitos. Não se encontram, portanto, em situação hierarquicamente inferior aos direitos civis e políticos. Os direitos sociais – entendidos como igualdade material e exercício de liberdade real – exercem no novo paradigma, aqui proposto, posição e função, que incorpora aos direitos humanos uma dimensão necessariamente social, retirando-lhes o caráter de “caridade” ou “doação gratuita”, e atribuindo-lhes o caráter de exigência moral como condição da sua normatividade. Constituem-se, assim, em direitos impostergáveis na concretização dos objetivos últimos pretendidos pelo texto constitucional²⁶.

Outra discussão pertinente à efetivação dos direitos sociais é a que envolve a aplicabilidade das normas programáticas referentes a eles. As normas programáticas estabelecem metas e finalidades que o legislador ordinário deve elevar a um nível adequado de concretização²⁷. Benito de Castro Cid *apud* Andreas KRELL, entende que tais “normas programa” prescrevem a realização, por parte do Estado, de determinados fins e tarefas. KRELL, por sua vez, sustenta que elas não representam meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável²⁸.

José Afonso da Silva *apud* Andreas KRELL, apregoa a “relevância das normas programáticas no sentido teleológico de modo que apontam para fins futuros e servem de pauta de valores para movimentos que as queiram ver aplicadas e cumpridas”²⁹. No entanto, o poder de integração de um dispositivo constitucional

²⁵ SANFELICE, Patrícia de Mello. *Caderno de Direito Previdenciário* nº3, v.II. 2005, p.100.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ KRELL, Andreas. *A efetividade dos direitos sociais no Brasil* em PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (coord.). *Direito Constitucional em Evolução: Perspectivas*. p. 220.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ib.* p.222

depende decisivamente da sua realização e concretização na vida diária, o que pressupõe um mínimo de exequibilidade jurídica³⁰.

Sabe-se que as normas sobre Direitos Fundamentais são auto-aplicáveis, ou seja, de aplicabilidade imediata, pois não necessitam da intermediação do legislador infraconstitucional e produzem efeito desde a entrada em vigor da Constituição que as carrega. O disposto no §1º do art. 5º da Constituição salienta o caráter preceptivo e não programático de tais normas, esclarecendo que os Direitos Fundamentais podem ser imediatamente invocados, ainda que haja falta ou insuficiência da lei e, em relação aos direitos sociais, o dispositivo da aplicação imediata impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos Direitos Fundamentais³¹.

KRELL sustenta, ainda, que *“os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização. Especialmente na área dos direitos básicos da vida e da integridade física, as prestações positivas do Estado para a sua defesa não podem ficar na dependência da viabilidade orçamentária”*³².

Dessa forma, constata-se que muitos autores vinculam a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais com a noção de uma *“reserva do possível”*, de modo que a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada uma verdadeira limitação à efetivação dos direitos sociais prestacionais³³. Esta noção de limitação advém da jurisprudência constitucional alemã, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado sujeita-se à condição de disponibilidade de recursos, no entanto, esta transposição do direito alemão para a realidade brasileira mostra-se questionável, considerando que o problema da exclusão social no Brasil se apresenta numa intensidade tão grave que não pode ser comparado ao dos países-membros da União Européia³⁴. KRELL bem exemplifica as gritantes diferenças entre ambas as sociedades ao defender que a maior exigibilidade dos direitos sociais no Brasil, como direitos subjetivos e prestacionais, não deve seguir o mesmo caminho do

³⁰ Ibidem.

³¹ Ib. p. 223

³² Ib. p. 225.

³³ SARLET, Ingo W. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. p.152. *

³⁴ KRELL, Andreas. Op. cit. p. 227.

entendido pela jurisprudência alemã, porquanto desenvolvida com bases em realidades culturais, históricas e socioeconômicas completamente diferentes:

Devemos nos lembrar também que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos outros países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham uma vaga nos hospitais mal equipados da rede pública; não há a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de “assistência social” que recebem etc.³⁵

É importante esclarecer que, ainda que os alemães entendam que a exigibilidade das prestações positivas referentes aos direitos sociais submete-se à reserva do possível, não significa que estes direitos encontram-se desamparados quando confrontados com o referido impedimento alegado, pois, ainda assim, existe um padrão mínimo de condições existenciais e sociais a ser respeitado:

A teoria que liga a prestação do “mínimo social” aos Direitos Fundamentais de Liberdade é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha que superar a ausência de qualquer Direito Fundamental Social na Lei Fundamental de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. Assim, a Corte Constitucional alemã extraiu o direito a um “mínimo de existência” do princípio da dignidade da pessoa humana (LF, art. 1º, I), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (LF, art. 20, I). Nessa linha, a sua jurisprudência afirma a existência de um verdadeiro Direito Fundamental a um “mínimo vital”³⁶.

É nesse contexto que se discute se o Poder Judiciário foge à sua competência ao impor ao Estado a concreta efetivação dos direitos sociais quando o Executivo invoca impedimentos, a exemplo da reserva do possível, à sua aplicação, e quando o próprio legislador infraconstitucional ainda não tenha tomado providencias para regular adequadamente a matéria, a fim de concretizar as imposições constitucionais.

Para Luís Roberto BARROSO, o referido “*padrão mínimo*” de condições poderia, sem objeções, ser ordenado por parte do Judiciário, o que deixa de

³⁵ lb. p. 234.

³⁶ lb. p. 228.

acontecer “*não por motivos jurídico-rationais, mas por motivos ideológicos*”³⁷. No entendimento de SARLET, os argumentos da falta de recursos ou de competência para decidir sobre a aplicação destes recursos não podem sustentar a denegação, por parte do Estado, em viabilizar as prestações de serviços sociais considerados básicos³⁸.

Desta maneira também entende Ricardo Lobo TORRES, ao aduzir que a ideia do mínimo existencial traz em seu bojo um conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, e que remete a um valor insuscetível de sopesamento, e por isso não é submetido ao princípio da reserva do possível³⁹.

Utilizando a doutrina de Sérgio Fernando Moro, KRELL conclui que o controle do Judiciário em relação aos outros Poderes estatais, quando estes não dão efetividade a normas constitucionais explícitas, é uma consequência lógica do próprio princípio da supremacia da constituição⁴⁰.

Assim sendo, afasta-se a ideia de que o Judiciário, ao decidir sobre recursos ou planejar políticas públicas inerentes ao mínimo existencial/social, fere o princípio da separação dos poderes, pois, como bem ressaltou Clèmerson Merlin CLÈVE *apud* Andreas KRELL, “*o Judiciário está vinculado às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, e deve agir para a plena realização dos seus comandos e não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes simples guardião do status quo*”⁴¹.

No mesmo sentido ensina Mauro CAPPELLETTI *apud* Andreas KRELL, quando afirma, em sua obra “Juízes Legisladores?” que os magistrados necessitam controlar e exigir do Estado o efetivo cumprimento de seu dever de intervir de forma ativa na esfera social, porquanto a interpretação e realização das normas sociais na constituição implica, necessariamente, “*um alto grau de criatividade do juiz, o que, por si, não o torna um “legislador”*”⁴².

Portanto, resta claro que as imposições constitucionais relativas à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente quando residem na manutenção de uma condição mínima de vida digna, possibilitam – e por vezes exigem -, ao Poder Judiciário, uma atuação direta para a efetivação destes direitos, não havendo que se

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. p.47.

³⁸ SARLET, Ingo W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. p.342-364.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. p. 105.

⁴⁰ KRELL, Andreas. Op. cit. p. 233.

⁴¹ KRELL, Andreas. Op. cit. p. 231.

⁴² *Ibidem*.

falar em ofensa ao princípio da separação dos poderes, porquanto tal atividade se mostra necessária para concretizar o princípio maior de nossa Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana, em detrimento do formalismo estrito.

Assim, é explícita a importância do direito para vestir de eficácia os princípios e objetivos constitucionais elencados em nossa Carta Magna, somente através do qual as prestações que possibilitem o padrão mínimo de existência digna aos indivíduos em risco tornar-se-ão exigíveis.

4. A ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência social forma uma das esferas da Seguridade Social. A seguridade social pode ser conceituada como “*a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida*”⁴³.

Nossa Constituição Federal relaciona os componentes da seguridade em seu art. 194, *caput*:

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.

Portanto, através das três esferas fundamentais acima referidas, quais sejam a saúde pública, a previdência e a assistência social, em que cada um destes componentes detém características próprias e objetivos determinados, a fim de abarcar as variadas situações de risco social, a seguridade social se mostra como um instrumento apto a prover proteção a todos os cidadãos, atuando no campo dos direitos sociais.

Simone Barbisan FORTES define o risco social, campo de atuação da assistência social, como:

São os eventos incertos, determinantes da perda da autonomia dos sujeitos, por conta de impossibilidade laborativa, cuja ocorrência, embora em um primeiro momento tenha um reflexo puramente individual, apresenta, também, evidente importância para a sociedade, já que a situação de desemprego ou desocupação involuntária, considerada em termos globais, opera reflexos econômico-sociais consideráveis⁴⁴.

Não se deve confundir o risco social definido por FORTES com a Teoria do Risco Social abordada por Carlos Alberto Pereira de CASTRO e João Batista LAZZARI, e também pertinente ao tema desta monografia, relativo à responsabilidade civil do Estado, quando dizem que tal teoria estabelece que:

⁴³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. p. 6.

⁴⁴ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. v. 1. p.47.

(...) cabe à sociedade assegurar seu sustento ao indivíduo vitimado por uma incapacidade laborativa, já que toda a coletividade deve prestar solidariedade aos desafortunados, sendo tal responsabilidade de cunho objetivo – não se cogitando, sequer, da culpa do vitimado. Se a proteção dos infortúnios decorrentes de acidente do trabalho, por exemplo, vier a ser feita somente por intermédio de seguros privados, desaparece o conceito de risco social, ficando a encargo do tomador dos serviços, exclusivamente, a obrigação de reparar o dano à capacidade de trabalho⁴⁵.

Ainda, cabe tecer que o art. 3º da Constituição Federal, em seu inciso III, estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, entre outros, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais⁴⁶.

Também se observa a preocupação do legislador constitucional em prover assistência aos desamparados e a proteger a maternidade e a infância quando, em nossa Constituição Federal, arrola os direitos sociais no art. 6º, consagrando sua fundamentalidade:

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

Quanto ao direito social de assistência aos desamparados, a assistência social é o mecanismo adequado para concretizá-lo, bem como o direito fundamental à vida, porquanto o parágrafo único art. 2º da Lei Orgânica da Assistência Social estabelece que *“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”*.

Neste sentido, Marcelo Leonardo TAVARES conceituou a assistência social como:

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

⁴⁵ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. p.53.

⁴⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

a maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas. As prestações de assistência social são destinadas aos indivíduos sem condições de prover o próprio sustento de forma permanente ou provisória, independentemente da exigência de contribuição para o sistema de seguridade social⁴⁷.

Dessa forma, percebe-se que a assistência social, inserida no contexto da seguridade social, tem como público alvo aqueles que não podem dispor das prestações previdenciárias, porquanto estas exigem o pagamento de contribuições e vinculam-se àqueles que exercem algum tipo de atividade remunerada abarcada pelo Regime Geral da Previdência Social.

Numa sociedade onde o trabalho é o elemento central que propicia a inserção social e o exercício da cidadania, bem como de uma existência digna, conforme demonstrado no primeiro capítulo, a assistência social, prestada através do Estado, configura um mecanismo pertinente para garantir a efetivação destes direitos àqueles que, sem usufruir de remuneração através de atividade laborativa, não conquistam a adequada participação na sociedade.

Dessa forma entendeu Lamartino França de OLIVEIRA, ao definir a função da assistência social como:

(...) 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 subemprego⁴⁸

Os objetivos a serem atingidos pela assistência social estão positivados em nossa Carta Magna no art. 203:

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

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à

⁴⁷ TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social*. Legitimação e fundamentação constitucional brasileira. p.215.

⁴⁸ OLIVEIRA, Lamartino França de. *Direito Previdenciário*. p. 28.

própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Estes cinco objetivos originais foram acrescidos, quando da edição da Lei nº 12.435/2011, que modificou, entre outros, a redação original do art. 2º da LOAS, de mais duas finalidades, elencadas nos incisos II e III:

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.

Percebe-se, através destes dispositivos, que o objetivo da assistência social transcende a mera ideia de política assistencialista, porquanto visa não somente atender as necessidades materiais dos indivíduos, mas também propiciar aos desprovidos as condições reais de participação na vida social, que é inerente ao regime democrático.

Os princípios que orientam a assistência social estão elencados no art. 4º da LOAS:

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

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

II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;

III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

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

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

Quanto ao inciso primeiro, o princípio supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica indica que as necessidades sociais é que determinam a lógica por trás da política de assistência social e não a questão puramente econômica, pois ela tem como objetivo, como já referido, a proteção dos indivíduos em situação de risco social o que não necessariamente implica que estejam em situação de miserabilidade econômica.

O segundo inciso indica que, através da universalização dos direitos sociais, é dever da assistência social garantir o acesso, do destinatário dela, a todas as demais políticas públicas, de modo que viabilize a fruição de tais políticas sem, no entanto, substituí-las.

O inciso terceiro demonstra a preocupação na prestação de serviços de qualidade, pois não é porque a assistência social é prestada para pessoas mais humildes que deva oferecer serviços de má qualidade. Também demonstra claramente que objetiva respeitar a dignidade do assistido, pois impede a exigência de maneiras vexatórias ou humilhantes de comprovação de necessidade, bem como intenta oferecer prestações que incentivem e possibilitem o assistido a participar ativamente da comunidade e não o afastem da convivência do núcleo familiar.

O quarto inciso consagra o princípio da isonomia, consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição, segundo o qual “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)*” e, por fim, o quinto inciso dá conta de publicizar efetivamente as prestações da assistência social, em respeito ao princípio da publicidade da Administração Pública.

Tomadas estas considerações, percebe-se que o Benefício de Prestação Continuada bem serve a atender os princípios acima elencados, porquanto, além de configurar a prestação arrolada no inciso V do art. 203 da Constituição, visa também garantir amparo à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice, às crianças e adolescentes carentes, promove a integração ao mercado de trabalho e a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, todos elencados no art. 203 da Carta Maior, como adiante se demonstrará.

5 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA LOAS

5.1 Características gerais

O benefício assistencial, também chamado de Benefício de Prestação Continuada (BPC), amparo social ou benefício da Lei Orgânica da Assistência Social, tema desta monografia, foi previsto originariamente na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 203, inciso V:

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

Tal benefício somente foi regularizado infraconstitucionalmente através da já citada Lei nº 8.742 de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), em seus artigos 20 e 21. Tais artigos sofreram alterações pela Lei nº 9.720, de 30 de novembro de 1998, pela Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) e, mais recentemente, pelas Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011. No *caput* do art. 20 da LOAS foi regulado o benefício mensal ao qual remete a Constituição (art. 203, V) e definido o conceito de idoso para a concessão do benefício, em seus três primeiros parágrafos, foram definidos os conceitos de família, pessoa com deficiência e pessoa incapaz de prover sua própria manutenção⁴⁹.

⁴⁹ 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.

Para requerer o benefício assistencial, o postulante não precisa estar vinculado ao Regime Geral da Previdência Social – RGPS -, pois ele visa atender justamente as pessoas mais fragilizadas, que apresentam dificuldades em auferir renda através do trabalho e, portanto, que não tem condições de contribuir para o RGPS.

O BPC será concedido àquele que implementar os requisitos para seu recebimento, no valor de um salário mínimo mensal. É impossível haver cumulação entre o benefício assistencial e qualquer outro benefício da Seguridade Social, com exceção dos benefícios de assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória, conforme o §4º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. O art. 22 do Decreto 6.214/07 estabelece também que o benefício de prestação continuada não se sujeita a descontos de qualquer contribuição e não gera direito ao pagamento de abono anual. A morte do beneficiário é causa direta de cessação do benefício, pois este é considerado personalíssimo, não podendo ser transformado em qualquer outra prestação, independentemente da existência de dependentes. No entanto, o parágrafo único do art. 23 do Decreto 6.214/07 autoriza os herdeiros e sucessores do beneficiário a receber os valores não pagos enquanto este restava vivo.

Ainda que esteja ligado à Assistência Social, o art. 3º do Decreto nº 6.214/07 prevê que cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – a operacionalização do benefício de prestação continuada, ou seja, a análise dos requisitos e a decisão de deferimento ou indeferimento.

A Lei nº 12.470/2011 incluiu no art. 20 da Lei nº 8.742/1993, o § 9º, que estabelece que “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”. Trata-se de medida protetiva, pois se entende que, caso contrário, se desestimularia a

§ 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.

realização deste tipo de atividade pelo portador de deficiência, que teria um maior receito de ter indeferido o benefício pleiteado por algum outro membro da família. Também com este intuito, o de não desestimular a inserção no mercado de trabalho, veio o § 3º do art. 21⁵⁰ da Lei nº 8.742/93, incluído pela Lei nº 12.435/2011, ao prever que “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”.

Compartilha a mesma *mens legislatoris* dos dispositivos acima mencionados, o que se infere dos dois parágrafos do art. 21-A da Lei nº 8.742/1993, acrescentado pela Lei nº 12.470/2011:

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.

Estes novos dispositivos também têm como objetivo estimular os indivíduos que recebem o benefício assistencial a entrar no mercado de trabalho formal, caso em que o pagamento do benefício assistencial restaria suspenso durante a vigência do vínculo empregatício ou do exercício de atividade laborativa remunerada. Da antiga redação do art. 21 da Lei nº 8742/1993 podia-se entender que, superadas as condições que possibilitaram o deferimento do benefício, em especial quanto à

50 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.

incapacidade para o exercício de atividades laborativas, a concessão do benefício deveria ser cessada e, em caso de posterior desemprego, o postulante ao benefício deveria o requerer novamente, se submetendo mais uma vez à análise das condições de concessão. Ocorre que, nessas situações, como o indivíduo demonstrou relativa capacidade para o trabalho, o INSS, na maioria esmagadora dos casos, entendia por não cumprido o requisito da incapacidade laboral, denegando a nova concessão da prestação. Assim agindo, a autarquia desestimulava os beneficiários a buscar a capacitação para o trabalho. No entanto, com a nova redação dos dispositivos mencionados, caso o indivíduo fique desempregado no período de dois anos após a concessão da prestação, o benefício, que estava suspenso, pode ser restabelecido sem que seja realizada nova análise dos requisitos à concessão.

O prazo de dois anos acima referido guarda relação com o que se chama de revisão administrativa das condições de concessão do benefício, prevista no *caput* do art. 21 da Lei nº 8.742/1993, que estabelece que o INSS deve analisar, a cada dois anos, se as condições que autorizaram a concessão do benefício continuam presentes. Caso estas condições sejam superadas, o §1º do mesmo artigo impõe a cessação do pagamento do benefício de prestação continuada.

Tecidas estas considerações, passaremos à análise dos requisitos para a concessão do Benefício de Prestação Continuada.

5.2 Requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada.

Os requisitos para a concessão do Benefício de Prestação Continuada estão arrolados no art. 20 da Lei nº 8.742/1993 e resumem-se em dois principais aspectos, quais sejam, o requisito subjetivo, ser idoso ou pessoa portadora de deficiência e o requisito objetivo, que implica em demonstrar não possuir meios de prover sua própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. Ambos os requisitos devem ser implementados conjuntamente para a concessão, não havendo direito subjetivo à prestação àquele que cumprir somente um dos requisitos.

5.2.1 Conceito de idoso para o BPC: o requisito da idade.

Originalmente, a Lei nº 8.742/1993, em seu art. 20, autorizava a concessão do benefício assistencial ao idoso com 70 anos ou mais de idade. Este limite etário foi alterado pela Lei nº 9.720/1998 que inseriu na LOAS o art. 38, prevendo a redução da idade mínima para 67 (após 24 meses do início da concessão) e 65 anos (após 48 meses). A redação do art. 38 fora posteriormente alterada pela Lei nº 9.720/1998, fazendo constar que o benefício seria concedido àqueles que completassem 67 anos, a partir de 1º de janeiro de 1998. No entanto, a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) promoveu nova redução no requisito etário, força da redação de seu 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.

Desta forma, ainda que a regulamentação do benefício assistencial seja dada pela LOAS, o Estatuto do Idoso promoveu a redução do requisito etário para 65 anos. É importante ressaltar que, não obstante o art. 1º da Lei nº 10.741/2003 defina como idoso aquele com 60 anos ou mais, é pacífico na jurisprudência o entendimento de que o direito ao benefício assistencial somente surge ao completar-se a idade prevista no art. 34 da referida Lei.

Por fim, a Lei nº 12.345/2011 modificou a redação do *caput* do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, estabelecendo que o benefício será concedido ao idoso com 65 anos de idade ou mais.

5.2.2 Conceito de portador de deficiência para o BPC: o requisito da incapacidade laborativa.

Tendo em vista que nossa Constituição Federal não trouxe qual é o conceito de deficiência, coube ao legislador ordinário sua definição.

O Decreto nº 1.744/1995, que regulava o BPC, definiu, em seu inciso II do art. 2º, a pessoa portadora de deficiência como aquela “*incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho*”. No entanto, tal Decreto foi revogado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, que passou a definir a pessoa com

deficiência como aquela que “*tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas*” (art. 4º, II, com sua nova redação dada pelo Decreto nº 7.617/2011) e definiu como incapacidade o “*fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social*” (art. 4º, III).

A redação original do § 2º do art. 20 da LOAS definia que, para efeito de concessão do benefício assistencial, era considerada como portadora de deficiência aquela “*incapacitada para a vida independente e para o trabalho*”, a ser comprovada por perícia médica. A princípio, pode-se entender que não seria suficiente a mera incapacidade para o trabalho, devendo estar presente, também, a incapacidade para a vida independente. No entanto, são dois conceitos que guardam certa vinculação, posto que a incapacidade para o trabalho origina, direta ou indiretamente, a incapacidade para a vida independente, tendo em vista que necessitará de auxílio de outrem. Não se trata de exigir que o postulante ao benefício seja incapaz de realizar os atos mais básicos do cotidiano, pois se assim fosse, o benefício assistencial somente seria concedido aos portadores de deficiências gravíssimas que impossibilitassem a execução dos atos mais banais à vida humana, bem como sua locomoção. Assim entende Sérgio Fernando Moro, *apud* Patrícia SANFELICE⁵¹:

O §2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 deve ser interpretado em consonância com a Constituição. Esta apenas exige que se trate de deficiente incapaz de prover seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.

Se a deficiência for grave o suficiente para incapacitar o seu portador para a vida laboral, afigura-se evidente que este, impossibilitado de exercer atividade remunerada, não terá condições de prover o seu próprio sustento. A capacidade para comer ou andar sozinho ou mesmo para a prática de vários atos da vida diária não garante o sustento do deficiente.

Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 360.202:

⁵¹ SANFELICE, Patrícia de Mello. Op. cit. p. 114.

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 frequentes 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. Min. Gilson Dipp, 04/06/2002).

A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais – TNU, também entende dessa maneira, conforme se infere de diversos julgados, dos quais colaciono um exemplo:

LOAS. CRIANÇA. SÚMULA 29 DA TNU. AMPLITUDE DO CONCEITO DE INCAPACIDADE PARA VIDA INDEPENDENTE. APLICAÇÃO DAS CONDICIONANTES CONSTANTES DO VOTO PROFERIDO NO PROCESSO Nº 2007.83.03.50.1412-5. QUESTÃO DE ORDEM Nº 20 DA TNU. PRECEDENTES DA TNU. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. Esta Turma Nacional tem firme orientação, assentada na sua Súmula 29, no sentido de que a interpretação do art. 20, § 2º, da Lei 8.742/03 deve ser mais ampla, a partir da premissa que a capacidade para a vida independente engloba a impossibilidade de prover o seu sustento como a prática das atividades mais elementares da pessoa. 3. Resta assente que este conceito de capacidade para a vida independente não está adstrito apenas às atividades do dia-a-dia, vez que não se exige que o(a) interessado(a) esteja em estado vegetativo para obter o Benefício Assistencial. Dele resulta uma exigência de se fazer uma análise mais ampla das suas condições pessoais, familiares, profissionais e culturais do meio em que vive para melhor avaliar a existência ou não dessa capacidade.

(...)

(TNU, PEDILEF 200871550020187, Rel. Antônio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, 29/03/2012).

Da leitura do julgado acima, constata-se menção à súmula nº 29 da TNU, publicada em 13 de fevereiro de 2006, que foi editada para dirimir as dúvidas acerca da incapacidade para a vida independente e cujo enunciado é o seguinte:

Súmula 29: 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.

As Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Paraná também tem entendido pela interpretação mais ampla da incapacidade para a vida independente e pela aplicação da súmula nº 29 da TNU, conforme se infere do seguinte julgado, a título de ilustração:

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 Turma Recursal, Juízo B, Rec In. nº 2008.70.56.001658-0, Rel. Juíza Fed. Luciane Merlin Clève Kravetz, 02/06/2010).

Assim, resta claro que a noção de deficiência, no benefício assistencial, deve ser vinculada à impossibilidade de trabalhar, ou seja, à incapacidade laborativa, de forma que esta, por si só, já ensejava o cumprimento do requisito subjetivo para a concessão do benefício, porquanto significa que o indivíduo não conseguirá suprir suas necessidades através do trabalho.

No entanto, insta salientar que o §2º do art. 20 da LOAS foi posteriormente alterado pelas Leis de nº 12.435/2011 e 12.470/2011.

A Lei nº 12.435/2011 deu a seguinte redação ao referido parágrafo:

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

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

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

Sobre a nova redação do inciso primeiro destaca Ricardo Tadeu MARQUES DA FONSECA que está de acordo com os princípios e objetivos buscados na Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, cujo texto foi aprovado pelo Congresso Nacional em nove de julho de 2008, nos termos do §3º do art. 5º da Constituição Federal, tendo *status* de emenda constitucional, e que busca dar contornos mais humanos ao conceito de deficiência, não o atrelando unicamente à condição estritamente médica do portador de deficiência:

O artigo 1º que se refere ao Propósito da Convenção está assim redigido: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade”. Dessa forma, o artigo 1º sintetiza a preocupação de se garantir a eficácia dos direitos humanos em todos os seus matizes para que as pessoas com deficiência desenvolvam-se plenamente como cidadãos, superando a notória exclusão decorrente de aspectos culturais, tecnológicos e sociais que as tolhem.

Isso se corrobora justamente no conceito de pessoa com deficiência que também se inseriu no dispositivo em questão, assim delineado: “Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. Esse conceito (...) está motivado pelo que se fixara no item “e” do preâmbulo, que reconhece: “(...) que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

(...) o artigo 3º (...) veicula a ideia 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 ideia 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”.⁵²

Por outro lado, a redação do inciso segundo manteve a exigência de que o beneficiário apresente “deficiência para a vida independente”, o que não coaduna com os objetivos constitucionais de auxiliar os que se encontram em estado de fragilidade social devido à incapacidade de auferir renda e tomando rumos contrários à jurisprudência pátria já pacificada, tendo em vista que não se pode exigir, do

⁵² MARQUES DA FONSECA, Ricardo Tadeu. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. In: Direito Previdência e Assistência Social: elementos para uma compreensão interdisciplinar. SAVARIS, José Antônio; VAZ, Paulo Afonso Brum (orgs.). p. 286-287.

pleiteante ao benefício, a incapacidade para os atos cotidianos como vestir-se, higienizar-se, locomover-se etc.

Constatada esta contradição, a Lei nº 12.470/2011, em seu art. 3º, trouxe nova redação ao parágrafo segundo do art. 20 da LOAS, excluindo o difamado inciso II:

§ 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.

Assim sendo, retirado do ordenamento a exigência de incapacidade para a vida independente, o dispositivo legal resta em consonância com o que foi aprovado na Convenção da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência, bem como vai ao encontro da jurisprudência de nossos tribunais, significando verdadeiro progresso no tangente à proteção destas pessoas fragilizadas.

A lei nº 12.470/2011 também acrescentou, fora os já mencionados, os seguintes parágrafos na LOAS:

§ 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.

O parágrafo sexto dá conta de que compete aos peritos do INSS a avaliação médica e social dos requisitos de concessão, quando operacionalizado na via administrativa e o parágrafo décimo conceitua o impedimento de longo prazo que enseja o deferimento do benefício, o que será oportunamente abordado no item seguinte.

Ainda, o requisito da incapacidade abarca acaloradas discussões na doutrina e jurisprudência, porquanto pode se apresentar com diferentes características, como, por exemplo, sendo temporária ou permanente, total ou parcial, o que passaremos a tratar agora.

5.2.3 Discussões sobre a incapacidade laborativa e a concessão ao menor de 16 anos.

Muito se discute sobre quais devem ser as características da incapacidade para que esta enseje a concessão do Benefício de Prestação Continuada. Conforme se pode observar acima, a Lei nº 12.470/2011 trouxe um novo empecilho à concessão do benefício: a necessidade de o indivíduo apresentar incapacidade laborativa por um prazo não inferior a dois anos.

Antes da edição do referido dispositivo normativo, não havia uma posição totalmente pacífica na doutrina sobre se a incapacidade laborativa a ser apresentada pelo postulante ao benefício assistencial deveria ser permanente. O INSS reiteradamente afirmava, nas ações ajuizadas para obter a concessão do benefício, que a incapacidade deveria ser perpétua. Argumentava-se que o Benefício de Prestação Continuada não seria substitutivo ao auxílio-doença, este que é pago aos segurados da Previdência Social quando apresentam limitações temporárias à capacidade laboral. No entanto, já é cediço que as pessoas que necessitam do auxílio da Assistência Social se encontram em situação de vulnerabilidade, na esmagadora maioria dos casos também econômica, o que dificulta, senão impossibilita, que contribuam para o Regime Geral da Previdência Social, de modo que a eles são negadas as prestações previdenciárias. Isto, porém, não é motivo para negar a específica prestação da Assistência Social, destinada a estes indivíduos que, por serem incapazes de auferir renda, veem piorar sua qualidade de vida e também impõem aos familiares grande prejuízo na alocação dos recursos da família.

O professor e Juiz Federal José Antônio SAVARIS, *apud* Sérgio Fernando MORO, bem exemplificou esta situação:

A verdade, porém, é que o portador de deficiência que se encontra abaixo da linha da pobreza e incapacitado para o trabalho jamais estará coberto pelo plano oficial da previdência social. Então, encontrar-se-ia o portador de deficiência num “buraco negro”, num vazio de proteção do Estado, já que considerado infeliz demais para se filiar à previdência e infeliz de menos para fazer jus à prestação pecuniária da assistência social, escapando,

portanto, da universalidade de cobertura da seguridade social, princípio esculpido no art. 194, I, da Constituição Federal⁵³.

Ao se estipular o prazo mínimo de 2 anos, aparentemente tal incerteza estaria solucionada. No entanto, percebe-se que tal limitação não está de acordo com os ditames de nossa Constituição. O *caput* do art. 203 da Constituição estabelece que a assistência social será prestada “a quem dela necessitar”, ao passo que o inciso quinto do mesmo artigo prevê a “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”. Ainda que a lei ordinária estabeleça um período mínimo de incapacidade, para fins de concessão do benefício, isto não se mostra desejável, devido a vários aspectos. Primeiro porque, por exemplo, uma pessoa que fosse declarada temporariamente incapaz, por período inferior a dois anos, e que demonstrasse se encontrar em situação de risco social, sem a possibilidade de prover seu sustento e de tê-lo provido por sua família, faria jus ao benefício, pois sua “necessidade”, a qual menciona a Carta Maior, estaria flagrantemente comprovada. O principal critério a ser considerado é o da efetiva necessidade de intervenção do Estado.

Outro aspecto a ser considerado é o de que nem sempre é possível estimar com um nível grande de acerto qual será o tempo necessário para que um indivíduo se recupere de sua atual condição de incapacidade. As enfermidades por vezes guardam certas peculiaridades e também as pessoas podem reagir diferentemente frente a determinados tratamentos, de modo que, nestes casos, a concessão do benefício deveria se dar por tempo indeterminado, cabendo ao INSS que realizasse a reavaliação do indivíduo, a fim de constatar que cessaram as condições que deram ensejo à prestação. Este entendimento encontra guarida na correta interpretação de que o Benefício de Prestação Continuada apresenta caráter periódico, tendo em vista que sua revisão bienal é ordenada pelo art. 21 da LOAS. Pelo mesmo motivo, o de ser um benefício de caráter, a princípio, provisório,

⁵³ MORO, Sérgio Fernando. *Questões controversas sobre o benefício da assistência social*, in: *Temas Atuais de Previdência e Assistência Social*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002, p. 156-157.

sustenta-se que a incapacidade não permanente não é óbice à concessão do benefício.

Não diferentemente entende, já há algum tempo, a jurisprudência de nossos tribunais, sustentando que a incapacidade laborativa temporária não pode ser determinante do indeferimento do benefício, conforme é possível auferir dos seguintes julgados da TNU, Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região (TRU4) e da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais paranaenses, trazidos a título de ilustração:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA PARA O TRABALHO. DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CARÁTER TEMPORÁRIO DO BENEFÍCIO.

1. A transitoriedade da incapacidade não é óbice à concessão do benefício assistencial, 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.”

2. Incidente conhecido e parcialmente provido, para o fim de determinar a remessa dos autos à Turma Recursal de origem para que prossiga na análise do requisito da miserabilidade econômica para a concessão do benefício em questão, ficando esta vinculada ao reconhecimento da presença do requisito legal da incapacidade total para o trabalho.

(TNU, Pedido de Uniformização n.º 2007.70.50.01.0865-9. Rel. Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port. Julgado em 16/11/2009).

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL DE JURISPRUDÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA.

1. O fato de a incapacidade ser temporária não constitui óbice à concessão do benefício assistencial desde que demonstrada a impossibilidade de a pessoa prover o seu próprio sustento.

2. Pedido de uniformização conhecido e parcialmente provido, com remessa dos autos à Turma Recursal de origem para adequação. (TRU4, IUJEF 0015217-09.2009.404.7150, Relator Juiz Federal Leonardo Castanho Mendes, D.E. 01/10/2012).

LOAS. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA PARA O TRABALHO. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO.

1. A incapacidade temporária total diagnosticada pelo perito judicial não obsta o reconhecimento da deficiência, de modo a conferir direito ao benefício assistencial, até mesmo porque, como há as revisões periódicas previstas na lei, é uma característica desta espécie de benefício a sua transitoriedade.

2. Recurso inominado do INSS improvido.

(1ªTR/PR, RI 200970660012850, Rel. Juíza Federal Márcia Vogel Vidal de Oliveira, julgado em 29/09/2010).

Superada a questão da temporariedade da incapacidade laboral, outro ponto que levanta acaloradas discussões, relativo à incapacidade, é se ela deve ser total ou parcial.

A princípio, somente era deferido administrativamente o benefício ao indivíduo considerado, em perícia médica, totalmente incapaz para o exercício de qualquer atividade laborativa. Se a pessoa fosse considerada incapaz para sua atividade habitual, mas pudesse ser reabilitada em alguma outra, ou seja, apresentasse incapacidade parcial para as atividades laborativas, lhe era indeferido o benefício.

No entanto, a jurisprudência pátria lançou mão do disposto no art. 436 do CPC, que prevê que o magistrado “não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos”. Dessa forma, entendeu-se que, para aferição da incapacidade laborativa, o julgador deve levar em consideração não somente a condição estritamente médica do indivíduo, mas também suas condições pessoais e culturais, como a idade e a escolaridade, tomadas sempre em pertinência ao contexto em que a pessoa está inserida. Assim, se a reinserção do indivíduo considerado incapaz apenas para determinadas atividades laborativas em outras atividades se mostrar improvável, é possível concluir que, na prática, trata-se de incapacidade total e não parcial. É o caso do indivíduo de baixa escolaridade e idade avançada, cuja incapacidade fora atestada apenas para atividades que requeiram esforços físicos e que poderia ser reabilitado em outro tipo de labor. No entanto, ao analisar todos os aspectos pessoais, muitas vezes conclui-se pela grande improbabilidade de reinserção no mercado de trabalho formal, porquanto o mercado exige um mínimo de capacitação profissional e escolaridade e as condições pessoais do indivíduo são desfavoráveis para tal, situação em que o indeferimento do benefício se mostraria injusto.

É o que se extrai da seguinte decisão da TNU:

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 conceito dessa incapacidade à impossibilidade de desenvolvimento das atividades cotidianas.

4. Incidente de uniformização improvido.

(TNU, IUJ 2004.30.00.702129-0, Rel. Juiz Federal Wilson Zauhy Filho, julgado em 25/04/2005)

Ilustra bem o entendimento defendido acima um caso paradigmático da TNU, referente a indivíduos infectados com o vírus HIV, quando inclusive o aspecto estigmatizante da doença é levado em consideração para a aferição da probabilidade de inserção ou reinserção no mercado de trabalho, o que influencia diretamente no conceito prático de incapacidade laboral:

DIREITO ASSISTENCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (LOAS – LEI Nº. 8.742/1993). PORTADOR DE VÍRUS HIV (AIDS) ASSINTOMÁTICO. INCAPACIDADE DE PROVER A PRÓPRIA MANUTENÇÃO. CONSIDERAÇÃO DE CONDIÇÕES SÓCIO-CULTURAIS ESTIGMATIZANTES. NECESSIDADE. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DESTA TURMA NACIONAL. APLICAÇÃO DA QUESTÃO DE ORDEM Nº. 20, TNU. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. ANULAÇÃO DA SENTENÇA E ACÓRDÃO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ARTS. 7º VII, “A” E 15, §§ 1º E 3º, DA RESOLUÇÃO CJF Nº. 22 DE 4 DE SETEMBRO DE 2008 (RI/TNU).

1 - Pedido de Uniformização manejado em face de acórdão que negou provimento ao recurso inominado e manteve a sentença que julgou improcedente o pedido de concessão do benefício de prestação continuada (LOAS – Lei nº. 8.742/1993) com fundamento em laudo pericial conclusivo pela capacidade para o trabalho, sem exame de condições sócio-culturais estigmatizantes da patologia. Portador de vírus HIV (AIDS) assintomático.

2 - Nos termos do art. 20, LOAS, na redação dada pela Lei nº. 12.470/2011 (que apenas explicita regras implícitas): “Para efeito de concessão deste benefício [prestação continuada], 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” (§ 2º); “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” (§ 6º). O estigma social que possa recair sobre o portador do vírus HIV (AIDS), ainda que assintomático, erige-se como potencial barreira à sua plena e efetiva inserção social em igualdade de condições, impondo-se a aferição de sua condição e grau. Há que se verificar se suas condições sociais permitem o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência. Essa é a interpretação que assegura a efetivação dos objetivos da assistência social, vale dizer, a garantia da vida através da prevenção e redução dos riscos de dano (art. 2º, I, LOAS). 3 - Jurisprudência dominante desta Turma Nacional: “a questão jurídica que merece enfrentamento é a da possibilidade de concessão de benefício por incapacidade não constatada em laudo médico quando presentes outras circunstâncias que acabam por inviabilizar qualquer tipo de exercício de atividade remunerada, normalmente ancoradas no estigma social que cerca

doenças como a AIDS. (...) Lembro que este Colegiado tem posicionamento consolidado no sentido do reconhecimento do direito a benefício previdenciário por incapacidade, independentemente de esta se encontrar identificada no laudo pericial, quando o julgador afira a presença de condições pessoais ou sociais que provoquem a sua caracterização. Assim, não obstante a conclusão médica apontar a possibilidade de exercício de atividade remunerada, outros elementos podem levar o magistrado sentenciante à conclusão de sua impossibilidade, em face da extrema dificuldade de inserção ou reinserção no mercado de trabalho, situação em que a negativa de concessão do benefício implica ofensa à dignidade humana” (PEDILEF nº. 0005872-82.2010.4.01.3200, Relª. Juíza Federal Simone dos Santos Lemos Fernandes, DOU 23.3.2012); “(...) a jurisprudência consolidada nesta TNU já se firmou no sentido de que os portadores do vírus da AIDS, mesmo que assintomáticos, devem ter sua incapacidade aferida com base nas condições pessoais, sociais e econômicas, visto tratar-se de doença estigmatizante” (PEDILEF nº. 0512178-77.2009.4.05.8100, Rel. Juiz Federal Paulo Arena, DOU 11.5.2012); “A TNU tem posicionamento consolidado no sentido de que circunstâncias de natureza socioeconômica, profissional e cultural especificamente suscitadas pelo requerente devem ser levadas em conta para aferir se existe, na prática, real possibilidade de inserção no mercado de trabalho. Apesar de o laudo pericial atestar que, sob o ponto de vista clínico, não há impedimento objetivo para o exercício de atividade profissional, é, em tese, possível que o estigma social decorrente da contaminação pelo vírus HIV inviabilize, na prática, a obtenção de colocação profissional no meio social rural em que a requerente vive.” (PEDILEF nº. 0520803-66.2010.4.05.8100, Rel. Juiz Federal Rogério Moreira Alves, DOU 6.7.2012)

4 - No caso sub examine, o recorrente alega possuir baixa escolaridade, qualifica-se como pintor e refere discriminação social em virtude de ser portador do vírus HIV. Ademais, reside em Sobral, município no interior do Ceará. Dessa forma, sua incapacidade há de ser aferida ponderando-se a possibilidade de inclusão no mercado de trabalho, em face de suas condições pessoais e do meio sócio-cultural em que está inserido.

(...)

6 - Incidente de Uniformização conhecido e parcialmente provido, para anular a sentença e o acórdão recorrido, a fim de que, no âmbito do JEF, seja dada oportunidade ao requerente de produzir prova das condições sócio-culturais estigmatizantes que entenda necessárias e suficientes.

(...)

(TNU, PEDILEF 05038635120094058103, Rel. Juiz Federal Alcides Saldanha Lima. Julgado em 16/08/2012) (Grifos não existentes no original).

No entanto, tal discussão perdeu força em razão da nova redação do §2º do art. 20 da LOAS, trazido pela Lei nº 12.345/2011 e posteriormente modificado pela Lei nº 12.470/2011, quando caracterizou a pessoa com deficiência como aquela que “tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, conceito este que encontra respaldo no decidido pela Convenção Internacional da ONU sobre os direitos das pessoas com deficiência.

Dos entendimentos jurisprudenciais acima expostos é possível perceber que se dá interpretação mais protetiva aos indivíduos hipossuficientes, ainda que determinados dispositivos legais imponham limitações à efetivação das prestações da Assistência Social. Para isso, invocam-se outros princípios e objetivos de nosso ordenamento, de maneira que se faz uma interpretação sistemática do ordenamento como um todo, em respeito ao princípio da juridicidade em detrimento da legalidade estrita. Neste sentido, o INSS está sujeito não apenas ao cumprimento dos decretos e leis que lhe são afetos, mas a todo o ordenamento jurídico como conjunto de regras e princípios, de maneira que não pode impor óbices à efetivação de um direito constitucionalmente declarado fundamentando o indeferimento única e exclusivamente na letra da lei. Dessa forma ensina Marçal JUSTEN FILHO, quando defende que as normas jurídicas não se confundem com a letra da lei:

A lei não é elaborada para bastar-se em si mesma, tal como se os fins do Direito fossem menos relevantes do que as palavras do legislador. Como ensinou English, 'não só a lei pode ser mais inteligente do que o seu autor, como também o intérprete pode ser mais inteligente do que a lei'⁵⁴.

Por fim, o requisito da incapacidade laborativa também provocou discussões atinentes à concessão do Benefício de Prestação Continuada aos menores de 16 anos.

O fato de a Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXXIII, vedar o exercício de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos, levava o INSS a indeferir o benefício assistencial a estes indivíduos, alegando que não se podia falar em incapacidade para o trabalho quando a própria Carta Magna vedava o exercício deste. Com o argumento de que o menor não poderia trabalhar, em qualquer hipótese, a autarquia defendia não haver sentido em deferir um benefício substitutivo da renda.

Como visto anteriormente, inicialmente se exigia do postulante ao benefício que apresentasse deficiência que o incapacitasse para a vida independente e para o trabalho. Também este requisito se mostrou problemático, tendo em vista a dificuldade de se averiguar essa situação, considerando que a incapacidade para a vida independente e a incapacidade para o trabalho podem ser entendidas como recíprocas. No tocante à concessão ao menor de 16 anos, esta exigência somente

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2001, p. 78.

foi maculada, pela administração, após decisões judiciais desfavoráveis (ao INSS), com a nova redação dada pelo Decreto nº 7.617/2011 ao parágrafo 1º, do inc. VI, do art. 4º, do Decreto nº 6.214/2007, que dispõe que:

§ 1º 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.

Isto ocorreu porque a jurisprudência passou a entender que, para analisar a necessidade de concessão do benefício assistencial ao menor de 16 anos, a deficiência que apresenta também deve ser considerada em suas consequências diretas, ou seja, caso se averiguar que a deficiência do menor de 16 anos impõe elevados cuidados por parte de seus responsáveis, em comparação com outras pessoas da mesma idade, principalmente no caso de necessidade de acompanhamento integral, quando impede que um dos membros da família possa trabalhar e, conseqüentemente, auferir renda, bem como considerável dispêndio de recursos financeiros, locomoção a lugares longínquos etc, forçoso seria o deferimento do benefício.

Não é outro o entendimento da Turma Nacional de Uniformização:

EMENTA LOAS. CRIANÇA. SÚMULA 29 DA TNU. AMPLITUDE DO CONCEITO DE INCAPACIDADE PARA VIDA INDEPENDENTE. APLICAÇÃO DAS CONDICIONANTES CONSTANTES DO VOTO PROFERIDO NO PROCESSO Nº 2007.83.03.50.1412-5. QUESTÃO DE ORDEM Nº 20 DA TNU. PRECEDENTES DA TNU. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. "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, PEDILEF 200783035014125, Rel. Juiz Federal Manoel Rolim Campbell Penna, DOU 11-3-2011).

2. "Acórdão recorrido, reformando a sentença, não concedeu Benefício Assistencial a menor, seja por entender que não há falar em incapacidade de menor de 16 (catorze) anos, em face de expressa vedação constitucional (art. 7º, XXXIII, da CF), seja pelo fato de laudo pericial atestar a sua capacidade para os atos do dia-a-dia.

2. Esta Turma Nacional tem firme orientação, assentada na sua Súmula 29, no sentido de que a interpretação do art. 20, § 2º, da Lei 8.742/03 deve ser mais ampla, a partir da premissa que a capacidade para a vida independente engloba a impossibilidade de prover o seu sustento como a prática das atividades mais elementares da pessoa.

3. Resta assente que este conceito de capacidade para a vida independente não está adstrito apenas às atividades do dia-a-dia, vez que não se exige que o(a) interessado(a) esteja em estado vegetativo para obter o Benefício Assistencial. Dele resulta uma exigência de se fazer uma análise mais ampla das suas condições pessoais, familiares, profissionais e culturais do meio em que vive para melhor avaliar a existência ou não dessa capacidade.

4. Nessa análise ampliada é de se verificar se a deficiência de menor de 16 (dezesseis) anos poderá impactar de tal modo a sua vida e, bem como de sua família, a reduzir as suas possibilidades e oportunidades, no meio em que vive. Precedentes nesta TNU: 2007.83.03.50.1412-5; 200580135061286 e 200682025020500". (PEDILEF 200932007033423, Relator JUIZ FEDERAL PAULO RICARDO ARENA FILHO, Data da Decisão 05/05/2011, Fonte/Data da Publicação DOU 30/08/2011).

3. Pedido de Uniformização conhecido e parcialmente provido, para determinar à Turma Recursal de origem para, com base na premissa jurídica firmada, fazer a devida adequação, proferindo nova decisão. Aplicação da Questão de Ordem nº 20 desta Turma Nacional. (TNU, PEDILEF nº 200871550020187, Rel. Juiz Federal Antônio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, julgado em 11/05/2012).

É, portanto, plenamente possível a concessão do Benefício de Prestação Continuada ao menor de 16 anos, desde que suas limitações sejam relevantes a ponto de restringir ou dificultar sua participação social ou que imponham o dispêndio de recursos de modo que possa comprometer a subsistência do núcleo familiar.

Percebe-se também a grande importância dos julgadores, que devem correlacionar diferentes aspectos e consequências, sempre nos contextos aos quais se encontram, a fim de dar o provimento jurisdicional que melhor atenda os objetivos da Assistência Social.

5.2.4 Conceito de família e a subsidiariedade do estado na manutenção da subsistência.

Primeiramente é necessário esclarecer que nossa Constituição adotou a pluralidade das entidades familiares, reconhecendo suas diversas manifestações, de maneira que não surge exclusivamente do casamento. No entanto, trataremos de um conceito mais restritivo, pertinente ao Benefício de Prestação Continuada.

No que remete ao Benefício de Prestação Continuada, a importância de se conceituar família advém do próprio inciso constitucional que o prevê, quando fala que a prestação será concedida ao idoso ou deficiente que "comprovem não possuir

meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”. É da interpretação deste dispositivo, em conjunto com o art. 229 de nossa Constituição⁵⁵, que se entendeu que a responsabilidade do Estado na manutenção da subsistência do indivíduo é subsidiária, cabendo agir somente quando a família não obteve êxito. Este é o entendimento de Marcelo TAVARES:

O requisito básico para o gozo das prestações gratuitas da assistência social é a comprovada impossibilidade de manutenção e sobrevivência autônoma, por seu próprio trabalho ou por conta do auxílio da família. [...] A responsabilidade pelo sustento das pessoas é inicialmente do círculo familiar (arts. 229 e 230 da Constituição c/c art. 1694 do Código Civil) e, supletivamente, do Poder Público. Sendo assim, somente haverá direito às prestações assistenciais se não houver outros meios próprios ou familiares de sustento da pessoa⁵⁶.

Originalmente o art. 20, em seu parágrafo primeiro, da Lei nº 8.742/1993 previa que devia ser considerado família como “a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes”. Posteriormente, a redação fora alterada para determinar família como “o conjunto de pessoas elencadas no art. 16, da Lei 8.213/1991, desde que vivessem sobre o mesmo teto”. O artigo 16 da Lei nº 8.213/1991, antes das alterações operadas pela Lei nº 12.470/2011, arrolava quais eram os dependentes dos segurados da Previdência Social e tinha a seguinte redação:

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;
§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.
§ 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](#).
§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.

⁵⁵ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

⁵⁶ TAVARES, Marcelo Leonardo. Previdência e assistência social. Legitimação e fundamentação constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 215-216.

Tendo em vista os diferentes entendimentos dos magistrados quanto se a composição do núcleo familiar, para fins de benefício assistencial, deveria respeitar o ditame do antigo §1º, do art. 20, da Lei nº 8.742/1993, foi interposto incidente de uniformização de jurisprudência à Turma Nacional de Uniformização, que decidiu pela aplicação plena do disposto nos referidos artigos:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MISERABILIDADE. CONCEITO LEGAL DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO DO ART. 20 DA LEI 8.742/1993 E ART. 16 DA LEI 8.213/1991. RENDA FAMILIAR PER CAPITA INFERIOR AO LIMITE DE ¼ DE SALÁRIO MÍNIMO.

Pedido de Uniformização de Jurisprudência baseado em dissídio entre o acórdão da Turma Recursal do Paraná e entendimento das Turmas Recursais de São Paulo e Ribeirão Preto, segundo o qual são considerados como integrantes da família apenas os dependentes para fins previdenciários de acordo com o art. 20, § 1º da Lei nº 8.742/1993 c.c. o art. 16 da Lei nº 8.213/1991.

Avós, tios e primos, não são dependentes para efeitos previdenciários, de acordo com o art. 16 da Lei nº 8.213/1991, não fazendo parte, portanto, do conceito legal de família previsto pelo art. 20, § 1º da Lei 8.742/1993. Assim, a renda familiar é inexistente. Logo, a renda per capita familiar é zero, portanto, inferior até mesmo ao limite legal de ¼ de salário mínimo.

Incidente conhecido e provido.

(TNU, Pedido de Uniformização n.º 2005.70.95.004847-1. Rel. Juíza Federal Renata Andrade Lotufo. Julgado em 13/11/2006).

No entanto, tal entendimento excluía do núcleo familiar os filhos maiores de 21 anos, avós, tios, netos e demais indivíduos não arrolados expressamente como dependentes do segurado da Previdência Social, ainda que vivessem sob o mesmo teto. Essa interpretação mostrava-se problemática, porquanto mesmo que determinados indivíduos residissem sob o mesmo teto, contribuíssem para auferir renda e também para aumentar as despesas, caso não estivessem arrolados no art. 16 da Lei nº 8.213/1991, não seriam considerados componentes do núcleo familiar para fins de concessão do benefício, o que poderia dar luz a situações esdrúxulas. Por exemplo, podemos imaginar uma velha senhora que mora sozinha, em uma casa humilde, com seu filho de 40 anos que auferir dez mil reais por mês, mas que mesmo assim não será considerado no núcleo familiar dela, por não estar expressamente arrolado no referido artigo. Do mesmo modo, podíamos ter uma senhora que sustenta, com o pouco que ganha, a filha maior de 21 anos e cinco netos, e assim a renda *per capita* de seu “núcleo familiar” seria fictamente maior do que o é na realidade. Esses são alguns dos problemas de se estabelecer restritivamente quais pessoas compõem o núcleo familiar de um indivíduo, principalmente numa sociedade tão plural quanto a nossa.

Estas situações discrepantes levaram os componentes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais – FONAJEF – a publicarem o seguinte enunciado:

Enunciado nº. 51

O art. 20, parágrafo primeiro, da Lei 8742/93 não é exauriente para delimitar o conceito de unidade familiar.

A discussão sobre este assunto admitiu tantas controvérsias que nos trouxe julgamentos com entendimentos distintos, no decorrer do tempo, oriundos da Turma Nacional de Uniformização, de maneira que já se entendeu que o rol do art. 16 da Lei nº 8.213 é meramente exemplificativo, conforme de vê do seguinte julgado, trasladando para o direito da assistência social o conceito muito mais abrangente de família da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006):

EMENTA PROCESSO CIVIL - ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. CONCEITO DE FAMÍLIA. **1. Ao apurar o grupo familiar do requerente, o juiz não está adstrito ao rol do art. 16 da Lei n. 8.213/91, que, neste caso, é meramente exemplificativo, podendo, diante do caso concreto, ser alargado ou diminuído**, de acordo com a sua eqüitativa apreciação, e tendo em visto o art. 5º da Lei n. 11.340/2006. 2. Caso de retorno dos autos ao juízo de origem para, diante do caso concreto, fazer a adequação do julgado. 3. Recurso conhecido e provido em parte. (PEDILEF 200770950064928, JUÍZA FEDERAL MARIA DIVINA VITÓRIA, TNU - Turma Nacional de Uniformização, 19/08/2009). (Sem grifos no original).

No entanto, o entendimento do Tribunal foi novamente revisado, sendo que o Tribunal voltou a adotar interpretação restritiva do § 1º do art. 20 da LOAS para fins de definição do grupo familiar, conforme o julgado:

TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MISERABILIDADE. AFERIÇÃO. GRUPO FAMILIAR. ART. 16 DA LEI N. 8.213/91. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A TNU já se posicionou pela interpretação restritiva do § 1º do art. 20 da LOAS para fins de definição do grupo familiar a ser pesquisado quando da apuração do requisito da hipossuficiência – pressuposto legal à concessão do benefício assistencial a deficiente – , limitando-se o núcleo às pessoas elencadas no art. 16 da Lei n. 8.213/91. E, neste rol, não estão incluídos os avós. Precedentes: Processo n. 200770950106637; Processo n. 2008.35.00.700402-4.

2. Resulta o grupo familiar restrito ao autor, sua mãe e seu irmão menor, e renda mensal familiar limitada à pensão alimentícia no valor de R\$ 233,00. Por conseguinte, resta inferior a ¼ do salário mínimo a renda per capita existente.

(...)

(TNU, PU 2008.71.95.00.0162-7. Rel Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho. Julgado em 16/11/2009).

Com o intuito de solucionar esta controvérsia, a Lei nº 12.435/2011 deu a seguinte redação ao §1º do art. 20 da LOAS:

§ 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.

Percebe-se que o legislador buscou dar um conceito mais amplo à definição de núcleo familiar do que aquele até então adotado, desvinculando-o do rol de dependentes do segurado da previdência social, no entanto peca novamente em conceituar restritivamente, pois não se considera a família em suas diferentes manifestações, ao passo em que deixa de contemplar situações encontradas em diversos lares brasileiros onde há mútua colaboração entre parentes, dos mais diversos graus, para a subsistência do grupo.

5.2.5 O requisito econômico e suas implicações.

Superado o requisito subjetivo, passamos a analisar o requisito objetivo da concessão do Benefício de Prestação Continuada, a renda. O parágrafo terceiro do art. 20 da LOAS traz este requisito:

§ 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.

Acerca da constitucionalidade deste requisito, já em 1998 o Supremo Tribunal Federal se manifestou favoravelmente, no julgamento da ADIN nº 12.321/DF, na qual o Ministro relator Ilmar Galvão, vencido, sustentou o seguinte:

Na realidade, não se pode vislumbrar inconstitucionalidade no texto legal, posto revelar ele uma verdade irrefutável, seja, a de que é incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 do salário mínimo.

A questão que resta é a de saber se a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido.

Revelando-se manifesta a impossibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto

impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.

No entanto, no referido julgamento, sagrou-se vencedor o voto do Ministro Nelson Jobim, que entendeu que caberia à lei fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso, de modo que o estado de miserabilidade seria comprovado através da análise do requisito da renda familiar *per capita* inferior a ¼ de salário mínimo.

Gradativamente o Supremo foi mudando seu entendimento, decidindo finalmente pela constitucionalidade do requisito objetivo da renda, sem, no entanto, considerá-lo como meio exclusivo de comprovação da miserabilidade. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de ¼ do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição⁵⁷.

É possível perceber da jurisprudência de nosso Supremo Tribunal Federal que se busca evitar vincular o exame da miserabilidade exclusivamente a aspectos objetivos, como o da renda familiar *per capita* inferior a ¼ de salário mínimo, de modo que seja resguardado ao juiz o direito de decidir dando interpretação sistemática, de modo a considerar o sistema em que se insere a norma relacionando-a com outras concernentes ao mesmo objeto, pois por uma norma pode-se desvendar o sentido da outra e teleológica, consistindo em adaptar o sentido ou finalidade da norma às novas exigências sociais do ordenamento jurídico.

Na esteira do entendimento do Ministro Ilmar Galvão, acima exposto, de que é uma verdade irrefutável que uma família com renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo é incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, passou-se a cogitar a hipótese de se estabelecer um limite aquém do qual se originaria uma presunção absoluta de carência econômica. Para dirimir as controvérsias, fez-se necessária a manifestação da Turma Nacional de Uniformização, que entendeu que há de ser reconhecida, nestes casos, a presunção

⁵⁷ (STF, Rcl 4374 MC/PE, Medida Cautelar na Reclamação, Min. Gilmar Mendes, Julgamento 01/02/2007, DJ 06/02/2007)”.

absoluta de hipossuficiência econômica. Este entendimento é ainda adotado até os dias atuais pela TNU e corroboram com ele a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, conforme se auffle dos seguintes julgados, carreados com mera intenção exemplificativa:

PREVIDENCIÁRIO – BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (LOAS) – EXCLUSÃO DE APOSENTADORIA DE MEMBRO DO GRUPO FAMILIAR NO CÔMPUTO DA RENDA – MATÉRIA PACIFICADA NA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – RENDA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO CONSTITUI PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE MISERABILIDADE - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO

1. Incidente de uniformização suscitado pela parte autora, em face de decisão que desconsiderou a condição de miserabilidade, em razão de, apesar de a renda mensal per capita ser inferior a ¼ do salário mínimo, as condições da residência da autora afastarem a presunção de miserabilidade. 2. A renda mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo denota presunção absoluta de miserabilidade, não sendo possível ser confrontada com os outros critérios. 3. Incidente de Uniformização Nacional conhecido e provido.

(TNU. PEDILEF 200870650015977, JUIZ FEDERAL VLADIMIR SANTOS VITOVISKY, DOU 08/07/2011 SEÇÃO 1).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. NÃO APLICAÇÃO. 1. (...) 2. "A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo."

(STJ, REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 20/11/2009).

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REQUISITO ECONÔMICO. ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº 10.741/2003). BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO RECEBIDO POR MEMBRO IDOSO DO GRUPO FAMILIAR. EXCLUSÃO DA RENDA. RENDA FAMILIAR PER CAPITA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO-MÍNIMO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE CARÊNCIA ECONÔMICA. PRECEDENTES DA TRU4. PROVIMENTO.

(...) 3. Se a renda familiar do pretendente ao benefício é inferior a ¼ do salário-mínimo, presume-se a carência econômica do grupo familiar.

(5002469-09.2011.404.7013, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva, D.E. 23/10/2012).

A princípio, pode parecer que este entendimento confronta com o do Supremo Tribunal Federal, quanto à possibilidade de interpretação sistemática e livre valoração do conjunto probatório a ser realizada pelo julgador. No entanto, a aplicação da presunção absoluta de miserabilidade demonstra ser interpretação mais protetiva aos indivíduos que se encontram em situação de vulnerabilidade social. Com efeito, a própria lei estabelece que é “*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*”, e este é o critério utilizado pela Administração Pública de modo que, caso não se tomasse por comprovada a miserabilidade nestes casos, poderia haver uma decisão judicial mais desfavorável do que o tratamento empregado pelo próprio INSS. O que se defende é que é extremamente mais provável que uma família com renda *per capita* inferior ao patamar referido não disponha dos recursos necessários à manutenção de uma vida digna do que, ainda que com renda inferior ao limite estipulado, não esteja configurada a situação de miserabilidade ensejadora da concessão do benefício.

No atinente ao cálculo da renda familiar *per capita*, serão considerados os rendimentos das pessoas que compõe o núcleo familiar, arrolados no §1º do art. 20 da Lei 8.213/1991. Porém, a Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) trouxe, no parágrafo único de seu art. 34, uma inovação relativa ao cálculo:

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.

Referido artigo estabelece que, para fins de cálculo da renda familiar *per capita*, o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família do idoso, que postular a concessão de um benefício assistencial para si, não será computado. Tal entendimento encontra fulcro na noção de que o idoso, comumente, apresenta maiores gastos em relação às demais pessoas, especialmente com saúde, e que o benefício assistencial objetiva prover um mínimo àquele que já tem pouco de forma que, se já teve concedido o benefício, era porque se encontrava em situação de miserabilidade. A exclusão do benefício assistencial recebido pelo idoso para fins de

cálculo da renda mensal familiar é escorada na ideia de que tal prestação da seguridade social consubstancia recursos indispensáveis à manutenção e à inserção social de seu titular.

Com a aplicação do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, começou-se a cogitar a hipótese de se excluir do cálculo da renda familiar *per capita* também os benefícios previdenciários de valor mínimo, recebidos por idoso. Tal posição foi amplamente sustentada com base no princípio da igualdade, pois ambos os benefícios, assistencial e previdenciário, teriam o mesmo valor. No entanto, o INSS somente excluía do cálculo o benefício assistencial, e somente o recebido por idoso, alegando que não há previsão normativa autorizando a exclusão dos demais benefícios.

Com efeito, o princípio da igualdade, expressamente adotado pela Constituição Federal, prevê que todos têm direito de tratamento idêntico pela lei, com tratamento igual para casos iguais e, *a contrario sensu*, desigual para casos desiguais, na medida de suas desigualdades. Quanto ao tratamento diferenciado dado aos diferentes indivíduos, Alexandre de MORAES ensina que:

(...) o que é vedado são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito (...)⁵⁸.

Em referência ao uso da analogia, Miguel REALE nos traz que:

A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: *ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito)⁵⁹.

Desta forma, considerar, para o cálculo da renda, o benefício previdenciário quando se exclui o assistencial não parece desejável. Primeiramente porque se estaria privilegiando a situação de um indivíduo que, a princípio, nunca contribuiu

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004, p.180.

⁵⁹ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 292.

para o Regime Geral da Previdência Social em detrimento daquele que, por já ter obtido êxito em conseguir benefício previdenciário, verteu contribuições. Segundo, porque a Constituição Federal traz explícita sua intenção em assistir os idosos e pessoas com deficiência, quando demonstrem necessidade, de forma que esta limitação, a impossibilidade de exclusão de benefício de valor mínimo do cômputo da renda familiar per capita, não atende aos objetivos constitucionais. Por fim, aceitando que em ambos os casos há a mesma identidade de razão jurídica, não é sensato lhes dispensar diferentes tratamentos normativos.

Em face da grande repercussão que esta discussão obteve, o Superior Tribunal de Justiça mudou seu posicionamento, porquanto antes entendia pela aplicação restrita do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, agora entendendo pela aplicação analógica do referido dispositivo normativo, de modo a excluir qualquer benefício previdenciário de valor mínimo, conforme se pode observar:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO NO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL PER CAPITA FAMILIAR. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PERCEBIDO POR MAIOR DE 65 ANOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/2003. APLICAÇÃO ANALÓGICA. LEI Nº 11.960/2009. INCIDÊNCIA IMEDIATA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

2. A finalidade da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), ao excluir da renda do núcleo familiar o valor do benefício assistencial percebido pelo idoso, foi protegê-lo, destinando essa verba exclusivamente à sua subsistência.

3. Nessa linha de raciocínio, também o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo recebido por maior de 65 anos deve ser afastado para fins de apuração da renda mensal per capita objetivando a concessão de benefício de prestação continuada.

4. O entendimento de que somente o benefício assistencial não é considerado no cômputo da renda mensal per capita desprestigia o segurado que contribuiu para a Previdência Social e, por isso, faz jus a uma aposentadoria de valor mínimo, na medida em que este tem de compartilhar esse valor com seu grupo familiar.

5. Em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade, deve ser excluído do cálculo da renda familiar per capita qualquer benefício de valor mínimo recebido por maior de 65 anos, independentemente se assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso.

6. A Lei nº 11.960/2009, segundo compreensão da Corte Especial deste Sodalício na linha do que vem entendendo a Suprema Corte, tem incidência imediata.

7. Agravo regimental parcialmente provido. (STJ. 6º Turma. AgRg no REsp 1178377 / SP. Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 19/03/2012).

A questão sobre esta possibilidade está em discussão no Supremo Tribunal Federal, porém ainda não foi proferida decisão (RE nº580.963). E não se trata de atuação legislativa do Poder Judiciário, mas sim de aplicação analógica de um dispositivo já existente, de modo que o magistrado dá uma adequada interpretação à norma, extraindo novas hipóteses não previstas originariamente na redação literal da lei, mas que encontram fundamento quando combinadas com as demais normas do ordenamento jurídico, em especial as que remetem à proteção aos idosos e deficientes, à erradicação da pobreza e das desigualdades e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I e III e art. 203, I e IV, todos da Constituição Federal). Assim, entende-se que esta interpretação analógica do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso melhor atende aos anseios de nossa Constituição.

Adiante, pelos mesmos motivos, em respeito ao princípio da igualdade, e por se tratar de situação jurídica praticamente idêntica, o benefício assistencial ou previdenciário recebido por idoso quando pessoa com deficiência postula a concessão do benefício também deve ser excluído do cômputo da renda familiar *per capita*, assim como acontece no caso de benefícios postulados por idosos.

Desta forma entendeu a Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, consagrando o princípio da isonomia:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº 10.741/2003). APLICAÇÃO ANALÓGICA A BENEFÍCIO DE DEFICIENTE. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE VALOR MÍNIMO RECEBIDO POR IDOSO DO GRUPO FAMILIAR. EXCLUSÃO DA RENDA DO GRUPO FAMILIAR. 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*. (IUJEF 2007.70.51.006794-0, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relatora Jacqueline Michels Bilhalva, D.E. 19/02/2009).

Na mesma esteira de entendimento, é também possível excluir o benefício de valor mínimo recebido por pessoa com deficiência, porquanto o tratamento dado pelo art. 203 da Constituição ao portador de deficiência e ao idoso é o mesmo.

Ainda, se discute sobre a possibilidade de exclusão de benefícios por incapacidade de valor mínimo, aos argumentos de que o valor tem o condão de possibilitar o custeio de tratamentos de saúde e despesas originadas da condição

incapacitante, mesmo que o beneficiário não seja idoso. No entanto, nossas cortes sustentam que, não havendo óbice à exclusão do benefício de aposentadoria por invalidez, no qual fica constatada uma incapacidade permanente para o trabalho, a exclusão do benefício de auxílio-doença somente poderá ser realizada caso seja comprovada a gravidade da incapacidade, de modo que a previsão de longa duração do benefício poderia ser analogamente relacionada com a da aposentadoria por invalidez, de forma que o benefício de valor mínimo intenta amparar unicamente seu titular. A título de ilustração, colaciono o seguinte julgado da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais paranaenses:

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. (1ª TR/PR, RI nº 2008.70.51.004737-4. Rel. Juíza Federal Ana Beatriz Vieira da Luz Palumbo, julgado em 14/05/2009. Dje 25/05/2009).

Outra situação encontrada na jurisprudência é a possibilidade de exclusão de benefício previdenciário recebido pelo genitor da pessoa com deficiência, ainda que aquele não seja idoso nem deficiente, conforme se observa da seguinte ementa:

ASSISTENCIAL – PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO - DIVERGÊNCIA COM ACÓRDÃO PARADIGMA DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – POSSIBILIDADE – JUNTADA DE CÓPIA DO ACÓRDÃO DIVERGENTE DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – DESNECESSIDADE – PEDIDO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PARA DEFICIENTE – EXCLUÍSE DO CÔMPUTO DA RENDA FAMILIAR O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PERCEBIDO PELA MÃE DA REQUERENTE – APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI Nº 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO) – INCIDENTE PROVIDO.

(...)

5) O aresto da TNU desconfirma a tese sustentada pelo INSS de que somente idosos poderiam gozar do benefício da exclusão da renda, nos moldes previstos no art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/03. Assim, não poderá ser prejudicada a autora, deficiente, e que faz jus, em tese, a benefício assistencial, pelo fato de sua mãe ser beneficiária de benefício previdenciário e não assistencial motivado pela sua idade. Não será este benefício computado para efeito de composição da renda familiar.

(...) (TNU. PEDILEF nº 2006.83.00.510337-1/PE, Rel. Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, DJ 09.03.2009).

Adiante, cabe analisar a possibilidade de se excluir mais de um benefício, assistencial ou previdenciário de valor mínimo. O art. 34 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) não estabelece qualquer limite numérico à possibilidade de exclusão de benefício, de modo que se pode interpretar que a exclusão de mais de um Benefício de Prestação Continuada seja possível. Adiante, de acordo com a jurisprudência acima carreada, dando conta de que, para esta situação específica, a do cálculo da renda familiar *per capita*, não se deve dar tratamento diferenciado ao benefício assistencial e ao previdenciário de valor mínimo, também não há óbices para operar a exclusão de mais de um benefício previdenciário de valor mínimo. Neste sentido decidiu a Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE MAIS DE UM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE VALOR MÍNIMO.

Para fins de concessão de benefício assistencial, a aplicação analógica do disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) não se limita à exclusão de apenas um benefício previdenciário de valor mínimo, recebido por membro idoso ou deficiente do grupo familiar. (TRU4. IUJEF 0001030-84.2009.404.7056/PR. Relator para o Acórdão Juiz Federal José Antônio Savaris, julgado em 25/02/2011).

Frise-se que as exclusões de benefícios acima arroladas devem ser operadas anteriormente a quaisquer outras avaliações sobre a miserabilidade do núcleo familiar, conforme entendimento da TNU:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº 10.741/2003). APLICAÇÃO ANALÓGICA A BENEFÍCIO DE IDOSO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE VALOR MÍNIMO RECEBIDO POR IDOSO DO GRUPO FAMILIAR. EXCLUSÃO DA RENDA DO GRUPO FAMILIAR.

1. Para fins de concessão de benefício assistencial a idoso, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003) se aplica por analogia para a exclusão do 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*, independentemente da consideração de qualquer sinal de miserabilidade, a qual somente pode ser avaliada após a aplicação analógica daquele dispositivo. (...) (TNU. PEDILEF nº 2007.70.50.013424-5/PR. Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva. DJ 22/05/2009).

Por fim, insta salientar que a jurisprudência entende pela impossibilidade de exclusão de benefícios com valor superior ao mínimo, conforme se observa do seguinte julgado:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. 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 o fim 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, não autorizando a exclusão do valor de um salário mínimo de benefício que não seja de valor mínimo. 2. Recurso conhecido e provido para manter a uniformização regional precedente. (, IUJEF 2007.70.56.001734-8, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relatora Luísa Hickel Gamba, D.E. 14/06/2010).

No entanto, mesmo que seja impossível operar a exclusão de benefícios com valor superior ao mínimo, ainda assim é permitido ao julgador flexibilizar o requisito econômico objetivo. Isto porque um critério exclusivamente objetivo não dá conta de delimitar quem são os indivíduos que se encontram em situação de hipossuficiência econômica, havendo casos em que mesmo uma renda superior ao limite referido não seja suficiente para prover uma existência digna ao indivíduo. Conforme já referido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que, para a aferição da miserabilidade, o requisito objetivo da renda *per capita* poderia ser conjugado com outros fatores que demonstrassem a condição de vulnerabilidade do postulante ao benefício.

Nos processos atinentes à concessão do benefício assistencial são realizadas diligências para a elaboração de um laudo socioeconômico que atestará a composição do núcleo familiar, a renda auferida, os gastos com saúde, alimentação, transporte, vestuário, moradia etc, e quais as condições pessoais de cada indivíduo componente do núcleo familiar. O magistrado também poderá usufruir destas informações para formar seu convencimento acerca da situação econômica da família em questão. Somente através da análise do caso concreto é que se poderá ter uma maior margem de certeza quanto à necessidade ou desnecessidade do provimento jurisdicional, de forma que o requisito objetivo da renda *per capita* inferior a ¼ de salário mínimo não representa um critério absoluto. Corroborando este entendimento, segue jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e da Turma Nacional de Uniformização:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.112.557/MG. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Conforme entendimento firmado no julgamento do REsp n.º 1.112.557/MG, de Relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o critério previsto no artigo 20, § 3.º, da Lei n.º 8.742/1993, deve ser interpretado como limite mínimo, não sendo suficiente, desse modo, por si só, para impedir a concessão do benefício assistencial.

Permite-se a concessão do benefício aos requerentes que comprovem, a despeito da renda, outros meios caracterizados da condição de hipossuficiência.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 222.490/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 06/11/2012)

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REQUISITOS LEGAIS. RENDA FAMILIAR PER CAPITA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO.

I – O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor. (Precedente do STJ, REsp 397943-SP, 5ª Turma, Rel. Felix Fisher, DJ 18/03/2002, p. 300).

(...) (TNU. PEDILEF nº 2003.61.84.060852-6/SP. Rel. Juíza Federal Daniele Maranhão Costa, DJ 11/06/2009).

Assim sendo, caso o julgador, lançando mão de todo o conjunto probatório presente nos autos, entenda que se verifica situação de necessidade apta a ensejar a concessão do benefício assistencial, deve deferi-lo, pois o magistrado tem o dever, também, de efetivar os mandamentos presentes em nossa Constituição, que objetiva alcançar a eficaz proteção aos idosos e deficientes, bem como a erradicação da pobreza e das desigualdades e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para as quais o Benefício de Prestação continuada se presta.

CONCLUSÃO

Com o problema da exclusão social e todas as consequências que dele advém, é natural que a sociedade se organize para combater algumas de suas mazelas, pois se percebe que seus impactos vão além da esfera individual. Este é o intuito de nossa Constituição quando estabelece como objetivos de nossa república, entre outros, a erradicação da pobreza e das desigualdades e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Com o que foi exposto neste trabalho percebemos que a Assistência Social se mostra como um dos instrumentos aptos a vestir de eficácia alguns destes objetivos. Ao buscar prover meios de subsistência aos marginalizados, bem como capacitá-los ao exercício de um labor que lhes confira renda, acaba também por oferecer maiores condições de inserção social, como forma de exercer plenamente sua cidadania.

A abordagem jurídica da assistência social é comumente apresentada forma resumida em obras de direito previdenciário, mesmo sem pertencer a este ramo do direito, figurando, injustamente, em algumas poucas páginas destas, não obstante sua grande importância.

Este trabalho teve por objetivo expor algumas das características e discussões envolvendo o Benefício de Prestação Continuada sem, no entanto, esgotá-las, porquanto se demonstrou que são grandes as controvérsias atinentes aos requisitos à concessão da referida prestação, bem como que o entendimento acerca deles frequentemente se altera.

Também a própria legislação da matéria foi gradativamente se adaptando melhor às nossas realidades sociais, conforme se viu que alguns critérios originais mais rígidos foram sendo substituídos por outros que possibilitaram uma abordagem mais fática ao assunto, normas estas que encontraram embasamento nas correntes opiniões doutrinárias e jurisprudenciais. Antes mesmo das modificações legislativas, o Poder Judiciário dava às normas interpretação que buscava observar os princípios constitucionais acima referidos e, em especial, ao da dignidade da pessoa humana. A imprecisão normativa, quando não dá conta de regular a extrema complexidade da matéria, deve ser contornada com esta interpretação do Poder Judiciário, à luz da Constituição, a fim de garantir a eficácia plena dos mandamentos constitucionais.

Foi defendida neste trabalho, também, a ideia de que a atuação do Poder Judiciário, no sentido de atenuar o rigor da lei quanto aos requisitos da concessão do benefício assistencial, não se trata de atuação legislativa própria, mas sim interpretativa. Os requisitos objetivos, positivados na legislação ordinária, não conseguem abarcar todas as situações, de modo que, se tomados de forma literal, acabariam por deixar de fora da proteção estatal muitos daqueles que, por sua realidade, dela necessitariam. É devido a isto que os requisitos objetivos do benefício podem ser flexibilizados e devem ser tomados em conjunto com os subjetivos, de modo que se analise não somente a incapacidade estritamente médica do indivíduo, mas em correlação com seus aspectos pessoais, como a idade, a escolaridade, o grau de instrução, histórico profissional etc. Tal flexibilização não encontra respaldo no sentimento de pena do julgador, mas se sustenta nos princípios constitucionais e da Assistência Social.

Também o requisito da renda familiar *per capita* não é um requisito absoluto, servindo apenas como um parâmetro para o julgador formar seu convencimento acerca da situação de miserabilidade da família.

Adequar as normas ao caso concreto é, portanto, uma tarefa complexa, exigindo experiência e sensibilidade do magistrado, que deve conferir à lei a eficácia desejada. Esta margem de liberdade na aplicação da lei conferida ao julgador é de vital importância para que os objetivos da assistência social sejam alcançados em sua plenitude, de forma que seja dada uma prestação jurisdicional que seja adequada às realidades sociais às quais estão inseridos os indivíduos em situação de hipossuficiência econômica, possibilitando o provimento de condições mínimas à uma existência humanamente digna.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. 19. Reimpressão.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da Seguridade Social*. 1ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. v. 01.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 3ªed. Rio de Janeiro: Impetus. 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- KRELL, Andreas. *A efetividade dos direitos sociais no Brasil* em PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes (coord.). *Direito Constitucional em Evolução: Perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MARQUES DA FONSECA, Ricardo Tadeu. *A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência*. In: *Direito Previdência e Assistência Social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. SAVARIS, José Antônio; VAZ, Paulo Afonso Brum (orgs.).
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2000.
- _____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. *Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social*, in: *Temas Atuais de Previdência e Assistência Social*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002.

OLIVEIRA, Lamartino França de. *Direito Previdenciário*. Vol.4. 2ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

ROCHA, Daniel Machado da. *A assistência social como direito fundamental: uma análise da evolução da concretização judicial do benefício assistencial* in Revista da AJUFERGS, vol.6.

_____. *O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANFELICE, Patrícia de Mello. *Assistência social e benefício assistencial*, in: *Caderno de Direito Previdenciário nº3*, v.II. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3.tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e assistência social. Legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.