

ANA PAULA NIEDZIELUK LISBOA

**BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA:
INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL**

Monografia apresentada para obtenção do grau de bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dra. Aldacy Rachid Coutinho.

Co-orientador: Prof. Dr. Sidnei Machado.

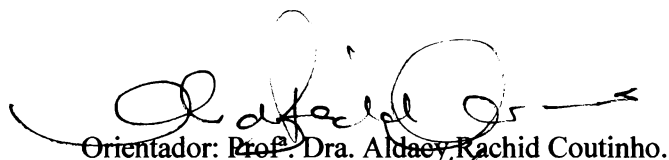
**CURITIBA
2004**

TERMO DE APROVAÇÃO

ANA PAULA NIEDZIELUK LISBOA

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL

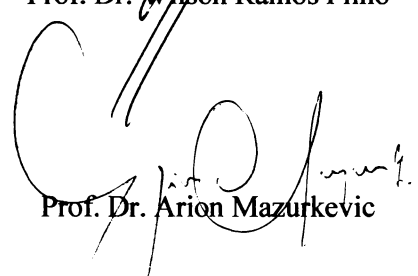
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no
Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dra. Aldaey Rachid Coutinho.



Prof. Dr. Wilson Ramos Filho



Prof. Dr. Arion Mazurkevic

CURITIBA

2004

SUMÁRIO

RESUMO	iii
INTRODUÇÃO	iv
1 ASSISTÊNCIA SOCIAL	v
1.1 NOÇÃO CONCEITUAL.....	6
1.2 ORIGENS HISTÓRICAS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	11
2 ORDEM CONSTITUCIONAL SOCIAL	15
2.1 A SEGURIDADE SOCIAL.....	15
2.2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	15
3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL	18
3.1 EFETIVIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS.....	21
3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	27
4 CONCRETIZAÇÃO	33
4.1 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.....	33
4.1.1 Requisitos.....	35
4.1.2 Destinatários do benefício assistencial.....	36
4.1.2.1 O idoso.....	36
4.1.2.2 A pessoa portadora de deficiência.....	36
4.1.2.3 Quem são os pobres?.....	37
4.1.2.4 Linhas de pobreza e de indigência: mensuração da pobreza.....	39
4.1.2.5 Pobreza e as diferenças regionais.....	41
4.1.2.6 Níveis de pobreza no Brasil.....	42
4.1.3 Cálculo da renda <i>per capita</i>	44
4.1.4 Um quarto do salário mínimo. Linha de pobreza para um país como o Brasil?.....	45
4.2 QUESTÕES ATUAIS E SOLUÇÕES JURISDICIONAIS.....	48
4.2.1 Requisito: incapacidade para o trabalho e para a vida independente.....	48
4.2.2 Requisito econômico: renda <i>per capita</i> inferior a um quarto do salário mínimo vigente no país.....	54
4.2.3 Atuação legislativa ou interpretativa do Poder Judiciário?.....	61
CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	73

RESUMO

A Assistência Social é um direito fundamental previsto no rol de direitos sociais, no artigo 6º da Constituição Federal. O Constituinte de 1988 viu a importância da assistência para um país em que a miséria assola a maior parte da população, inserindo o direito à assistência social entre os direitos sociais. Tal previsão reforça a preocupação do legislador com o combate à pobreza. A Constituição Federal proclama no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Pode-se extrair deste princípio o direito a um *mínimo de existência*, o direito à vida e à integridade física. O benefício de prestação continuada consiste no repasse de um salário mínimo mensal aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não tenham condições de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família, conforme previsão do artigo 203, inciso V da Constituição Federal. A Lei nº 8.742/93 regulamentou a concessão do benefício, tendo estipulado os seguintes requisitos para a sua obtenção: pessoa portadora de deficiência, incapacitada para o trabalho e para a vida independente ou idoso com 65 anos que não tenham condições de prover a sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, cuja renda mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente no país. O benefício de prestação continuada foi criado com o intuito de beneficiar os miseráveis, buscando conceder-lhes um mínimo de dignidade humana.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar o Benefício de Prestação Continuada e demonstrar a sua importância para os dias atuais, pois o referido benefício configura-se em um instrumento para realização da justiça social, através da distribuição de renda para aqueles que mais necessitam. Apesar da assistência àqueles que necessitam ser de importância crucial nos dias de hoje, tendo em vista a elevação dos níveis de pobreza que assolam o país e a redução na qualidade de vida da população, pouco tem-se discutido sobre o assunto nos níveis acadêmicos.

A Constituição Federal de 1988 elevou o direito à assistência social ao rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º, tamanha a sua importância. O Constituinte foi mais longe e dispôs um capítulo específico sobre a Seguridade Social, nesta incluída as políticas assistenciais. O benefício assistencial foi previsto a princípio pelo artigo 203, inciso V da Lei Fundamental, tendo sido regulamentado pela Lei nº 8.742/93.

Tal previsão reforça a preocupação do legislador com o combate à pobreza, tendo em vista que ele contemplou expressamente no artigo 3º, inciso III, dentre os objetivos da nova república a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, além de garantir um padrão social mínimo a todos os cidadãos.

No primeiro capítulo, será conceituada a Assistência Social, enfocando, principalmente, a idéia de se utilizar as políticas sociais como forma de dominação, para garantir a operacionalização das tensões geradas no seio da sociedade. Além disso, será abordada a idéia de assistência social como uma benesse por parte do Estado. Adiante, proceder-se-á uma passagem sobre as origens históricas da assistência social e a sua previsão ao longo dos diplomas legais brasileiros.

No segundo capítulo, será analisada a constitucionalização do direito à assistência social e a seguridade social pela Constituição Federal de 1988.

No terceiro capítulo, serão abordadas as diversas classificações dos direitos sociais, baseadas na doutrina dos mais respeitados estudiosos do Direito, incluindo entre os direitos sociais, o direito à assistência social e a prestação dos serviços

públicos. Discutir-se-á também a eficácia e a efetividade dos direitos sociais para a doutrina atual. Objetivando demonstrar a importância do princípio da dignidade humana, será a assistência social, sob a perspectiva deste princípio maior, vetor da Carta Magna. Deste princípio extrai-se o direito à garantia de um mínimo existencial a todos os cidadãos, sendo o amparo assistencial um instrumento para a sua concretização material. Ao longo da análise do princípio da dignidade humana, será analisada a possibilidade ou impossibilidade de se reduzir a vida humana a mera existência.

O quarto capítulo é o cerne da pesquisa, no qual será desenvolvida análise do benefício de prestação continuada, a forma de sua concessão, os requisitos exigidos para a percepção do benefício, além da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para efetivar os direitos para aqueles que mais necessitam do seu reconhecimento.

1 ASSISTÊNCIA SOCIAL.

1.1 NOÇÃO CONCEITUAL.

O legislador definiu a assistência social no artigo 1º, da Lei nº 8.742/93, como “direito do cidadão e dever do Estado, é Política 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.”

Sposati, Bonetti, Yasbek e Falcão¹ conceituam as políticas assistenciais como,

[...] as atividades de pronto-socorro social, ou seja, as de ajuda material ou financeira destinadas às populações com problemas agudos de subsistência, em geral procedidas por voluntários ou auxiliares sociais. Tais atividades passam a ser relegadas pelos profissionais de Serviço Social, tanto pelo seu caráter paliativo e clientelístico, quanto pelas limitações que traziam à afirmação do assistente social como profissional no quadro institucional.

Abarca, pois, ainda, prestação de serviços sociais básicos.

Sérgio Pinto Martins conceitua a Assistência Social como “[...] um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.”²

Alfredo Ruprecht, de sua parte, afirma que “Por assistência devem ser entendidos os instrumentos protetores de que a sociedade – pública ou privada – se serve para ir ao auxílio dos mais necessitados, procurando resolver sua situação.”³

Ruprecht classifica a assistência em quatro tipos: familiar, privada, pública e social. A assistência familiar é a ajuda fornecida pelos membros da família, “[...] ligados por vínculos de sangue ou de relação de parentesco próximo para ajudar o necessitado a enfrentar suas desventuras ou necessidades”⁴ Já a assistência privada é aquela praticada por particulares, seja por sentimentos de caridade ou de solidariedade, daí ser

¹ SPOSATI, Aldaiza de Oliveira Sposati; BONETTI, Dilsea Adeodata; YASBEK, Maria Carmelita; FALCÃO, Maria do Carmo B. Carvalho. p. 46/47.

² MARTINS, Sérgio Pinto. p. 484.

³ RUPRECHT, Alfredo J. p. 23.

⁴ Idem. p. 23.

assemelhado a uma “esmola”. Para Ruprecht, “A assistência pública é a consequência de terem os problemas causados pela pobreza alcançado o plano político-social, devendo o Estado se encarregar deles [...] se caracteriza por ser obrigatória.”⁵ A assistência social consiste em uma tentativa da sociedade suprir as necessidades daqueles que não conseguem obtê-las de forma suficiente para a sua sobrevivência. Durante a presente pesquisa será tratado apenas da assistência social e da assistência pública, como forma de inserção dos excluídos na sociedade.

Conclui-se que a assistência social é acima de tudo um direito do cidadão e um dever prestacional do Estado e deve ser prestada a quem dela necessita, visando garantir um mínimo existencial ao cidadão, a fim de atender às suas necessidades básicas.

Com a constitucionalização da assistência social como um direito social, ela deixou de ter apenas um caráter de dever moral de ajuda, passando a ser uma obrigação legal, que pode ser exigida a qualquer momento, por quem dela necessitar.

Ainda que haja previsão da assistência na Constituição, ela ainda é vista como uma forma de atividade filantrópica, em que o Estado por benevolência ajuda aqueles que não conseguem sobreviver por si só. O beneficiário não é visto como cidadão, usuário, consumidor e possível gestor de um serviço a que tem direito, mas sim, como assistido ou favorecido pelo Estado. Neste sentido, interessante a observação feita por Celso Barroso Leite, “Muitos dos seus destinatários vêm nela um atestado de incapacidade, um sinal de fracasso, uma humilhação.”⁶

A concessão deste auxílio acaba por estigmatizar ainda mais o indivíduo, consolidando a idéia de que o atual sistema não liberta o indivíduo, mas sim o exclui da sociedade. Na verdade, nenhum dos direitos fundamentais é “um favor” concedido pelo Estado, mas sim expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio vetor de todo o ordenamento jurídico. José Manuel M. Cardoso da Costa expressa claramente esta idéia ao afirmar que⁷

⁵ RUPRECHT, Alfredo J. p. 25.

⁶ LEITE, Celso Barroso. **Filantropia e contribuição social**. p. 76.

⁷ COSTA, José Manuel M. Cardoso da. p. 192.

[...] se o primeiro dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana, então necessariamente que o enunciado de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição portuguesa não releva de uma mera concessão voluntarista (positivista) do legislador constituinte – não representa uma simples “graça do príncipe”, uma concessão do poder do Estado, mas exprime, sim, o reconhecimento de um conjunto de direitos inalienáveis e inderrogáveis, anteriores ao Estado e que este tem de respeitar, que se ligam e emergem da própria dignidade do homem enquanto homem, e enquanto pessoa e são expressão infungível dessa dignidade.

Atualmente, a assistência é um instrumento utilizado pelo Estado para enfrentar a questão social, sob a aparência de ação compensatória das desigualdades sociais geradas pela política capitalista. Para isso, institui políticas e cria organismos responsáveis pela prestação de serviços destinados aos trabalhadores identificados como pobres, carentes, desamparados. Na verdade, surge uma nova forma de exclusão social, em que se prestam serviços precários, sob a justificativa de um rebaixamento na qualidade dos serviços, já que estes são prestados a pessoas carentes e ignorantes. Para aqueles que nada têm, basta um pouco de auxílio e já estão satisfeitos, pois a situação anterior era ainda pior. Wagner Balera afirma que a política assistencialista consiste no fornecimento de bens, serviços e dinheiro aos necessitados, o que acaba “Incentivando o conformismo da população assistida, estimula a inércia e oprime mais do que liberta.”⁸ Melhor seria adotar uma política integradora do marginalizado, do portador de deficiência ao mercado de trabalho, como uma forma de libertação dos necessitados.

O objetivo do Estado é garantir “a ilusão do atendimento”, segundo expressão utilizada por Aldaiza Sposati, Dilsea Bonetti, Maria Yasbek e Maria Falcão, ou seja, tem-se a idéia de que o Estado está promovendo a inclusão dos excluídos na sociedade, o que na realidade está longe de ocorrer. Daí a prestação precária de muitos serviços.

O Estado Capitalista utiliza as políticas assistenciais como uma forma de garantir o consenso e a dominação, neutralizando assim as tensões geradas pelo atual nível de desigualdade de renda, em especial nas áreas urbanas e modernas, onde os contrastes de renda, riqueza e poder são mais evidentes. A desigualdade e o pauperismo são resultantes necessárias da busca da acumulação sem limites do

⁸ BALERA, Wagner. P. 121.

capitalismo. O regime capitalista tem como objetivo manifesto a acumulação de qualquer forma e a qualquer preço, sem considerar o homem e o seu lugar dentro da sociedade. O capitalismo ao buscar a acumulação desenfreada e explorar a força de trabalho acaba tornando precárias as condições de vida às classes subalternizadas. A assistência surge como uma forma de abrandar a pobreza, evitando conflitos, através da dominação. A Assistência é uma forma de gestão estatal da força de trabalho, que conforma o trabalhador às exigências da reprodução, valorização e expansão do capital. Sob a aparência da redistribuição de renda, busca-se uma forma de preservar as condições possibilitadoras da acumulação capitalista, ou seja, criar novos campos de investimento do capital, abertura de novos mercados, inclusive garantindo a entrada de novos clientes neste mercado, através da intermediação do Estado.

Portanto, há que se garantir a neutralização de tensões surgidas no conflito entre capital-trabalho, mas sem elevar plenamente as condições de vida, ou a plenitude do acesso aos serviços.

Neste sentido, Ana Lígia Gomes afirma que⁹

Realizada pelo Estado com a mediação da filantropia, a assistência social institucionalizou-se e formatou-se como prática descontínua, desarticulada e casuística, com um financiamento incerto e instável para atender de modo precário a uma clientela de necessitados...Sua concepção e operacionalização foi sempre presidida pelo modelo político patrimonialista-clientelista, afirmando o controle e a dominação dos sujeitos.

A assistência social é uma das formas de amenizar esta má distribuição de renda no país, melhorando as condições de vida daqueles que vivem na condição de miserabilidade. Ricardo Paes de Barros, Ricardo Henriques e Rosane Mendonça¹⁰ analisam estatisticamente a abrupta e perversa distribuição de renda existente na sociedade brasileira na assertiva abaixo transcrita:

[...] indivíduos que se encontram entre os 10% mais ricos da população se apropriam de cerca de 50% do total da renda das famílias. No outro extremo, os 50% mais pobres da população detêm, ao longo de todo o período analisado (1977-1999), pouco mais de 10% da renda...Por fim, o seletivo grupo composto pelo 1% mais rico da sociedade concreta uma parcela da renda superior à apropriada por todos os 50% mais pobres.

Cármem Lúcia Antunes Rocha faz uma analogia que representa bem esta idéia

⁹ GOMES, Ana Lígia. p. 65.

¹⁰ BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo e MENDONÇA, Rosane. p. 39/40.

da disparidade entre as famílias brasileiras, “onde um homem dispensa caviar enquanto outro homem faz do lixo a sua marmita não há liberdade nem de um nem de outro, porque a desigualdade impossibilita a humanidade da convivência.”¹¹

Da forma que a assistência vem sendo tratada atualmente, ela acaba apenas amenizando os sintomas, não rompendo com o círculo vicioso da pobreza, limitando-se a uma política de assistencialismo. O objetivo das políticas assistenciais deve ser o de inserir o indivíduo na sociedade, garantindo-lhe cidadania e não simplesmente fazer uma caridade, por ato de benevolência ou altruísmo.

Para a população, em contrapartida, o assistencial torna-se uma forma concreta de acesso a bens e serviços, podendo-se, inclusive, constituir um espaço político de luta. É neste espaço de luta que se busca uma nova forma de cidadania, que pode ser visto na multiplicação crescente de movimentos sociais no Brasil. A assistência não deve se limitar ao atendimento das necessidades básicas, mas buscar a promoção social. Aldaiza Sposati, Dilsea Bonetti, Maria Yasbek e Maria Falcão afirmam com razão que “[...] a ênfase dos programas assistências não deve se dar na provisão da necessidade, mas sim na adoção de um ‘sistema moderno’, fugindo do assistencialismo tradicional, ou seja, adotar um modelo de ‘promoção social’ calcado em uma concepção de desenvolvimento social.”¹²

A Prefeitura Municipal de São Paulo verificou que as políticas assistenciais operam com uma lógica institucional redistributiva, de pobreza assistida, sem, no entanto, buscar a emancipação do cidadão e a sua inclusão na sociedade. Estas políticas não geravam resultados mais profundos. Então, foi criada a Secretaria de Desenvolvimento, Trabalho e Solidariedade, com objetivo de criar estratégias para a inclusão sócio-econômica. Para o enfrentamento da pobreza, do desemprego e da desigualdade de renda foram criados dois blocos programáticos: programas redistributivos e programas emancipatórios. Os primeiros são formados pelos seguintes programas: Renda Familiar Mínima, Bolsa Trabalho, Operação Trabalho e

¹¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Apud GOMES, Ana Cláudia Nascimento; MORAIS, Roberta Jardim. p. 197.

¹² SPOSATI, Aldaiza de Oliveira Sposati; BONETTI, Dilsea Adeodata; YASBEK, Maria Carmelita; FALCÃO, Maria do Carmo B. Carvalho. P. 62.

Começar de Novo. Em todos eles há concessão de uma renda, sob certas condições, as quais podem ser a freqüência na escola, o aproveitamento em cursos profissionalizantes, palestras. No segundo grupo, estão os programas emancipatórios, comprometidos com a criação de condições de automização dos pobres e desempregados de São Paulo: Oportunidade Solidária, Central de Crédito Popular e Capacitação Ocupacional e Aprendizagem em Atividades de Utilidade Coletiva.

Estes programas quebram com a lógica do assistencialismo, em que apenas se dá dinheiro para aqueles que necessitam, mas sem inseri-los na sociedade, não permitindo a superação de sua condição de miséria. O escopo do novo programa é devolver cidadania àqueles que a perderam ou que nunca a tiveram. É uma nova proposta de políticas assistenciais que exigem uma contraprestação do beneficiário e ao mesmo tempo o reintegra no seio da sociedade.

1.2 ORIGENS HISTÓRICAS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.

A pobreza sempre existiu, apesar de ao longo dos anos ter ocorrido o seu agravamento em toda a sociedade. Cada vez mais o mercado de trabalho não garante emprego para um grande grupo de pessoas, que vive em condições miseráveis.

A assistência ao outro é prática antiga na humanidade. A solidariedade social diante dos pobres, dos viajantes, dos doentes, dos incapazes, dos mais frágeis, se inscreve sob diversas formas nas normas morais de diferentes sociedades. As ações assistenciais nascem das demandas sociais identificadas como necessidades ou privações, e objeto da intervenção estatal.

Desde a Idade Média abrem-se as instituições de caridade, tanto pelas companhias religiosas como pela caridade leiga.

A Constituição brasileira de 1824, mencionava apenas a constituição de socorros públicos em seu art. 179.

A Constituição de 1891 nada dispôs sobre a assistência aos necessitados.

Os pobres eram considerados como grupos especiais, doentes, frágeis. A assistência tinha a conotação de benevolência. Ajuda médico-social. Isto se reflete na

constituição dos organismos prestadores de serviços assistenciais, que manifestarão as duas faces: a assistência à saúde e a assistência social. Segundo Aldaiza de Oliveira Sposati e outros autores, no Brasil, até 1930, a pobreza não era vista como “[...] expressão da questão social. Quando esta se insinuava como questão para o Estado, era de imediato enquadrada como ‘caso de polícia’ e tratada no interior de seus aparelhos repressivos.”¹³

Com a expansão do modo de produção capitalista e a conseqüente pauperização da força de trabalho “[...] a assistência irá sendo aproveitada pelo Estado sob duas formas: uma que se insinua como privilegiada para enfrentar politicamente a questão social; outra para dar conta de condições agudizadas de pauperização da força de trabalho.”¹⁴

Com a crise do capitalismo, o Estado se reposiciona em 2 sentidos: 1) inserção para a acumulação do capital; e 2) condições de vida da população. A assistência passa a se configurar como uma esfera programática da ação governamental para a prestação de serviços, quer como mecanismo político quer para o amortecimento de tensões sociais.

A Constituição de 1934 previu no caput do art. 113, o direito à subsistência ao lado dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Além disso, dispôs na alínea *c*, do inciso XIX, do art. 5º a competência da União para a fixação de regras acerca da assistência social, enquanto o art. 10º determinava a responsabilidade dos estados-membros em relação à saúde e a assistência pública.

O Serviço Social foi implantado no Brasil em 1936 (SP), através do Centro de Estudos e Ação Social, promovido pela Ação Católica de São Paulo.

A Constituição de 1937 nada inovou em relação à Constituição anterior.

A primeira grande instituição de assistência social foi a Legião Brasileira de Assistência (1942).

A Constituição de 1946 fez referência, no caput do art. 141, aos direitos relativos à vida, além de garantir no art. 145 ser “a todos [...] assegurado trabalho que

¹³. SPOSATI, Aldaiza de Oliveira Sposati; BONETTI, Dilsea Adeodata; YASBEK, Maria Carmelita; FALCÃO, Maria do Carmo B. Carvalho. P. 41.

¹⁴ Idem. p. 41.

possibilite existência digna” Apesar de dispor sobre o direito a uma existência digna, não houve maior desenvolvimento do tema nesta Carta constitucional.

As Constituições de 1967 e 1969 garantiam os direitos concernentes à vida, os quais não tiveram nenhuma efetividade, em razão dos anos negros de ditadura.

As Constituições brasileiras ao disporem sobre a seguridade social, davam maior ênfase à proteção dos direitos do trabalhador, ou seja, daqueles que estavam integrados ao mercado de trabalho, ou para o trabalhador que sofresse acidente de trabalho ou fosse acometido de alguma doença, além de dar proteção à maternidade, à invalidez, a velhice ou aos familiares em caso de morte. Ressalte-se que em todos estes casos, havia uma contribuição por parte dos segurados, empregadores e do Estado.

A Lei nº 6.179, de 11.12.1974 (DOU 12.12.74), instituiu a Renda Mensal Vitalícia, a qual visava atender às necessidades mais prementes dos excluídos sociais e previdenciariamente. Buscava proteger aqueles cidadãos que não contribuíram pecuniariamente para os cofres da Seguradora Oficial, bem como não possuíam meios de prover suas subsistências ou de tê-las providas por alguém de quem dependessem. Era concedido para os maiores de 70 anos ou inválidos, no valor de meio salário mínimo. Este benefício possuía natureza previdenciária e esteve em vigência até que a Lei nº 8.742/93 veio e regulamentou o benefício de prestação continuada, consignado pela Constituição de 1988.

A questão social vem se agravando com a flexibilização das leis trabalhistas e o novo projeto neoliberal de ajuste estrutural, os quais geraram o aumento do desemprego, do setor informal e de outras formas precarizadas de trabalho, da violência, das desigualdades sociais, da pobreza, resultando na piora das condições de vida da população. Sonia Rocha¹⁵ afirma que a taxa de participação no mercado de trabalho dos não-pobres com a carteira de trabalho assinada é de 41%, enquanto para aqueles considerados pobres é de apenas 21%. Esclarece que praticamente 25% dos pobres ocupados trabalham por conta própria, o que não quer dizer que trabalhem em melhores condições de trabalho, bem pelo contrário, pois trabalham em atividades de baixa produtividade, baixos rendimentos, gerando, principalmente, certa insegurança

¹⁵ ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?**. p. 148.

para estas pessoas e suas famílias. Chega-se à conclusão da importância da inserção no mercado de trabalho para todos, pois “o fato de a inserção no mercado de trabalho ocorrer preponderantemente de forma precária é determinante básico da pobreza, na medida em que o rendimento do trabalho é a principal fonte de renda das famílias.”¹⁶

A pobreza não é um problema específico de países subdesenvolvidos como o Brasil, pois segundo informações editadas pela Folha de São Paulo¹⁷, há 1,3 milhões de americanos que passaram a viver abaixo da linha de pobreza nos Estados Unidos, o que elevou para 35,9 milhões de pobres em território yankee, sendo que a maior parte está concentrada em negros e hispânicos.

¹⁶ ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?**. p. 150.

¹⁷ Folha de São Paulo, Caderno Mundo, Data: 27.08.2003, p. A15.

2 ORDEM CONSTITUCIONAL SOCIAL.

2.1 A SEGURIDADE SOCIAL.

A Constituição da República de 1988 inovou ao inserir em seu texto um capítulo referente à Seguridade Social, da qual passaram a fazer parte a Saúde (artigos 196 a 200), a Previdência Social (artigos 201 a 202) e a Assistência Social (artigos 203 e 204).

Celso Barroso Leite conceitua a seguridade social como “[...] o conjunto das medidas com as quais o Estado, agente da sociedade, procura atender à necessidade que o ser humano tem de segurança na adversidade, de tranquilidade quanto ao dia de amanhã.”¹⁸ Não se pode confundir a seguridade social com a previdência social, pois aquela é o gênero da qual a previdência faz parte.

A Seguridade Social visa garantir os meios de subsistência básicos para os indivíduos, tanto no presente quanto no futuro, sendo, portanto, uma forma de distribuição de renda aos mais necessitados, principalmente, no que tange a Saúde e a Assistência Social.

2.2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL.

A Constituição Federal contemplou expressamente no art. 3º, inciso III, como um dos objetivos da nova república: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.” e garantir um padrão social mínimo a todos os cidadãos, o que demonstra a preocupação do constituinte com a crescente pobreza que assola o país. Além disso, inseriu entre os direitos sociais, a assistência aos desamparados no art. 6º, caput. Ao tratar da Ordem Social, a Constituição inseriu as disposições relativas à assistência social, nos artigos 203 e 204. Segundo Sérgio Fernando Moro, com a Constituição Federal de 1988 deu-se “[...] a constitucionalização da política de assistência social, conforme previsão dos artigos

¹⁸ LEITE, Celso Barroso. **Conceito de Seguridade Social**. p. 17.

203 e 204 da CF, reforçando a preocupação do constituinte com o combate à pobreza.”¹⁹ Além desses artigos que tratam explicitamente da assistência social, há outros que trazem normas relativas às políticas assistenciais, tais como o inciso XXV, do artigo 7º, da Constituição que prevê a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 6 anos de idade em creches e pré-escolas e o art. 208, inciso IV, o qual dispõe que é dever do Estado garantir o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

A assistência social é prestada pelo Estado, sem que haja necessidade de qualquer contribuição por parte do beneficiário à seguridade social, ao contrário da previdência social que depende de contribuição obrigatória por parte do empregado e/ou trabalhador, do empregador e do Estado, conforme dispõe a Constituição Federal no artigo 195, tendo em vista sua natureza securitária.

A assistência se diferencia da previdência por ser esta um complexo de instituições jurídicas que de certa forma indenizam uma contingência ou evitam uma possível alteração na vida dos indivíduos. Outra expressiva diferença está no fato de que os benefícios previdenciários se estendem aos dependentes dos beneficiários, o que não ocorre com o benefício de prestação continuada, pois se trata de um benefício de natureza personalíssima, não podendo ser objeto de pensão por morte para seus dependentes. Não pode o benefício de prestação continuada ser cumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica, conforme previsão do art. 20, §4º da Lei nº 8.742/93.

No art. 203, a Carta Magna prevê os objetivos da Assistência Social, os quais são:

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

II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa

¹⁹ MORO, Sérgio Fernando. **Questões controversas sobre o benefício da assistência social**. p. 143.

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.”

A Lei nº 8.742, de 07/12/1993, dispôs sobre a organização da Assistência Social, disciplinando as normas gerais estabelecidas pela Constituição Federal. A Assistência Social pode ser efetivada através de serviços assistenciais, programas da Assistência Social, benefícios assistenciais e projetos de enfrentamento da pobreza. Os primeiros são atividades continuadas que visam à melhoria de vida da população e cujas ações observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidas pela Lei. Já os programas de assistência social compreendem ações integradas e complementares com objetivos de qualificar, incentivar e melhorar os benefícios e os serviços assistenciais. Os benefícios assistenciais são de dois tipos: o benefício de prestação continuada, o qual será o objeto desta pesquisa e os benefícios eventuais, os quais visam ao pagamento de auxílio por natalidade ou morte às famílias cuja renda mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Os programas de enfrentamento à pobreza compreendem a instituição de investimento econômico-social nos grupos populares, buscando subsidiar, financeira e tecnicamente, iniciativas que lhes garantam meios de capacidade produtiva e de gestão para melhoria das condições de subsistência, elevação do padrão da qualidade de vida, a preservação do meio-ambiente e sua organização social.

Além da Lei Orgânica da Assistência Social, há outros diplomas legais, mais recentes, que versam sobre políticas governamentais de combate à pobreza, os quais são relacionados a seguir: Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, Programa de Geração da Renda (Portarias nº 458, de 03/12/2001 e 877, de 03.12.2001), Bolsa-escola (Lei nº 10.219, de 11.04.2001), Auxílio-Gás (Decreto nº 4102/2002), Agente Jovem (Portaria nº 879 de 03.12.01 – Secretaria da Assistência Social), Programa de garantia de renda mínima (Lei nº 9533, de 10.12.1997), Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 01.10.2003) e Programa Fome Zero do atual Governo Federal.

3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL: DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.

José Afonso da Silva conceitua a expressão direitos fundamentais como “[...]no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive [...]”²⁰ Baseando-se na Constituição Federal, o referido autor classifica os direitos fundamentais em cinco grupos: direitos individuais, direitos coletivos, direitos sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos.

A assistência social é um direito social conforme previsão constitucional no art. 6º. A princípio, é necessário definir o que são os direitos sociais. José Afonso da Silva os define como “[...]prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”²¹

Paulo Bonavides²² aborda a temática dos direitos fundamentais em uma classificação diversa de José Afonso da Silva, tomando-os como direitos de primeira, segunda e terceira gerações. Os direitos de primeira geração são constituídos pelos direitos da liberdade, ou seja, pelos direitos civis e políticos, os quais são oponíveis ao Estado. Já os direitos de segunda geração são formados pelos direitos sociais, culturais e econômicos, os quais são amparados pelo princípio da igualdade. A terceira geração dos direitos fundamentais é composta por aqueles referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. Os direitos de quarta geração são o resultado da globalização dos direitos fundamentais, sendo, portanto, compostos pelos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo. O direito à assistência aos desamparados, nesta classificação, estaria entre os direitos de segunda geração, tendo em vista ser um direito social.

Jellinek, na sua obra “Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos” formulou

²⁰ SILVA, José Afonso. p. 164.

²¹ Ibidem. P. 258.

²² BOANVIDES, Paulo. p. 472-487.

teoria, segundo a qual o indivíduo vinculado a determinado Estado encontra sua posição em relação a este em quatro espécies de situações jurídicas, ou *status*. O primeiro *status* seria o passivo ou *status subjectionis*, em que o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, apenas como detentor de deveres e não de direitos. O indivíduo tem também reconhecido um *status negativus*, tendo em vista que em sua esfera individual de liberdade, ele está imune ao *jus imperii* do Estado. O terceiro *status* é o *positivus ou civitatis*, em complemento ao *status negativus*, no qual o indivíduo tem assegurado de utilizar-se de instituições estatais a fim de exigir do Estado determinadas ações positivas. Pode-se dizer que este conjunto de situações se confunde com os direitos a prestações estatais, incluindo aqui os direitos sociais. Jellinek ainda reconhece uma quarta dimensão, chamada de *status activus* ao cidadão, no qual há a possibilidade de participação do indivíduo ativamente na formação da vontade estatal.

Adelmo Fioranelli Junior²³ traz outra abordagem, classificando os direitos humanos, quanto ao seu conteúdo, em: liberdades públicas, direitos subjetivos públicos ou interesses difusos. Os primeiros são direitos subjetivos em que se garante a não-interferência e o não-impedimento do Estado ou de outros indivíduos na esfera de liberdade e autonomia dos indivíduos. Já os direitos subjetivos públicos estabelecem uma situação jurídica em que o sujeito ativo tem um direito subjetivo que corresponde a um dever jurídico imposto ao Estado. Os direitos subjetivos públicos podem ser individuais, quando possuem um sujeito determinado ou coletivos, quando o sujeito ativo é indeterminado. Por exemplo, a assistência social é um direito subjetivo público coletivo, pois é direito de todos aqueles que dela necessitem, já o benefício de prestação continuada passa a ser um direito subjetivo individual, pois visa atender apenas aos idosos e aos portadores de deficiência, que não tenham condições de se sustentar ou quem lhes sustente.

Na esteira de Alexy, Ingo Wolfgang Sarlet²⁴ classifica os direitos fundamentais tomando como ponto de partida as funções por eles exercidas,

²³ FIORANELLI JUNIOR, Adelmo. p. 20/21.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. P. 170/202.

distinguindo dois grandes grupos: direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações. No primeiro grupo estariam aqueles direitos que exigem o dever de abstenção por parte dos poderes públicos, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições, quando estritamente necessário. Inclui-se neste grupo as liberdades fundamentais previstas na Constituição da República. O segundo grupo implica a postura ativa do Estado, o qual tem obrigação de colocar a disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material. Os direitos fundamentais a prestações enquadram-se entre os direitos de segunda dimensão, enquanto para a teoria de Jellinek, seriam aqueles relativos ao *status positivus*. Ingo Wolfgang Sarlet subdivide o grupo dos direitos fundamentais a prestações em 2 outros grupos: direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. O primeiro grupo inclui todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente prestacional que não se enquadram na categoria dos direitos de defesa. Este grupo engloba os direitos de proteção (consistem em posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra a ingerência de terceiros a certos bens pessoais) e os direitos à participação na organização e procedimento (corresponde ao *status activus* da classificação de Jellinek). O grupo relativo aos direitos fundamentais a prestações em sentido estrito costuma se identificar com os direitos fundamentais sociais, particularmente aos direitos sociais de natureza prestacional, os quais visam “[...]assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado...”²⁵

Celso Lafer²⁶ expõe que os direitos de segunda geração seriam os direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. O titular destes direitos seria o homem em sua individualidade, enquanto o sujeito passivo, o Estado porque na interação entre governantes e governados, foi à coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O referido autor considera que os direitos de primeira e de segunda geração

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p. 202.

²⁶ LAFER, Celso. P. 127.

não seriam direitos opostos, mas sim complementares, pois os direitos sociais, econômicos e culturais buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos direitos civis e políticos, “[...] eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas.”²⁷ Aquele que passa fome, não consegue exercer de maneira condigna seus direitos civis e políticos. Para se falar em igualdade, deve-se, antes, atender ao mínimo de existência a que cada indivíduo tem direito.

A viabilidade da democracia depende da convergência entre os direitos de primeira e segunda gerações, apesar de serem direitos de natureza diferentes, Celso Lafer argumenta que “as duas gerações de direitos baseiam-se na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios”²⁸

3.1 EFETIVIDADE E EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS.

Por eficácia, entende-se a efetiva produção ou a possibilidade jurídica de produção de efeitos jurídicos por uma norma de direito, consistentes na constituição, a partir da incidência daquela, de situações jurídicas objetivas ou subjetivas. As normas constitucionais não são dotadas de igual grau de eficácia, ou seja, de aptidão para serem aplicadas ao caso concreto. Algumas normas terão eficácia imediata desde a vigência da Constituição, já outras se destinam a firmar princípios de grande generalidade, que deverão ser implementados pelo legislador ordinário através de normas infraconstitucionais.

A efetividade ou eficácia social da norma traduz-se na concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos. Luís Roberto Barroso conceitua efetividade como a “[...] realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.”²⁹

²⁷ LAFER, Celso. p. 127.

²⁸ Ibidem. P. 130.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. p. 241.

A Constituição dispõe expressamente quanto à eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais, ao afirmar no art. 5º, § 1º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Contata-se que mesmo os direitos fundamentais a prestações são autênticos direitos fundamentais, constituindo direito imediatamente aplicável, nos termos do referido artigo.

José Afonso da Silva ressalva que as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto aquelas que definem os direitos sociais possuem eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta. Paulo Bonavides leciona que a princípio, os direitos sociais eram remetidos para a esfera programática, tendo em vista não conterem para sua concretização as garantias processuais de proteção aos direitos de liberdade, mas apesar desta posição dos direitos sociais, eles tendem a se tornar tão justiciáveis quanto os da primeira geração, tendo em vista que não poderá a norma ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com a mera afirmação de que eles têm natureza de normas programáticas. As normas programáticas seriam aquelas definidoras de fins a serem atingidos pelo Estado, mas destituídas de qualquer eficácia jurídica.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁰ observa que os tanto os direitos sociais prestacionais quanto os direitos de defesa, em nosso ordenamento constitucional, possuem a mesma hierarquia como direitos fundamentais, complementar e não excludente.

Luís Roberto Barroso³¹ afirma que todas as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica.

Adelmo Fioranelli Junior³² entende que se os direitos sociais são consagrados constitucionalmente, o legislador reconhece o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos, além da faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.

Todos os direitos geram ao Estado um complexo de obrigações tanto negativas

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. P. 203/204.

³¹ Ibidem. P. 267.

³² FIORANELLI JUNIOR, Adelmo. p. 13/35.

quanto positivas. Para os direitos sociais, a prestação estatal representa a verdadeira substancia, o núcleo, o conteúdo essencial do direito.

Sérgio Domingos³³ acredita que independentemente de haver norma infraconstitucional a regular qualquer direito social, este tem eficácia plena, podendo ser exigido por qualquer cidadão, sendo que o juiz não pode se eximir de julgar a lide, pois pode fazê-lo com base no artigo 126 do CPC, o qual dispõe que ao Juiz não é dado o direito de se eximir de sentenciar, alegando obscuridade na lei, pois lhe é facultado valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito. Portanto, o juiz poderia sentenciar ainda que houvesse inércia por parte do poder legislativo.

Ingo Wolfgang Sarlet³⁴ conclui que doutrina majoritária entende que todas as normas constitucionais têm eficácia para gerar seus efeitos essenciais, tendo em vista que elas possuem um mínimo de eficácia, sendo variável o grau de densidade normativa. Pode-se falar em normas constitucionais de alta densidade normativa, as quais são dotadas de suficiente normatividade e se encontram aptas para serem exigidas independente da intervenção do legislador ordinário para gerar seus efeitos essenciais e em normas constitucionais de baixa densidade normativa, as quais dependem de intervenção do legislador para que adquiram normatividade plena, o que não quer dizer que elas não tenham um certo grau mínimo de eficácia jurídica.

Há autores que entendem que os direitos sociais não podem ficar ao livre arbítrio da vontade concretizadora do legislador, tendo sim eficácia normativa. Há que se ressaltar que sempre poderá ser aplicada a norma constitucional, mesmo sem intermediação legislativa, sob pena de estar se outorgando maior força à lei do que a própria Carta Fundamental do país. Ana Cláudia Gomes e Roberta de Moraes entendem que³⁵,

A sua liberdade de conformação não significa arbítrio, mas apenas uma maior/ampla discricionariedade legislativa na determinação dos direitos sociais. Portanto, as normas referentes aos direitos sociais seriam verdadeiras 'normas impositivas de legislação', cujo descumprimento pode inclusivamente dar origem à inconstitucionalidade por omissão (artigo

³³ DOMINGOS, Sérgio. p. 49-73.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. P. 230/231.

³⁵ GOMES, Ana Cláudia Nascimento; MORAIS, Roberta Jardim. p. 201.

103, §2º da Constituição Federal).

Andreas Krell também concorda com o posicionamento das referidas autoras, afirmando que “Em certas condições, o incumprimento pelo legislador ou do governo das tarefas constitucionais ligadas aos direitos sociais é suscetível de desencadear uma inconstitucionalidade por omissão [...] Assim, os direitos sociais podem funcionar como verdadeiros direitos subjetivos e ser invocados judicialmente por meio de ações de inconstitucionalidade por omissão e ação.”³⁶

As normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais que hoje são encontradas na grande maioria dos textos constitucionais dos países europeus e latino-americanos definem metas e finalidade, às quais estão vinculadas o legislador ordinário, tendo, portanto, o dever de densificar, concretizar estes direitos. Muitas declarações em favor de direitos humanos e sociais nos textos constitucionais revelam, de certa forma, função retórica e ideológica, ou seja, apenas forja as condições simbólicas necessárias para uma assimilação acrítica da ordem jurídica, sem no entanto, garantir a correção das disparidades sociais, melhor distribuição de renda ou igualdade para a população. As normas programáticas prescrevem a realização pelo Estado de determinados fins e tarefas, os quais não se limitam a meras recomendações ou preceitos morais, mas constituem direito diretamente aplicável, não podendo o Estado se abster de aplicá-las sob o argumento de que são apenas preceitos políticos sem carga de efetividade, tendo em vista que dependem de recursos orçamentários a fim de serem realizados. Abramovich e Courtis afirmam que “[...] estas obligaciones resultan exigibles judicialmente, y que el Estado no puede justificar su incumplimiento manifestando que no tuvo intenciones de asumir una obligación jurídica sino simplemente de realizar una declaración de buena intención política.”³⁷

Os direitos sociais, por terem como objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição, criação de bens materiais, apontam para uma dimensão economicamente relevante. Passou-se a enquadrar os direitos sociais a prestações sob o que se cunhou de uma “reserva do possível”, que compreende a

³⁶ KRELL, Andrés J. p. 251.

³⁷ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. p. 3.

capacidade do Estado dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais e a disponibilidade efetiva dos recursos. A problemática que envolve os direitos sociais não é a falta de regulamentação pela legislação ordinária, mas sim a íntima relação entre as tarefas impostas ao Estado e a dotação orçamentária para tanto e também da implementação e execução de políticas públicas na esfera econômica e social.

Aqueles que fazem objeção ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, tal como Celso Antonio Bandeira de Mello,³⁸ alegam que a posição jurídica dos particulares será menos consistente quando a norma constitucional expressar em suas normas apenas uma finalidade a ser cumprida pelo Poder Público, sem determinar quais os meios ou as condutas necessárias para realizá-la. Ingo Wolfgang Sarlet³⁹ ressalta que neste caso deve-se lembrar que os direitos sociais prestacionais carecem de uma *interpositio legislatores* pelo fato de ser difícil delimitar todas as situações possíveis em uma norma, tendo em vista o desenvolvimento da sociedade, principalmente no âmbito econômico. Corre-se o risco de uma rápida superação da norma pela realidade, colocando em risco a estabilidade constitucional.

Existe uma obrigação mínima do Estado assegurar a satisfação dos níveis essenciais de cada um dos direitos. É obrigação do Estado fazer todo o possível para atender e efetivar este conteúdo mínimo dos direitos sociais. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas declarou que “un Estado en el que un número importante de individuos esta privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de la formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones.”

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) dispôs que a escassez de recursos financeiros não pode ser alegada pelo Estado como escusa do não cumprimento de standards mínimos sociais. O Estado que deixar de empregar os recursos disponíveis no atendimento das necessidades da população, poderá ser sancionado frente à ordem internacional. Observe-se o que diz acerca deste

³⁸ MELO, Antonio Bandeira de citado por SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. P. 285.

³⁹ Idem. P. 285.

assunto Victor Abramovich e Christian Courtis⁴⁰,

Sin duda que tal evaluación debe considerar la limitación de recursos pues las medidas deben tomarse hasta el máximo de los recursos de que se disponga. Sin embargo, para que un Estado puede atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición per satisfacer, con carácter prioritário, esas obligaciones mínimas.

Portanto, para que um Estado alegue falta de recursos financeiros para atender aos reclames sociais, deve comprovar que já utilizou todos os seus recursos e buscou de todas as formas atendê-los, mas não conseguiu satisfazer boa parte das necessidades da população. Se os direitos sociais forem relegados a presença de recursos financeiros, eles restarão vulneráveis a tornarem-se simbólicos. Analisando a situação atual brasileira, verifica-se que no Brasil não é a falta de recursos que impede a realização dos direitos sociais, mas sim a má distribuição desses recursos.

Ingo Wolfgang Sarlet⁴¹ entende que tanto a abertura e indeterminação do enunciado normativo que prevê os direitos sociais, quanto a problemática relativa à disponibilidade dos recursos, tendo em vista a necessidade de disciplina orçamentária pelo legislador não retiram a eficácia dos direitos fundamentais.

Boa parte dos direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição já foi concretizada pelo legislador ordinário, não havendo dúvidas quanto à possibilidade de o particular exigir a prestação de um direito subjetivo a prestação contemplado pela Constituição. Cita o autor⁴² o exemplo do direito à assistência social, o que já teve regulamentação infraconstitucional. No caso específico do benefício de prestação continuada não há o que se discutir quanto à sua aplicabilidade, pois desde a edição da Lei nº 8.742/93 passou o benefício a ter eficácia e aplicabilidade imediatas. Aliás, este benefício foi o único objetivo da assistência social que deixou o plano meramente programático e ganhou eficácia normativa.

⁴⁰ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. p. 49.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. P. 322.

⁴² Ibidem. P. 278.

3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Toda pessoa humana é digna. O direito tem o dever de garantir esta dignidade. Quanto mais eficaz o direito, melhor a vida, mais garantida está a vida em sua dignidade. Segundo as brilhantes palavras de Cármen Lúcia Antunes Rocha, “A vida digna não é mais uma possibilidade. É um imperativo para que se assegure a igual liberdade e a livre igualdade de todos os homens.”⁴³

O princípio da dignidade humana constitui-se a meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. Este princípio ganhou tamanha importância após as duas Grandes Guerras Mundiais, principalmente, em decorrência das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra, pois nesta se revelou todas as formas de degradação da pessoa humana, que passou a ter previsão expressa na maioria das cartas constitucionais dos países democráticos. Chega-se a afirmar que “[...] a dignidade humana é colocada sobre um pedestal. É o sustentáculo, é o ponto de referência.”⁴⁴

A Constituição da República proclama no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. O Brasil a positiva como fundamento expresso do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federal.

Outras Constituições têm previsões semelhantes, por exemplo, no artigo 23 da Constituição belga; no artigo 1º da Constituição da República Portuguesa,⁴⁵ de 1976; no artigo 1º-1 da Lei Fundamental da República alemã,⁴⁶ de 1949; no artigo 10º da Constituição espanhola.⁴⁷ Além das Cartas Constitucionais, o princípio da dignidade da pessoa humana está presente também na Carta das Nações Unidas,⁴⁸ de 1945, no

⁴³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. p. 13.

⁴⁴ DELPÉRÉE, Francis. p. 159.

⁴⁵ Art. 1º. “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

⁴⁶ Art. 1º-1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger.

⁴⁷ Art. 10.-1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

⁴⁸ “nós, os povos das Nações Unidas, resolvidas a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas.

seu preâmbulo e na Declaração dos Direitos do Homem, elaborada pela ONU, em 1948.⁴⁹

O dispositivo constitucional que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana contém não apenas uma norma, mas um fundamento de posições jurídico-subjetivas, ou seja, norma definidora de direitos e garantias. Constitui-se valor guia dos direitos fundamentais e também de toda a ordem jurídica, razão pela qual muitos autores o consideram como o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. Aliás, Cármen Lúcia Antunes Rocha o considera um superprincípio⁵⁰ constitucional, pois ele é o elemento fundante da ordem constitucional, no qual se embasam todas as escolhas políticas. É a norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como⁵¹

[...] 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 assegurem 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-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A partir do referido conceito construído, verifica-se que todos os indivíduos têm direito a condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Pode-se extrair o direito a um *mínimo de existência* do princípio da dignidade da pessoa humana, do direito à vida e à integridade física. Tanto a pessoa capaz quanto à absolutamente incapaz possuem exatamente a mesma dignidade.

O autor afirma, ainda, que o princípio da dignidade da pessoa humana tem uma dimensão defensiva e outra prestacional da dignidade. A dignidade como tarefa imposta ao Estado exige que este guie suas ações no sentido de preservar a dignidade

⁴⁹ “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis...” E no art. 1º prevê que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.”

⁵⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. p. 38.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** p. 60.

existente, através da criação de condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade. Nobre Junior⁵² também compartilha do posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet no que se refere à existência de uma dimensão em que o Estado tem que se abster de afetar a esfera patrimonial das pessoas sob a sua autoridade e de uma dimensão positiva, em que o Estado tem o dever no cumprimento de prestações positivas, tanto que a Lei Fundamental impôs ao Poder Público a implementação da seguridade social, visando a proteção dos filiados à previdência social e da mesma forma àqueles não filiados à previdência social, através da prestação da assistência social.

Os direitos sociais, econômicos e culturais constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana, principalmente os primeiros, tendo em vista que eles buscam a proteção da pessoa humana contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com meios de subsistência mínimos. Edilson Pereira Nobre Junior afirma que “[...] a consagração constitucional da dignidade da pessoa humana resulta na obrigação do Estado em garantir à pessoa humana um patamar mínimo de recursos, capaz de prover-lhe a subsistência.”⁵³

A teoria do mínimo existencial tem a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em casos de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna. O direito à existência digna amplia o direito à vida, ele é decorrência do direito à vida. O direito à existência digna abrange o direito de viver com dignidade, de ter todas as condições para uma vida que se possa experimentar segundo os próprios ideais e vocação, de não ter a vida atingida ou desrespeitada por atos públicos ou privados. O direito de viver dignamente não se limita apenas a um mínimo existencial, na condição de mera sobrevivência física do indivíduo, mas também em uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade, além de englobar outros direitos, tais como, o direito à educação, à saúde, à cultura, ao meio ambiente equilibrado, à liberdade, à vida privada, à intimidade, dentre outros. A Constituição Federal foi além, não

⁵² NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. p. 247.

⁵³ Idem. p. 247.

garantindo somente o direito à vida como um direito fundamental, mas prevê a garantia de uma vida digna.

Qual seria o valor mínimo necessário para uma existência digna? A princípio a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação. O princípio da dignidade humana pode adquirir neste aspecto função demarcatória, estabelecendo um *quantum* para o padrão mínimo na esfera dos direitos sociais e assim não comporta relativização, sendo de concretização uniforme.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁵⁴ do qual o Brasil é signatário, estatui a necessidade de se garantir às pessoas humanas condições socioeconômicas e culturais para que ela possa prover as suas necessidades básicas, saindo, assim, da sua situação de miséria em que vivem. O artigo 11 dispõe que:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.
2. Os Estados Partes do presente pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:
 - a) melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;
 - b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Delpérée faz uma indagação muito interessante, pois se afirma constantemente que o direito à vida é o direito fundamental mais importante de todos. Ele faz a seguinte indagação: “Para que serve o direito à vida, se esta for desprovida da mais elementar dignidade?”⁵⁵ O autor afirma que na Bélgica, “O direito à dignidade humana é apresentado, com razão, pelo artigo 23 da Constituição Belga como uma

⁵⁴ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, foi incorporado ao ordenamento brasileiro através do Decreto Presidencial nº 591, de 06 de julho de 1992.

⁵⁵ DELPÉRÉE, Francis. p. 152.

manifestação do direito à vida.”⁵⁶ O direito à vida é elementar ao indivíduo juntamente com o direito a um mínimo de meios de subsistência, especialmente no que diz respeito à assistência social e/ou o trabalho. Se todos têm direito ao trabalho como condição de sobrevivência, englobando os meios de subsistência e não só garantindo o trabalho para todos. O Estado deve garantir via assistência social a dignidade que é a própria expressão da vida humana.

A assistência na Bélgica não se limita a outorga de dinheiro àquele que dele necessita, mas a lei prevê também a concessão de seguros, que podem ser de ordem social, médica e psicológica. Segundo Delpérée, “[...] o objetivo, determinado em termos expressos a lei, é que o beneficiário possa levar uma vida de acordo com a dignidade humana.”⁵⁷ A assistência social ganha, assim, uma abrangência maior, pois não se limita a garantir um mínimo existência que garanta o suprimento das necessidades básicas do cidadão, mas garante outras formas de benefícios, sejam elas de ordem econômica – o direito à moradia – há que se ressaltar que esta moradia deve ser digna, garantia do direito ao fornecimento mínimo de energia elétrica.

Afronta-se a cada dia o princípio da dignidade humana em nosso país, tendo em vista que as condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade são constantemente negligenciadas. Verifica-se que há uma larga margem de liberdade por parte do Poder Público no que tange ao dever prestacional dos direitos fundamentais, tendo em vista que depende precipuamente de verbas orçamentárias e boa vontade política.

A fome e a exclusão social são formas de indignidade. Cármen Lucia Antunes Rocha afirma que a fome é uma nova forma de tortura sutil, que “[...]degrada-se no próprio país e faz da pessoa um não-cidadão, despatriado em sua própria pátria.”⁵⁸ O homem que passa fome, é carente não só do mínimo necessário, mas também de direitos fundamentais, principalmente daqueles relativos à vida. Não há como se falar em direito à liberdade, à segurança, à igualdade, sem antes garantir um mínimo de alimentação para o homem que vive precariamente, passando fome, frio e outras

⁵⁶DELPÉREÉ, Francis. P. 155.

⁵⁷ Ibidem. P. 156.

⁵⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. p. 74.

necessidades.

O respeito à dignidade da pessoa humana obriga, irrestrita e incontornavelmente o Estado à promoção das políticas públicas.

4 CONCRETIZAÇÃO.

4.1 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA.

O benefício de prestação continuada consiste no repasse de um salário mínimo mensal aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não tenham condições de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família, conforme previsão do artigo 203, inciso V, da Lei Fundamental: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: V – a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

O benefício de prestação continuada é pago com recursos provenientes da União, todavia ele é operacionalizado e controlado pelo INSS.

O benefício assistencial veio a substituir a renda mensal vitalícia, prevista pela Lei nº 6.179, de 11.12.1974 (DOU 12.12.74), a qual era concedida aos maiores de 70 anos ou inválidos, no valor de meio salário mínimo. Este benefício possuía natureza previdenciária. O benefício de prestação continuada foi previsto, inicialmente, pela Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei nº 8.742/93, conhecida por Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS). O amparo foi implementado a partir de 1996, através do Decreto nº 1.744/96, sob a responsabilidade do governo federal, através do Ministério da Previdência e Assistência Social. Alguns autores consideram a LOAS como um verdadeiro retrocesso, pois o critério da renda adotado pela Renda Mensal Vitalícia era menos excludente em relação ao benefício assistencial, pois era devido a todo cidadão que não auferisse renda mensal superior à metade do salário mínimo vigente à época,⁵⁹ Vitor Abramovich e Christian Courtis afirmam que quando se fala

⁵⁹ Art 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural...

em direitos fundamentais, há uma obrigação de progressividade e uma proibição de regressão dos direitos fundamentais, conforme determinação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Portanto, não poderia o Estado criar uma norma que se caracterizasse como uma regressão em relação aquele direito. Os direitos fundamentais serão progressivos, não no sentido histórico, mas sim, na obrigação estatal de melhorar as condições de exercício e fruição dos direitos econômicos, sociais e culturais. Segundo os referidos juristas⁶⁰

La obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario toda reglamentación que derogue o reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza la población, desde el punto de vista del ciudadano, la obligación constituye una garantía de mantenimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de los que goza desde la adopción del PIDESC, y de su nivel de goce, a partir de dicha adopción y de toda mejora que hayan experimentado desde entonces. Se trata de una garantía sustancial, es decir, de una garantía que tiende a proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional, y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado, en cumplimiento de su obligación de progresividad, haya producido una mejora.

Abramovich e Courtis chegam a afirmar que quando restar provado que uma norma é regressiva, ela se presume inválida ou inconstitucional, transferindo ao Estado a incumbência de argumentar a favor da racionalidade da legislação proposta. Do ponto de vista destes autores, poder-se-ia afirmar que o artigo 20, §3º da Lei nº 8.742/93 seria uma regressão da renda mensal vitalícia, tornando-se, por isso, inválida ou até inconstitucional.

O benefício de prestação continuada é um direito fundamental, tendo em vista que a Constituição Federal inseriu o direito à assistência social no rol dos direitos sociais previstos no art. 6º. Por ser um direito de caráter social, exige um comportamento positivo por parte do Estado, não podendo este se abster de prestá-lo sob o argumento de falta de recursos orçamentários. São as questões orçamentárias que devem se adequar para garantir valores conceituados como princípios

Art 2º As pessoas que se enquadrem em qualquer das situações previstas nos itens I e III, do artigo 1º, terão direito a:

I - Renda mensal vitalícia, a cargo do INPS ou do FUNRURAL, conforme o caso, devida a partir da data da apresentação do requerimento e igual à metade do maior salário-mínimo vigente no País, arredondada para a unidade de cruzeiro imediatamente superior, não podendo ultrapassar 60% (sessenta por cento) do valor do salário-mínimo do local de pagamento.

⁶⁰ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. p. 52/53.

fundamentais do Brasil e não o inverso.

Tal como já foi tratado no capítulo anterior, pode-se retirar da essência do princípio da dignidade humana o direito a um mínimo existencial a todas as pessoas que vivem em determinada sociedade. O benefício assistencial é um instrumento de concretização, materialização deste mínimo existencial. Apesar do princípio da dignidade da pessoa humana ser o princípio mais importante da Constituição Federal, o princípio matriz de todo ordenamento jurídico, ele deixa de ser observado, inclusive pelo Estado, quando deixa de atender às necessidades básicas de seus cidadãos. Aquele que não tem garantida às necessidades básicas, vive, ou melhor, sobrevive de forma indigna. Pior, chegamos ao extremo de pessoas padecerem pela fome. A fome é uma das maiores indignidades a que uma pessoa pode estar submetida.

De suma importância é a definição de quem são os destinatários da assistência social, ou seja, para quem os benefícios e as políticas públicas estão voltadas, para, assim, determinar quem são os idosos e os portadores de deficiência pobres, identificando, assim, os titulares do benefício assistencial.

4.1.1 REQUISITOS.

Os requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada estão dispostos no art. 20 da Lei nº 8.742/93, quais sejam:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos⁶¹ ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

*§ 1º Para os efeitos do disposto no **caput**, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. (Parágrafo alterado pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)*

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

⁶¹ O art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 01/10/2003) alterou a idade para 65 anos.

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

O amparo assistencial deverá ser revisto a cada dois anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem, conforme disposição do art. 21 da LOAS.

4.1.2 Destinatários do benefício assistencial.

4.1.2.1 O idoso.

A Lei nº. 8.742/93 previa que o benefício de prestação continuada seria concedido a pessoa idosa com mais de 70 anos. A Lei nº. 9.720/98 reduziu esta idade para 67 anos. Com o advento do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 01/10/2003), alterou-se a idade para 65 anos, ao dispor no art. 34 da Assistência Social. Cabe aqui fazer menção ao fato de que no art. 1º, o Estatuto do Idoso considera o idoso aquele com idade igual ou superior a 60 anos, mas ao tratar da Assistência Social, acabou o legislador restringindo a idade, ao limitá-la a 65 anos, sendo que poderia ter considerado também para fins assistenciais 60 anos.

4.1.2.2 A pessoa portadora de deficiência.

Conforme dispõe o art. 20, §2º da Lei nº 8.742/93, pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. A deficiência deve estar revestida de certa gravidade.

O INSS tem interpretado esta norma de forma que o portador de deficiência só terá direito ao benefício se for incapaz para a vida independente e para o trabalho. Para realizar a avaliação dos portadores de deficiência, o INSS tem utilizado o “Acróstico Avaliemos”, instituído pela Resolução INSS/PR nº 435, de 18.03.1997, o qual consiste em “um instrumento de orientação à análise médico-pericial”, mas que, na prática,

vem constituindo critério único para enquadramento ou não do deficiente para fins de concessão do benefício. O avaliado deve obter 17 pontos para a concessão do benefício.

Entende o INSS que a incapacidade para o trabalho e para a vida independente constituem requisitos cumulativos. Exige-se que o portador de deficiência não possa exercer qualquer atividade profissional, nem possa cuidar de si mesmo, necessitando de ajuda para a própria alimentação, higiene e outros atos da vida cotidiana.

4.1.2.3 Quem são os pobres?

A economista Sônia Rocha conceitua pobreza como “[...] um fenômeno complexo, podendo ser definido de forma genérica como a situação na qual as necessidades não são atendidas de forma adequada.”⁶² O conceito apresentado é de certa forma vago, como esclarece a própria autora, havendo a necessidade de determinar-se as formas de procedimentos adotados para mensurar a pobreza.

A pobreza pode ser analisada por dois prismas: pobreza absoluta e pobreza relativa.

A pobreza relativa é a opção metodológica adotada pelos países desenvolvidos, de economias modernas e monetizadas, em que se leva em consideração a renda do indivíduo ou da família. Segundo Sonia Rocha, “O conceito de pobreza relativa define necessidades a serem satisfeitas em função do modo de vida predominante na sociedade em questão [...] Implica, conseqüentemente, delimitar um conjunto de indivíduos ‘relativamente pobres’ em sociedades onde o mínimo vital já é garantido a todos.”⁶³ Ao adotar-se a renda como critério de pobreza, estabelece-se um valor monetário associado ao custo do atendimento das necessidades médias de uma pessoa de uma determinada sociedade. Pode-se aqui definir as linhas de pobreza e de indigência, sendo, considerados pobres aqueles em que a renda familiar é menor do que determinado percentual da renda média, insuficientes, portanto, para atender as

⁶² ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?** p. 9.

⁶³ Ibidem. p. 11.

necessidades mínimas para aquela sociedade. Já indigente é aquele cuja renda é inferior à renda necessária para atender as necessidades nutricionais. Em países industrializados, são tidos como pobres, aqueles que possuem uma renda *per capita* inferior a 50% da renda mediana do país.⁶⁴

Já o conceito de pobreza absoluta está intimamente ligado às questões de sobrevivência física, portanto, ao não atendimento das necessidades básicas do indivíduo, tais como: alimentação, saúde, habitação, vestuário, educação, entre outros elementos necessários para uma vida com um mínimo de dignidade e qualidade. Nesta metodologia, a pobreza pode decorrer da falta ou insuficiência de renda. Em países como o Brasil, ainda que se trate de uma economia urbana e de certa forma desenvolvida, é relevante a abordagem do conceito de pobreza absoluta, tendo em vista o grande contingente de pessoas que vivem em condições miseráveis. Para Sérgio Moro, adotar este conceito é mais adequado “[...] para fins de concretização do direito à assistência social, pois o objetivo deste é contemplar aqueles que não tem condições de prover o seu próprio sustento.”⁶⁵

Apesar das duas linhas de pesquisa diferirem em relação à base de dados tomada para a determinação da linha de pobreza e da linha de indigência, não há nenhuma incompatibilidade entre elas, pois de certa forma a insuficiência de renda é fator determinante da situação de fome e pobreza de grande parte da população brasileira. Além disso, segundo levantamentos feitos pela FIAN - Foodfirst Information & Action Network - Brasil, “No caso do Brasil convive-se com os dois tipos de pobreza e ambas apresentam níveis absurdamente elevados. Mas do que isso, há uma estreita relação de causalidade entre elas, ou seja, a desigualdade na distribuição de riquezas é fator determinante dos altos índices de pobreza.”⁶⁶

Pobres, portanto, serão aqueles de renda inferior ao estabelecido na referida linha e não pobres serão aqueles de renda superior. Indigentes serão aqueles cuja renda *per capita* é insuficiente para a aquisição de uma alimentação adequada, que permita atender às suas necessidades nutricionais. Aqueles que passam fome estão em situação

⁶⁴ ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?** p. 27.

⁶⁵ MORO, Sérgio Fernando. **Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social** p. 146.

⁶⁶ FIAN-BRASIL. p. 12.

ainda mais crítica.

Segundo informações derivadas da realização da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF), pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2001, a linha de indigência na cidade de Curitiba consistia no valor de R\$ 34,77 e a linha de pobreza, em R\$ 124,13. Em São Paulo, estes valores era um pouco maiores, a linha de indigência restava em R\$ 47,99 e a linha de pobreza ficava em R\$ 188,04.⁶⁷

De acordo com uma pesquisa realizada pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, a linha de pobreza está no patamar de R\$ 488,00 ao ano, enquanto a linha de indigência seria de R\$ 325,00 ao ano. Se comparada com a renda *per capita* anual de um americano, a renda brasileira é bem inferior, pois segundo informações publicadas na Folha de São Paulo⁶⁸, a renda anual de um americano pobre é de US\$ 9.573, o que equivale a cerca de R\$ 28.700. Já a renda de uma família americana, composta por quatro pessoas, ou seja, pai, mãe e filhos, considerada pobre é de US\$ 18.600, o que equivale a R\$ 55.900,00.

A seguir serão analisados alguns indicadores dos níveis de pobreza.

4.1.2.4 Linhas de pobreza e de indigência: mensuração da pobreza.

Há vários métodos para se mensurar a pobreza. Pode-se adotar critérios de forma arbitrária, tal como cita Sonia Rocha, ao afirmar a adoção do valor de US\$ 1 ou US\$2 ao dia pelo Banco Mundial,⁶⁹ sem levar em consideração as diferenças de cada sociedade. Pode-se tomar o critério do consumo observado, partindo-se do consumo de alimentos, vestuário, habitação, transporte, entre outros. A autora citada ressalta que em relação às necessidades nutricionais é fácil determinar uma cesta alimentar mínima adequada, mas tal mensuração é dificultada quando se trata de vestuário, habitação e transporte.

As necessidades básicas de um indivíduo são aquelas relacionadas à sobrevivência física do indivíduo. Estas necessidades primárias do indivíduo devem

⁶⁷ ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?** p. 235.

⁶⁸ Folha de São Paulo, Caderno Mundo, Data: 27.08.2003, p. A15.

⁶⁹ ROCHA, Sonia. **Op. cit.** p. 44.

possibilitar uma existência digna para ele e para a sua família. Há diversos critérios que podem ser adotados como necessidades básicas, como por exemplo, necessidades nutricionais, saneamento básico, educação, saúde, energia elétrica. Sonia Rocha afirma que estes outros indicadores devem ser considerados junto ao critério renda.⁷⁰

A autora descreve o procedimento a ser adotado para a determinação da linha de pobreza a partir de estruturas de consumo observadas, cujo valor estaria relacionado ao mínimo necessário para que um indivíduo possa viver com um mínimo de dignidade⁷¹:

A primeira etapa consiste em determinar, para a população em questão, quais são suas necessidades nutricionais. A etapa seguinte objetiva derivar, a partir das informações de pesquisa de orçamentos familiares, a cesta alimentar de menor custo que atenda às necessidades nutricionais estimadas. O valor correspondente a essa cesta é a chamada linha de indigência (LI), parâmetro de valor associado ao consumo alimentar mínimo necessário. Como não se dispõe de normas que permitam estabelecer qual o consumo mínimo adequado de itens não-alimentares, o valor associado a eles é obtido de forma simplificada, correspondendo geralmente à despesa não-alimentar observada quando o consumo alimentar adequado é atingido.

A FAO – Fundo das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação - determina os parâmetros relativos às necessidades dos diferentes nutrientes, levando em consideração o sexo, idade, peso, altura dos indivíduos, além das atividades exercidas pelos indivíduos. Além disso, é a responsável pela realização e divulgação de um estudo sobre segurança alimentar no mundo. A FAO estimou que em 2000 o consumo recomendado de alimentos para o brasileiro seria de 1.900 kcal/dia, tendo estimado que há cerca de 16 milhões de pessoas subnutridas no país, o equivalente a cerca de 10% da população. Para estimar o conjunto de subnutridos no Brasil, a FAO utilizou os seguintes critérios⁷²:

calcula-se, com base nos dados sobre produção, comércio e estoques de alimentos, a disponibilidade de calorias per capita; estima-se a necessidade calórica da população, considerando a diferença entre os diversos grupos (idade, gênero, etc); e, por fim, combina-se estes dados com informações sobre o consumo de alimentos e distribuição de renda. Considera-se subnutridos aqueles que consomem menos calorias que o mínimo estabelecido.

⁷⁰ ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?** p. 175.

⁷¹ ROCHA, Sônia. **Estimação de linhas de indigência e de pobreza: opções metodológicas no Brasil.** p. 110.

⁷² FIAN-BRASIL. p. 15.

Rocha afirma que no Brasil adotam-se apenas as necessidades de energia, sem considerar toda a gama de necessidades nutricionais, ou seja, de proteínas, vitaminas e minerais. Atualmente, conforme informações obtidas no site do Dieese,⁷³ a cesta básica é composta por carne bovina de primeira, leite, feijão, arroz, farinha, batata, tomate, pão francês, café, banana, açúcar, óleo e manteiga. Para se determinar uma cesta básica, busca-se calcular as necessidades energéticas necessárias para garantir um mínimo das funções vitais, observado o menor custo. Para todas as famílias dever-se-ia garantir este mínimo vital, pois há muitas famílias que não conseguem nem ao menos ingerir este mínimo recomendado. Sonia Rocha ressalta que “[...] quanto menor a renda das famílias, mais concentrada é a sua dieta em alimentos essenciais e de preço mais baixo.”⁷⁴ A determinação da cesta alimentar depende muito de cada região, pois por exemplo, em Curitiba, a ingestão média recomendada foi de 2.120 kcal/dia (1987/88).⁷⁵ É importante englobar o cálculo da alimentação necessária para garantir um mínimo vital no cálculo do benefício assistencial, pois no Brasil, as pessoas pobres consomem menos do que o necessário para atender as suas necessidades diárias, o que gera, principalmente em crianças e idosos, subnutrição. Deve-se, no caso concreto, considerar ainda que as pessoas portadoras de deficiência, idosos e crianças muitas vezes necessitam de uma alimentação especial, que também deve ser considerada para fins de cálculo.

4.1.2.5 Pobreza e as diferenças regionais.

Quando o legislador estabeleceu o critério renda, ele não levou em consideração as diferenças regionais. Em um país de proporções continentais como o Brasil, o desenvolvimento e as diferenças regionais são muito grandes, gerando, naturalmente, diversidade de perfis populacionais. Como já foi dito acima, as diferenças nutricionais em cada cidade podem ser diversas dadas as características e o modo de vida da população, além disso, o custo de vida em cada região é diferente.

⁷³ www.dieese.org.br.

⁷⁴ ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?** p. 57.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 46.

Para ilustrar melhor estas distonâncias, de acordo com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócios-Econômicos (DIEESE), o valor da cesta básica apurado no mês de agosto/2004, na cidade de São Paulo foi R\$ 182,26, a segunda cidade mais cara do Brasil. A cesta básica mensal mais cara do Brasil custa R\$ 189,99, na cidade de Porto Alegre. Os menores valores foram verificados em Fortaleza (R\$ 139,70), Salvador (R\$ 140,48) e Recife (R\$ 147,03). Em Curitiba, o custo da cesta básica chegou a R\$ 171,95. Por estes valores, podemos constatar que o custo de vida nestas cidades são diferentes, portanto, com um mesmo salário, as condições de vida de uma pessoa em cada metrópole será diferente.

4.1.2.6 Níveis de pobreza no Brasil.

As lacunas deixadas por falta de políticas sociais, de reforma tributária e agrária tornaram o capitalismo brasileiro uma máquina de produção e reprodução de desigualdade.

A pobreza no Brasil tornou-se um fenômeno social que decorre da forte desigualdade na distribuição da renda *per capita* e não da falta de recursos, os quais no nosso país são suficientes para garantir um mínimo essencial a todos.

Hoje, além da pobreza histórica, marcada pela pobreza e pela fome, existente na região norte e nordeste do país, há também uma nova forma de exclusão resultante das políticas neoliberais, ocorridas a partir da década de 1990, em que a pobreza atinge principalmente famílias pouco numerosas, monoparentais, em que os indivíduos que a compõem são relativamente escolarizados, inseridos ou que já exerceram uma atividade formal.

Ricardo Paes de Barros, Ricardo Henriques e Rosane Mendonça expõem em números o grau de pobreza e indigência no Brasil. Os índices são assustadores, principalmente, no tocante ao nível de indigência, pois neste caso, as pessoas ou passam fome ou não chegam a consumir o mínimo necessário para a sua sobrevivência. Segundo eles, “[...] em 1999, cerca de 14% da população brasileira vive em famílias com renda inferior à linha de indigência e 34% em famílias com renda

inferior à linha de pobreza. Desse modo [...] cerca de 22 milhões de brasileiros podem ser classificados como indigentes e 53 milhões como pobres.”⁷⁶

Segundo estudos realizados por Márcio Pochmann e Ricardo Amorim a fim de construir um verdadeiro *Atlas da exclusão social*,⁷⁷ concluiu-se que a parte da população mais carente está localizada nas regiões norte e nordeste, onde os índices de exclusão social são os maiores. A região Nordeste abriga 72,1% da população carente, em situação de maior exclusão social; já a região Norte representa 13,9%. A região Centro-Oeste apresenta o índice de 2%. Já as regiões Sudeste e Sul do país são as que apresentaram os menores índices de áreas de exclusão social, 10,4% e 1,6%, respectivamente.

Apesar do Brasil ser um país de muitos pobres, não pode ser considerado um país pobre, pois como já foi dito acima, a origem dessa pobreza não está na escassez de recursos, mas sim, na má distribuição destes recursos. Segundo estimativas, o Brasil teve uma renda *per capita* de R\$ 3.500,00⁷⁸ ao ano em 2000, portanto, bem acima de qualquer valor que possa ser associado à linha de pobreza. Tal fato pode ser comprovado por estimativas feitas por Barros, Henriques e Mendonça, construindo uma evolução do PIB *per capita* e da renda familiar *per capita* como múltiplos da linha de indigência e de pobreza. Eles chegaram a conclusão que “[...] a renda familiar *per capita* e o PIB *per capita* representa, hoje, valores cinco a oito vezes superiores à linha de indigência e três a quatro vezes à linha de pobreza.”⁷⁹ E Ricardo Paes de Barros, Ricardo Henriques e Rosane Mendonça concluem com base nestes dados que “...uma distribuição eqüitativa dos recursos nacionais disponíveis seria muito mais do que suficiente para eliminar toda a pobreza.”⁸⁰

Verifica-se, com estes dados, que os índices de exclusão social no Brasil ainda são muito grandes, necessitando de políticas públicas que reduzam estes índices e melhorem as condições de vida da população no geral.

⁷⁶ BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo e MENDONÇA, Rosane. p. 22.

⁷⁷ POCHMANN, Márcio e AMORIM, Ricardo (organizadores). **Atlas da exclusão social no Brasil**. p. 74.

⁷⁸ ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?** P. 31.

⁷⁹ BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo e MENDONÇA, Rosane. p. 29/30.

⁸⁰ Idem. P. 30.

4.1.3 Cálculo da renda *per capita*.

Para divisão da renda familiar, considera-se o número de pessoas que vivem sob o mesmo teto, assim entendido: o cônjuge, o(a) companheiro(a), os pais, os filhos e irmãos não emancipados de qualquer condição, menores de 21 anos ou inválidos, conforme disposição do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. O §1º do referido artigo ainda dispõe que: “o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

Portanto, para obter a renda *per capita* dos familiares do requerente, deve-se apurar todos os rendimentos recebidos pelas pessoas elencadas no artigo 16 da Lei nº 8.213/91 dividindo-se, a princípio, pelo número de integrantes da família. O conceito de família adotado pela LOAS é restritivo, pois delimita os participantes da família àqueles arrolados no referido artigo, distanciando-se da realidade em que muitas famílias são compostas pelos pais, filhos, muitas vezes, pelos os netos, cunhados, nora e genro. Há uma legião de pessoas que não tem qualquer conhecimento legal e ao ter o neto deixado em sua casa, passa a cuidar dele como se filho fosse, sem ter a noção de que é necessário buscar junto ao Judiciário um Termo de Guarda, seja em uma Vara de Família, seja na Vara da Infância e da Juventude. Como não considerar este menor, que está sob os cuidados daquela família, um integrante desta?

Sonia Rocha afirma que para fins analíticos, define-se família “[...] como pessoas que moram no mesmo domicílio, ligadas por laços de parentesco ou não, mas que funcionam como um grupo solidário em relação ao rendimento e ao consumo.”⁸¹ O conceito tomado pela economista é um conceito de certa forma mais abrangente, pois inclui entre os familiares aquelas pessoas ligadas por vínculos que não somente o de sangue, mas por exemplo, por vínculos de parentesco por afinidade.

Os demais diplomas legais que versam sobre programas assistenciais adotam um conceito mais amplo de família, pois para o cálculo da renda familiar são computados os rendimentos de todos os membros que compõem a família, ou seja,

⁸¹ ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?** P. 36.

aquele grupo ligado por relações de parentesco ou afinidade que vivem sob o mesmo teto, mantendo a unidade doméstica com a contribuição de seus integrantes.

Por outro lado, Ana Lígia Gomes critica o critério adotado pelo legislador para determinar o núcleo familiar, afirmando que deveria ser tomada apenas a renda obtida pela pessoa que está a pleitear o benefício, possibilitando, assim, que mais de uma pessoa receba o benefício na mesma família, tendo em vista que⁸²

[...] a exigência da comprovação de renda de toda a família, o que a meu ver acaba condicionando e limitando o direito da pessoa ao benefício. Esta situação traduz-se, no limite, na proibição de que mais de uma pessoa na família tenha o benefício – mesmo que nesta haja por exemplo dois portadores de deficiência ou um portador de deficiência e um idoso – quando não for atendido o critério renda, posto que a provisão recebida tem de se somar ao cálculo de renda.

4.1.4 Um quarto do salário mínimo. Linha de pobreza para um país como o Brasil?

A Lei nº 8.742/93 optou por estabelecer uma linha de pobreza com base em um percentual do salário mínimo vigente no País, conforme previsão de seu artigo 20, §3º, ou seja, 1/4 do salário mínimo. Tal dispositivo, além de servir como critério objetivo para identificar o titular do benefício, culmina por restringir o acesso daqueles que não se enquadram na situação nele descrita. A adoção de tal critério não teve qualquer base empírica. O critério é excessivamente restritivo, muitas vezes, deixando de conceder o benefício para aqueles que realmente necessitam. Chega-se ao absurdo de indeferir o benefício quando a renda *per capita* do requerente ultrapassa R\$ 1,00.

Tendo em vista a existência de dados e estudos consideráveis para a caracterização da pobreza e, acima de tudo, a fim de que se adote um critério mais justo e abrangente, o legislador deveria ter se atido a outros indicadores de pobreza, como o atendimento às necessidades básicas, consumo de bens, as diferenças regionais existentes no país, necessidade de remédios e outros tratamentos de saúde, já detalhados anteriormente. Nada impede que o legislador utilize dados empíricos ou de

⁸² GOMES, Ana Lígia. P. 68.

informações fornecidas por outras ciências, de dados extraídos da realidade. Dados estes necessários para a interpretação mais justa da norma constitucional, sob pena de serem proferidas decisões dissociadas da realidade, que não atendam aos reclames da massa populacional.

Conforme já foi exposto no capítulo 4.1.2.3, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), estimou que em 2001, a linha de indigência na cidade de Curitiba consistia no valor de R\$ 34,77 e a linha de pobreza, em R\$ 124,13. Sendo que no ano de 2001, o salário mínimo permaneceu no valor de R\$ 180,00, durante o ano inteiro. Pode-se concluir que a linha de pobreza estimada é superior a um quarto do salário mínimo. O benefício de prestação continuada é destinado a todos aqueles que dela necessitem, que se encontrem em situação de pobreza, mas pelos dados, verifica-se que a atual disciplina deste benefício acaba por não atender aqueles que seriam potenciais beneficiários.

Este critério foi bastante questionado, tendo sido ajuizada pelo Ministério Público a Ação Direita de Constitucionalidade nº 1.232-1, a qual foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão de 27/08/1998, conforme ementa transcrita a seguir:

Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V, art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente.

Nos votos exarados pelos Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence, que compuseram a maioria, não se encontra uma proclamação clara da constitucionalidade do ato normativo impugnado. O voto que prevaleceu foi o do Ministro Nelson Jobim, que sustentou a necessidade de observar-se o parâmetro da legislação de regência a que remete o texto constitucional, o qual é transcrito a seguir:

[...] compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu comprovar desta forma. Portanto, há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência de lei, da definição.

Acredita-se que a liminar foi indeferida, pois havia o receio explicitado de que com o indeferimento da liminar houvesse a suspensão da eficácia do ato normativo impugnado, o que levaria ao agravamento do estado de inconstitucionalidade, tendo o STF por pressuposto que o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal não teria aplicabilidade imediata, demandando regulação legislativa. Nesta hipótese, a Administração não poderia conceder novos benefícios, até que fosse novamente regulamentada. Esta preocupação foi relatada pelo Ministro Maurício Corrêa no voto proferido no pedido de cautelar, o qual é descrito a seguir:

Medida limitar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Conceito de “família incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa” dado pelo §3º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) para regulamentar o art. 203, V, da Constituição Federal.

1. Arguição de inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que prevê o limite máximo de ¼ do salário mínimo de renda mensal per capita da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário mínimo conferido pelo inc. V do art. 203 da Constituição.

2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico.

4. Pedido cautelar indeferido.

Oportunamente Ingo Wolfgang Sarlet observa que, embora o STF tenha considerado o direito à assistência social como norma de eficácia limitada, “[...] a inconstitucionalidade e conseqüente nulidade dos atos legislativos inquinados nas hipóteses referidas não teriam o condão de impedir a plena eficácia das normas constitucionais respectivas, uma vez que autênticos direitos fundamentais originários a prestações[...]”⁸³

Além do que, como já foi tratado no capítulo 3.1, relativo a Efetividade e Eficácia dos Direitos Sociais, independentemente de haver norma infraconstitucional a regular qualquer direito social, este tem eficácia plena, pois todos os direitos geram ao Estado um complexo de obrigações tanto negativas quanto positivas. Ainda que o STF

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. P. 291.

tivesse declarado a inconstitucionalidade do referido dispositivo, este continuaria tendo eficácia plena, tendo em vista que os direitos sociais são efetivamente direitos fundamentais e tem eficácia plena e aplicabilidade imediata.

4.2 QUESTÕES ATUAIS E SOLUÇÕES JURISDICIONAIS.

Tendo em vista o fato de a Lei Orgânica da Assistência Social ser insuficiente para atender toda a gama de potenciais beneficiários e de não ter sido declarada a inconstitucionalidade do §3º do artigo 20 da referida lei, cabe ao judiciário utilizar a interpretação mais abrangente o possível para suprir as insuficiências deixadas pelo diploma legal.

4.2.1 Requisito: incapacidade para o trabalho e para a vida independente.

A exigência de incapacidade para a vida independente é uma afronta ao princípio da dignidade humana, o qual norteia a Carta Maior do país. Não pode a lei infraconstitucional exigir que o cidadão não tenha condições de se vestir, alimentar-se sozinho, andar, realizar a sua própria higiene pessoal para ter direito à concessão do benefício assistencial. Assim, a pessoa estaria vivendo em condições subumanas, o que não é possível nos moldes do Estado Democrático de Direito adotado pela ordem constitucional. O princípio da dignidade humana estaria sendo afrontado na hipótese de o poder público exigir que uma pessoa esteja vivendo em condições degradantes e desumanas, para obter o direito à concessão do amparo.

Tendo em vista a falta de definição por parte do legislador do que seja incapacidade para a vida independente, tem-se discutido a interpretação deste termo pela Jurisprudência, a qual tem procurado abrandar este requisito, buscando uma interpretação ampla da expressão “incapacitado para a vida independente.”

Ana Lígia Gomes leciona que a contingência idade ou deficiência já coloca estas pessoas em situação de vulnerabilidade, por si só, ainda que em condições favoráveis de vida. O idoso e a pessoa portadora de deficiência, ainda que não sejam

totalmente incapazes, necessitam de cuidados especiais, muitas vezes, necessitando do acompanhamento de terceiros, remédios, alimentos especiais e outras necessidades que venham a surgir em razão da idade ou da doença.

Sérgio Fernando Moro⁸⁴ entende que “O §2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser interpretado em consonância com a Constituição. Esta apenas exige que se trate de deficiente incapaz de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família.”⁸⁵

Gisele Lemke⁸⁶ interpretou de forma mais ampla o requisito incapacidade para a vida independente no Acórdão de nº 2002.70.04.002671-0, no qual decidiu:

Nesse passo, releva notar que se deve interpretar o disposto no art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93 de forma sistemática e teleológica, e não meramente literal, como pretendem o INSS e a União. (...) o que se quis foi simplesmente frisar a necessidade de incapacidade para a vida independente num sentido amplo, eis que a pessoa incapacitada para o trabalho certamente é incapaz para a vida independente em nossa sociedade, especialmente quando não tem outra fonte de renda, como é o caso daqueles que se enquadram nas disposições da Lei nº 8.742/93 relativas às condições econômicas. A interpretação literal não seria possível também por outra razão. É que, de qualquer modo, seria despicienda a expressão “e para o trabalho” constante daquele dispositivo, já que aqueles incapazes para a vida independente nos moldes pretendidos pelo INSS e pela União (incapazes de escovar os dentes, de se vestir, etc.) naturalmente serão sempre incapazes para o trabalho. Não haveria necessidade, pois, de a lei fazer referência à incapacidade para a vida independente e para o trabalho, o que seria uma redundância. Em suma, aquele incapaz para a vida independente será necessariamente incapaz para o trabalho e vice-versa, visto como vida independente não significa somente capacidade de locomoção e de prover às necessidades fisiológicas, mas também de prover ao próprio sustento.

Este posicionamento também é adotado por Rodrigo Kravetz⁸⁷, conforme verifica-se no trecho da decisão:

Ante o laudo pericial ter concluído pela incapacidade da autora para o trabalho, entendo que automaticamente configura-se a incapacidade para a vida independente, pelo fato de que uma incapacidade influencia na outra. É certo que a incapacidade para o exercício laboral, agravado pela falta de instrução e pela miserabilidade reconhecida, impossibilita que o portador de moléstia tenha tratamento médico e medicamentoso condignos.

Na mesma linha de pensamento, Celso Kipper entende que a pessoa incapacitada para a vida independente é aquela que não tem condições econômicas

⁸⁴ Juiz Federal de Curitiba.

⁸⁵ MORO, Sérgio Fernando. **Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social**. p. 156.

⁸⁶ Juíza Federal da Turma Recursal do Paraná.

⁸⁷ Juiz Federal do Juizado Especial Federal de Curitiba.

para prover a própria subsistência através do trabalho ou por outros meios semelhantes. Transcreve parte da ementa do acórdão:

PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NO ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS. INCAPACIDADE LABORAL E PARA A VIDA INDEPENDENTE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 20 DA LEI 8742/93 CONFORME A CONSTITUIÇÃO.

(...)

3. A Constituição Federal exige apenas dois requisitos no tocante ao benefício assistencial de que trata o art. 203, V: (a) condição de deficiente (pessoa portadora de deficiência) ou idoso e (b) situação de desamparo (não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família). Ou seja, buscou a norma constitucional garantir o benefício assistencial a toda pessoa portadora de deficiência que não possuísse mínimas condições econômicas de subsistência, próprias ou de sua família.

4. A exigência, para a percepção do benefício, de ser a pessoa incapaz para a vida independente, se entendida como incapacidade para todos os atos da vida, não se encontra na Constituição. Ao contrário, tal exigência contraria o sentido da norma constitucional, seja considerada em si, seja em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), ao objetivo da assistência social de universalidade da cobertura e do atendimento (CF, art. 194, parágrafo único, I) e à ampla garantia de prestação da assistência social (CF, art. 203, caput). Se aquela fosse a interpretação para a locução incapacitada para a vida independente, constante no art. 20 § 2º, da Lei 8.742/93, o legislador teria esvaziado indevidamente o conteúdo material do direito fundamental da pessoa portadora de deficiência, deixando fora do seu âmbito uma ampla gama de pessoas portadoras de deficiência incapacitante para o trabalho, e, em conseqüência, incorreria em inconstitucionalidade.

5. Segundo o princípio da interpretação conforme a Constituição - que tem suas raízes no princípio da unidade da ordem jurídica - nenhuma lei deve ser declarada inconstitucional quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição.

6. O art. 203, V, da Constituição, naquilo que é objeto desta ação, refere-se a duas hipóteses: a) pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção (primeira hipótese); b) pessoa portadora de deficiência que comprove que sua família não pode prover à sua manutenção (segunda hipótese). O § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 diz respeito à segunda hipótese, centrada na incapacidade da família de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência. O § 2º do art. 20 da Lei 8.742/93, por sua vez, diz respeito à primeira hipótese, centrada na incapacidade da pessoa portadora de deficiência de prover à própria manutenção, que se traduz em uma incapacidade para o trabalho e em uma incapacidade econômica de prover à própria manutenção por outros meios. Esta incapacidade de prover à própria manutenção por outros meios (que não o trabalho) foi denominada pela lei de incapacidade para a vida independente. De forma que a incapacidade para a vida independente, para coadunar-se com o conteúdo da norma constitucional, deve ser interpretada não no sentido de incapacidade para a prática de todos os atos da vida, mas no sentido de incapacidade para prover à própria manutenção por meios diferentes do trabalho (pois a incapacidade para o trabalho encontra-se referida expressamente). A pessoa está incapacitada para a vida independente porque não possui condições econômicas para prover à própria manutenção.

(TRF/4 – Quinta Turma – AC 463283 – Processo 200071050006373/RS - Relator Desembargador Celso Kipper – DJU 12.03.2003 P. 742).

Há julgadores, no entanto, que vão mais além determinando o afastamento do

requisito “incapacidade para a vida independente e para o trabalho”. Maria Cristina Barongeno Cukierkorn⁸⁸ ao julgar o mérito de Ação Civil Pública nº 2002.61.00.024335-6, proposta pelo Ministério Público determinou que o INSS deixe de exigir comprovação de incapacidade de pessoas com deficiência para a vida independente e para o trabalho como condição para a obtenção do benefício. Segundo a magistrada,

...o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência, promulgada pelo Decreto presidencial nº 3.956/2001, a qual classifica deficiência como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. Vemos, portanto, que a deficiência é um fator de limitação e não de exclusão.

A Egrégia 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu que não é lícito condicionar o benefício à prova de que o deficiente está incapacitado para os atos da vida cotidiana, como alimentar-se, higienizar-se ou locomover-se, todavia, tal disposição quis expressar ser incapacitado aquele que dependa do amparo, ou acompanhamento, ou vigilância, ou atenção de outrem. A seguir, transcreve-se o posicionamento de Antônio Albino Ramos de Oliveira,

Dessa formulação legal, não se tira que o deficiente, para fazer jus ao benefício assistencial, deva ser dependente de outrem para todos os atos de sua vida. Essa disposição deve ser entendida de conformidade com o contexto em que foi instituído o benefício. Merece lembrar que a Constituição o atribuiu a duas categorias de destinatários: os deficientes e os idosos. São duas categorias que, por suas específicas condições, sempre exigem alguma espécie de virtude da debilidade própria de sua faixa etária, mesmo que não precise da ajuda de alguém para comer, vestir-se, lavar-se e deambular, precisa de atenção constante, porque sempre estará sujeito aos achaques da idade. É, por definição, dependente. A mesma idéia deve prevalecer quando se trata do deficiente. Mesmo aquele que sabe e pode cuidar de si, pode, em virtude de suas peculiares condições, ser considerado dependente. É a situação, muito comum, de alguns doentes mentais aos quais não faltam as habilidades para o cuidado com o próprio corpo, mas que devem ficar sob constante observação – como os idosos, “não devem ser deixados sozinhos”. No entanto, segundo a orientação que vem predominando nesta Quinta Turma, não basta, para dar acesso ao benefício, estar caracterizada a dependência econômica. Será necessário, sempre, estar evidenciada aquela situação de relativa dependência do deficiente, a exigir que alguém esteja a ele atento, alguém “olhe por ele”.

Assim, sequer será necessário questionar o parágrafo 2º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 sob o ângulo de sua constitucionalidade, para se concluir que sua interpretação administrativa é desarrazoada, deixando a descoberto do benefício uma ampla gama de potenciais beneficiários.

⁸⁸ Juíza da 23ª Vara Federal Cível de São Paulo.

(TRF/4 – Quinta Turma – AG nº 2001.04.01.068468-6/SC – Relator Desembargador Antonio Albino Ramos de Oliveira – Decisão em 26/02/2002).

Apesar de interessante a posição, não se pode afirmar que toda pessoa que é portadora de uma deficiência é dependente de outra tal como os idosos, tendo em vista que nos dias de hoje, nem todos os idosos precisam de cuidados de outras pessoas, tal como pode-se ver nos grupos de terceira idade. Há muitos portadores de deficiência que podem exercer perfeitamente determinadas atividades laborais, tal como uma pessoa física ou mentalmente perfeita.

José Antônio Savaris⁸⁹ adota parâmetro um pouco diverso, pois ele não amplia demasiadamente o requisito incapacidade para a vida independente como o fez Antonio Albino Ramos de Oliveira e Maria Cristina Barongen Cukierkorn que afastaram a exigência da comprovação deste requisito. Segundo Savaris, a norma legal explicita a perda de autonomia que se revela reflexo da deficiência em combinação com fatores individuais econômicos e sociais. Tem-se que avaliar a perda de autonomia e o grau de dependência do portador de deficiência, para que o direito lhe seja atribuído. Em decisão na Ação Civil Pública nº 2002.70.09.002122-7, proposta pelo Ministério Público Federal, o magistrado faz uma categorização dos graus de autonomia, enquadrando aqueles que têm direito a obtenção do benefício,

Inicialmente, verificam-se os portadores de deficiência com (o que reputo) dependência elementar ou de primeiro grau, constatada a partir da necessidade de atendimento especial para educação, habilitação ou recuperação, sem que se fale com total incapacidade para o exercício de atividade que garanta ou coopere para a subsistência do deficiente.

Em grau superior de dependência, encontram-se os portadores de deficiência que em razão da incapacidade para o trabalho, necessitam de outrem para provisão de sua subsistência, a chamada dependência qualificada⁹⁰ ou de segundo grau.

A presença concomitante dos pressupostos das duas primeiras formas de dependência configura uma dependência mais-do-que-qualificada ou de terceiro grau, primeira forma das dependências acentuadas.

A essas três categorias de portadores de deficiência, acrescenta-se ainda uma quarta, que se pode chamar de grande dependência ou dependência de quarto grau, segunda forma das

⁸⁹ Juiz Titular da 1ª Vara Federal de Ponta Grossa.

⁹⁰ Importante anotar o conceito dado por Savaris no que tange a expressão dependência qualificada: “Verifica-se a dependência qualificada quando o portador de deficiência que decorra de lesão, deformidade, doença congênita ou grave enfermidade, em razão de total incapacidade para o trabalho, constatável ao tempo de exame pericial, tem sujeitada sua manutenção à providência alheia, necessitando ou não de atendimento específico de natureza pedagógica ou terapêutica, e estando ou não em condições de frequência ou internamento em estabelecimento de educação especial. A possibilidade de habilitação profissional não prejuzica sua caracterização.”

dependências acentuadas, consistente na situação que resulta da gravidade da deficiência a reclamar assistência de terceira pessoa para a realização dos atos da vida diária.

Sem embargo, penso que o reclame legal de “incapacidade para a vida independente e para o trabalho” se satisfaz com uma dependência qualificada, como acima se cuidou de esclarecer. Com maior razão as formas acentuadas de dependência conduzem à concessão do benefício.

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 garantem o sustento do portador de deficiência. São eles fatos relevantes apenas à medida que constituírem indicativos da capacidade laboral.

Acertadamente demonstra Antonio Savaris que se a incapacidade para o trabalho não for considerada por si só suficiente para fins de concessão do benefício, haverá portadores de deficiência sem qualquer proteção da Seguridade Social, pois sua incapacidade laboral os impedirá de filiarem-se à Previdência Social, enquanto o critério restritivo lhes retirará a proteção da assistência social,

A verdade, porém, é que o portador de deficiência que se encontra abaixo da linha de 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 insculpido no art. 194, I da Constituição Federal.

Portanto, resta saber aonde se enquadra o enorme contingente de idosos e portadores de deficiência que estão a margem do mercado de trabalho, mas não são considerados aptos ao recebimento do benefício assistencial?

Da forma regulamentada pela Lei Orgânica da Assistência Social, acaba-se por excluir frontalmente todo o movimento mundial pela inclusão da pessoa portadora de deficiência.

Há que se considerar também que o portador de doença crônica que tiver sua incapacidade atestada em laudo pericial pode ser equiparado ao portador de deficiência e faz jus ao benefício de amparo assistencial. A tese foi confirmada pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, durante

sessão de julgamento no Conselho da Justiça Federal em junho deste ano. A Autarquia Previdenciária reputa a concessão do benefício apenas às pessoas portadoras de deficiência e não às pessoas doentes.

4.2.2 Requisito econômico: renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo vigente no país.

Em razão do excesso de restrição atribuído pelo legislador para a concessão do amparo assistencial, a jurisprudência tem buscado atenuar o requisito, fazendo uso de outros fatores que tenham a possibilidade de comprovar a condição alegada pelo autor. Tratando-se de importante ferramenta social, o Poder Judiciário deve prontificar-se a reconhecer a exorbitância nessa exigência.

A Constituição Federal dispõe, no artigo 170, que “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social...”, portanto, de certa forma a Lei Fundamental está a garantir uma existência digna a todos. Como pode estar vivendo dignamente uma pessoa que tem uma renda *per capita* pouco maior do que $\frac{1}{4}$ do salário vigente no país? Sabe-se que nem um salário mínimo consegue garantir as necessidades básicas de uma pessoa, uma vida digna ao pai de família e aos seus filhos, como então pouco mais de $\frac{1}{4}$ do salário estaria garantindo um mínimo de existência? Parte-se de um princípio bastante questionável de que o salário mínimo brasileiro é suficiente para prover as necessidades de uma família com quatro membros, em média. Sonia Rocha afirma que se toma por base uma família média, constituída por quatro pessoas, em que a renda total desta família seja um salário mínimo, sendo suficiente esta renda para a manutenção de toda a família. Estudos demonstram a insuficiência do salário-mínimo, que apenas contempla uma cesta básica, que em Curitiba, em agosto/2004, custava cerca de R\$ 171,95, segundo informações do DIEESE,⁹¹ e neste mesmo período, o salário mínimo era de R\$ 260,00, mas que o salário-mínimo ideal para uma família composta de dois adultos e duas

⁹¹ www.dieese.gov.br.

crianças seria no valor de R\$ 1.596,00, cerca de 6,13 vezes o salário vigente

Cármen Lúcia Antunes Rocha lembra que a Constituição brasileira define os critérios para o salário mínimo, em seu artigo 7º, IV⁹², o qual é um direito de todo trabalhador⁹³,

[...] no qual se afirma dever ele atender a suas (do trabalhador) necessidades vitais básicas e às de sua família. Todavia, como os valores legalmente fixados, nos termos daquele dispositivo constitucional, não são suficientes para garantir as necessidades vitais básicas, considera-se que o que vem sendo estabelecido legalmente, no Brasil, desde que a definição legal do salário mínimo foi estatuída (Decreto-Lei nº 2.162, de 1 de maio de 1940), não é bastante para deixar o seu titular a condição de pobreza e para atender o quanto constitucionalmente definido como direito.

Com base neste dispositivo da Constituição que afirma ser necessário pelo menos um salário mínimo para atender as necessidades básicas do indivíduo e de sua família, inclusive o direito à moradia, à alimentação, à educação, à saúde, ao lazer, à vestuário, à higiene e à transporte, Maria Cristina Barongen Cukierkorn, em 16/02/2004, determinou que antes de se proceder ao cálculo da renda *per capita*, seja abatido do total da renda familiar um salário mínimo para cada idoso ou pessoa com deficiência que a integra, assim, possibilitando que uma família com um idoso ou uma pessoa portadora de deficiência possa receber tantos benefícios quanto necessários. No caso analisado pela magistrada, requer-se-ia o benefício para uma família composta pela mãe e por três filhos portadores de deficiência. Observe-se este trecho da decisão,

[...]se o critério formal de apuração da inviabilidade de prover a própria manutenção é definido como sendo a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ do salário, a sua aplicação, aos casos concretos, deve excluir da renda familiar tantos salários mínimos quantos forem os idosos ou portadores de deficiência daquela família, os quais requerem, para a própria sobrevivência, o valor de um salário mínimo, já que precisam de medicamentos e cuidados especiais, os quais representam, por si só, maiores despesas.

Para se chegar ao valor necessário para que uma pessoa viva dignamente, deve-se levar em consideração gastos com alimentação, saúde, habitação, vestuário, educação, entre outros elementos necessários para uma vida com um mínimo de

⁹² Art. 7. São direitos dos trabalhadores...: IV- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

⁹³ Carmem Lucia Antunes rocha. P. 76.

dignidade e qualidade. A determinação de um valor objetivo no que se refere à saúde, vestuário, educação é de certa forma dificultada, pois depende do estilo de vida de cada pessoa, considerada individualmente. Mas elementos como alimentação necessária para suprir as necessidades básicas de um dia, remédios necessários, aluguel ou prestações da casa própria, gás, água, energia elétrica podem ser estimados no caso concreto. Por exemplo, uma pessoa doente ou com idade avançada ou uma criança necessitam de uma renda maior para tratar dos seus males, uma renda de que uma pessoa sem essa doença não necessitaria. A pobreza deve ser vista como privação de necessidades básicas e não apenas ser auferido pelo *quantum* da renda. Torna-se necessário, portanto, que no caso concreto, sejam avaliados todos estes elementos para o cálculo da renda mensal da família do idoso ou do portador de deficiência, seja através da realização de inspeção administrativa, audiência com a presença de testemunhas, inspeção judicial, inspeção a ser realizada por uma assistente social, a qual tem maiores conhecimentos para analisar as condições de vida daquela família. Portanto, tem-se que analisar todo o conjunto de elementos que identifiquem a situação da família, para avaliar as condições de miserabilidade do autor da ação.

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem entendido que para concessão deste benefício deve-se proceder a uma interpretação menos rigorosa, em virtude do seu caráter assistencial, há de se considerar as circunstâncias do caso concreto, com uma avaliação das condições de vida do idoso ou do deficiente. A renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham a possibilidade de comprovar a condição alegada pelo autor. Veja-se algumas decisões proferidas pelo Tribunal,

RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LEGITIMIDADE. INSS. COMPROVAÇÃO DE RENDA PER CAPITA NÃO SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. DESNECESSIDADE.

1. O benefício de prestação continuada previsto no artigo 203 da Constituição da República, regulamentado pela Lei nº 8.742/93, muito embora não dependa de recolhimento de contribuições mensais, deverá ser executado e mantido pela Previdência Social, que tem legitimidade para tal mister.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou já entendimento no sentido de que o critério estabelecido no artigo 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93 (comprovação da renda per capita não superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo) não exclui que a condição de

miserabilidade, necessária à concessão do benefício assistencial, resulte de outros meios de prova, de acordo com cada caso em concreto.

3. Recurso conhecido, mas improvido.

(STJ – Sexta Turma – RESP 308711/SP – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJ 10.03.2003 – P. 323)

“...visa manter a dignidade da pessoa humana, mormente das que chegam à idade senil incapacitada e absolutamente empobrecida, sem ter como provar sua subsistência. O magistrado não está vinculado ao laudo pericial nem à opinião do perito, atendendo antes aos fins sociais a que a lei se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil)...”(TRF/3 – Primeira Turma – Processo 1999.03.99.027590-0 - Relator Desembargador Federal Oliveira Lima – DJU 20/02/2001).

Em parecer exarado no Processo nº 2003.70.00.034679-5, o Ministério Público Federal alega que não se pode simplesmente dividir a renda bruta familiar entre os integrantes da família, sem considerar os demais gastos efetuados por ela, tais como medicamentos, luz, transporte, etc. Segundo o Procurador Federal,

Presumir, como é o caso do requerente que a sobrevivência de uma pessoa portadora de deficiência – com todos os cuidados e despesas que essa condição acarreta – encontra-se assegurada pelo fato da renda familiar per capita ser, em tese, de R\$ 94,00, significa jogar por terra o amparo que a Constituição pretendia conceder às pessoas idosas e deficientes, além de representar um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual merece toda a proteção ao alcance dos meios jurídicos [...]

O critério restritivo adotado pelo legislador acaba por excluir da obtenção do benefício aqueles que, na verdade, seriam potenciais beneficiários, os quais continuaram a margem da sociedade, pois nela não conseguem se incluir, ante a dificuldade de conseguir um emprego digno. Para Savaris, deve-se investigar acerca da existência da miserabilidade econômico-social da família do necessitado, a partir do cotejo de gastos contínuos, tais como luz, água, aluguel, alimentação e medicamentos. O magistrado baseia-se na universalidade da prestação da seguridade social, em que os indivíduos ou se enquadram na previdência social ou deverão se enquadrar na assistência social. Descreve-se a seguir, trecho da sentença proferida na Ação Civil Pública nº 2002.70.09.002122-7,

Ainda, na medida em que a previdência e a assistência social buscam, a partir de planos distintos, propiciar a cobertura universal que prevê a Constituição Federal, a interpretação do requisito econômico adotada na presente decisão faz com que se guarde respeito ao princípio da universalidade da seguridade social, pois é certo que muitos idosos e portadores de deficiência não estarão cobertos pela previdência social, mas também não se encontrariam entre aqueles dignos de receber a principal prestação da assistência social.

Apesar de toda a jurisprudência favorável a concessão do benefício assistencial mesmo aqueles em que a renda *per capita* ultrapassa o valor de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, em recente decisão o STF julgou procedente o Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303, em que o INSS requereu o afastamento da decisão que determinou o pagamento do benefício assistencial, o qual teria sido concedido em afronta ao entendimento da referida Corte, já proferido na ADIn nº 1232-1, determinando, assim, a cassação da decisão do Juiz Federal do Juizado Especial Federal Previdenciário no Estado de São Paulo. Tramita na Egrégia Corte, outra Reclamação de nº 2.733, com pedido de liminar, contra sentença da 1ª Vara Federal de Araraquara, São Paulo, que condenou o instituto a pagar o benefício a autora, a qual afirmou ser idosa e não ter condições de prover a própria manutenção ou de ter provida por sua família, com o mesmo fundamento da ação anterior. Ainda não foi proferida decisão neste processo, mas provavelmente terá o mesmo julgamento da ação anterior.

Sérgio Moro⁹⁴ apresenta outra solução para o tema. Ele propõe a revisão do critério restritivo previsto no artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, tendo em vista que este dispositivo tornou-se inconstitucional com a edição dos novos programas governamentais, os quais adotaram a renda familiar *per capita* inferior a meio salário-mínimo como parâmetro legal para identificação das famílias habilitadas para a percepção do benefício.

Alguns destes programas governamentais são relacionados abaixo:

A) A Lei nº 9.533, de 10/12/1997, regulamentada pelos Decretos nºs 2.609/98 e 2.728/99, que instituiu o Programa de Garantia de Renda Mínima, garante renda mínima às famílias carentes que tenham crianças e adolescentes menores de quatorze anos, devidamente matriculados e que freqüentem assiduamente a escola. A Prefeitura Municipal de São Paulo criou programa semelhante para atender ao município em que adota os mesmos critérios estabelecidos pela Lei nº 9.733/97, conforme disposição da Lei municipal nº 12.651, promulgada em 06/05/1998;

⁹⁴ MORO, Sérgio Fernando. **Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social**. p. 151/153.

B) O Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação – Bolsa Escola – foi criado pela Lei nº 10.219, de 11/04/2001, e está voltado para as famílias residentes no Município, com renda familiar *per capita* inferior a meio salário-mínimo, de acordo com a regulamentação posterior do Decreto nº 3.823/01, o qual foi revogado pelo Decreto nº 4.313/02, que possuam sob sua responsabilidade crianças com idade entre seis e quinze anos, matriculadas em estabelecimentos de ensino fundamental regular, com frequência escolar igual ou superior a oitenta e cinco por cento;

C) O Programa Agente Jovem de Desenvolvimento Social e Humano, criado pela Portaria nº 879/01, visa a concessão de uma bolsa para jovens entre quinze e dezessete anos que estejam fora da escola e sejam egressos ou estejam sob medida protetiva;

D) O Programa de Atenção às Pessoas Portadoras de Deficiências tem por objetivo assegurar a proteção, a promoção e a inclusão social das pessoas portadoras de deficiência vulnerabilizadas pela situação de pobreza, com a centralidade das ações na família, além de elaborar, coordenar, acompanhar e apoiar, técnica e financeiramente, as ações de Atenção à Pessoa Portadora de Deficiência. Tem como meta atender pessoas portadoras de deficiência com renda mensal familiar *per capita* de até meio salário mínimo e/ou aquelas que se encontram em condição de privação econômica ou risco pessoal e social;

E) O Programa Nacional de Acesso à Alimentação, instituído pela Lei nº 10.689, de 13/06/2003, objetivando a segurança alimentar e nutricional a garantia da pessoa humana ao acesso à alimentação todos os dias, em quantidade suficiente e com a qualidade necessária.

Em todos os programas sociais acima citados as famílias beneficiárias possuem renda *per capita* de até meio salário-mínimo. Presume-se, assim, que o Legislador reputa pobres aqueles com renda até este limite. Ainda que sejam programas diferentes, há uma incongruência com a LOAS, pois nesta toma-se como pobres aqueles que possuem renda *per capita* inferior a um quarto do salário-mínimo, adotando um critério mais restritivo dos que os outros diplomas legais que prevêm

políticas assistenciais. Por certo que, sendo os beneficiários do amparo idosos e portadores de deficiência, os quais constituem grupos especialmente vulneráveis, seja pela sua dificuldade de inserção no mercado de trabalho, seja pelas necessidades especiais que possuem, o Governo não poderia ter adotado um critério tão restritivo. Há casos em que o idoso ou o portador de deficiência fará jus a outros benefícios como por exemplo, o vale-gás, pois enquadra-se como pobre para este benefício, mas não terá direito de obter o benefício de prestação continuada, pois não é visto como pobre para a LOAS. Ante a dúvida dos motivos que levaram o legislador a fazer estas distinções Sérgio Moro afirma que “Ou o legislador agiu erroneamente no primeiro caso, concedendo o benefício a famílias não-carentes, ou ele agiu erroneamente no segundo caso, negando direito fundamental a pessoas necessitadas, o que é muito mais provável.”⁹⁵

Apesar do critério adotado pelos outros diplomas serem de certa forma mais abrangente do que o adotado pela Lei Orgânica da Assistência Social, também pode ser criticado, pois não há qualquer base empírica que o legitime. Como já foi analisado em capítulos anteriores, há várias formas de se determinar a linha de pobreza.

Tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, para Sérgio Moro⁹⁶ não é necessário se exigir nova regulamentação do legislador, bastando para o preenchimento da lacuna o artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil, considerando para interpretação do requisito econômico, o conjunto das normas que disponham sobre programas assistenciais.

Ingo Wolfgang Sarlet entende ser desnecessária fixação de valores, tendo em vista⁹⁷,

[...] ao enunciar os objetivos da assistência social, também acabou por definir o perfil de seus beneficiários, isto é, dos titulares do direito fundamental (art. 203, incs. I a V, da CF). Por derradeiro, dispensável até mesmo qualquer fixação de valores, já que expressamente determinado que às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos que não possuem os meios de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, haverá de se pagar a quantia equivalente a um salário mínimo (art. 203, inc. V, da CF).

⁹⁵ MORO, Sérgio Fernando. **Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social**. p. 152.

⁹⁶ Ibidem. P. 153.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. P. 294.

Como afirma Potyara Pereira, foi um alto preço pago pela transformação da assistência em direito: “o critério de elegibilidade nela contido inovou em matéria de retrocesso político. Nunca, no Brasil uma linha de pobreza foi tão achatada, a ponto de ficarem acima dessa linha cidadãos em situação de pobreza crítica.”⁹⁸

Cármen Lúcia Antunes Rocha afirma que um direito constitucional não pode ser restringido por norma infraconstitucional, pois “Quem pode restringir, pode chegar até a extinção. No entanto, os direitos fundamentais são imodificáveis no sentido de qualquer tendência a ser abolidos, ainda que por emenda constitucional.”⁹⁹

4.2.3 ATUAÇÃO LEGISLATIVA OU INTERPRETATIVA DO PODER JUDICIÁRIO?

A partir da leitura das decisões acima descritas poder-se-ia afirmar que o Poder Judiciário estaria extrapolando a função jurisdicional e adentrando na esfera funcional do legislador. O princípio da separação dos poderes, originado na doutrina de Montesquieu, identificava três poderes, ou três funções estatais: o poder legislativo, o poder executivo e o poder de julgar, sendo que nenhum desses poderes poderia ser exercido pelo mesmo órgão. O Legislativo teria a obrigação de fazer as leis de acordo com os anseios populares; já o Executivo teria uma função fiscalizatória, de executar os preceitos legais e o Judiciário teria o poder de julgar, de aplicar a lei ao caso concreto. Os juízes deveriam se limitar a ser a boca que pronuncia as palavras da lei. O Judiciário seria incumbido de guardar a Constituição Federal. Baseando-se no postulado da independência entre os poderes, é compreensível que a magistratura hesite diante dos reclames sociais que emergem para o seu julgamento.

A interpretação de todo ordenamento jurídico deve ser à luz da Constituição Federal, uma vez que nela está declarada o espírito do povo de cada nação. Quando a vontade do legislador declarada nos estatutos, estiver em oposição com a do povo declarada na Constituição, é a esta que os juízes devem obedecer, pois a Constituição é

⁹⁸ PEREIRA, Potyara. Apud GOMES, Ana Lígia. p. 68.

⁹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. p. 20.

a lei suprema de um país. Quando um direito fundamental é restringido demasiadamente por uma lei inferior a Constituição, deve-se buscar a “vontade” do povo a fim de interpretá-lo, para que as normas sejam favoráveis e eficientes para os cidadãos. No conjunto do direito constitucional, deve-se interpretar as normas constitucionais a partir da identificação que rege o tema, por serem os princípios constitucionais, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica.

Acertadamente agem os juízes que interpretam os requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, pois este rege toda a Constituição e deve ser a base para toda a interpretação jurídica. Portanto, os juízes não estariam atuando como se legisladores fossem, mas sim promovendo uma interpretação da Lei nº 8.742/93 à luz da Constituição e, mais especificamente, do princípio da dignidade da pessoa humana. A atividade de 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. É o papel criativo e criador dos membros do Judiciário, principalmente dos juízes de primeiro grau, que faz com que a norma se aproxime o máximo possível da realidade e ganhe, assim, maior efetividade normativa.

Celso Lafer expõe que para o paradigma da Filosofia do Direito, a hermenêutica construtiva busca na aplicação das normas que se leve em conta os fins do Direito, em que o juiz procura encontrar soluções satisfatórias para cada caso concreto aplicando-se acima de tudo a justiça ainda que seja contrária a letra da lei,

[...] através de um não à letra da lei e de um sim ao seu espírito, para assim impedir a aplicação rígida e irrefletida das normas jurídicas. Em outras palavras, na interação entre Fato e Valor flexibiliza-se diante de um problema concreto a norma, buscando-se, no entanto, manter a coerência do sistema do Direito através de um esforço permanente de conciliar a razão com a justiça.¹⁰⁰

O juiz não estaria atuando fora de suas funções, pois a necessidade de bem cumprir a função jurisdicional obriga ao magistrado a assumir uma postura ativa frente à Constituição. Deve buscar interpretar a Lei Fundamental sem se ater à interpretação adotada pelos outros poderes constituídos. No caso do amparo assistencial, com razão

¹⁰⁰ LAFER, Celso. P. 283.

o Judiciário pode interpretar de forma extensiva os requisitos legais do benefício, sem se ater as instruções normativas decretadas pelo INSS, para dar efetividade às normas e princípios constitucionais.

Hoje o Judiciário brasileiro está enfrentando um grande dilema: cobrir o fosso entre um sistema jurídico-positivo e um contingente de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza, em condições sub-humanas. A Constituição de 1988 consagrou os direitos fundamentais do homem de forma expressa e clara, todavia apesar da previsão constitucional, não há efetividade no reconhecimento dos direitos, principalmente daquelas classes mais pobres, que mais necessitam do reconhecimento dos seus direitos. Diante dos direitos sociais, principalmente porque eles são destinados às camadas mais carentes que dependem da prestação destes direitos, deve o julgador conferir à norma respectiva a máxima efetividade possível, promovendo os objetivos fundamentais da república brasileira, os quais são a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Existem barreiras para a atuação do Judiciário nesta seara, pois a realização dos direitos sociais depende da presença de determinadas condições objetivas que não podem ser supridas, no mais das vezes, pelo juiz. Dependem de outros elementos, como por exemplo, do nível de riqueza existente em um país, estando, condicionados à “reserva do possível”. Sérgio Moro afirma que “É de se presumir que o próprio constituinte [...] já considerou o nível de riqueza existente no país quando da formulação da regra constitucional.”¹⁰¹

Talvez, o maior impedimento para uma proteção mais efetiva dos direitos fundamentais, principalmente no que tange aos direitos sociais, seja a atitude de grande parte da magistratura brasileira que insiste em uma interpretação constitucional formalista. A cultura normativista e positivista ainda existente nas cúpulas do Judiciário, resistem a interpretações *praeter legem* no plano dos direitos sociais. As decisões que não se enquadram no alcance de determinada lei seriam uma distorção das funções judiciais, uma ameaça a certeza e a segurança jurídicas. Segundo Andreas Kreal, “[...] o moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar

¹⁰¹ MORO, Sérgio Fernando **Legislação suspeita?: afastamento da presunção de constitucionalidade da lei.** p. 79.

as exigências de um direito material ancorado em normas éticas e políticas.”¹⁰²

A interpretação de uma lei deve se conformar ao modelo de proteção social pretendido pela Constituição: “a justiça social [...] em termos de redução das desigualdades sócio-econômicas e de ampliação da cidadania política.”¹⁰³, sempre tendo em vista o alcance de uma sociedade equilibrada, integrada, harmoniosa, solidária e feliz.

Os juízes devem substituir a obediência estrita à norma por jurisprudências inovadoras baseadas num compromisso com as necessidades reais da sociedade brasileira. Tendo em vista que cerca de 40% da população se encontra abaixo da linha de pobreza e que para esta grande parte da população possa adquirir a plenitude de sua cidadania exige-se que o Judiciário atue com maior eficiência e determinação em áreas como assistência social, educação, saúde, higiene, saneamento e habitação.¹⁰⁴

Cappelletti entende que os juízes têm e devem assumir uma postura ativa quando se tratarem de direitos sociais, tendo em vista que o Judiciário é parte do Estado. Segundo Cappelletti¹⁰⁵,

[...] em face de direitos sociais essencialmente dirigidos à gradual transformação do presente e formação do futuro, os juízes [...] bem poderiam assumir – e muitas vezes, de fato, têm assumido – a posição de negar o caráter preceptivo, ou self-executing, de tais leis ou direitos programáticos [...] o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar.

O principal problema das decisões proferidas pelo Judiciário é coagir o Estado a cumprir com as prestações devidas em decorrência de decisão judicial. Verifica-se na prática, que o INSS não cumpre as determinações judiciais, principalmente, as decisões que concedem a antecipação de tutela. Pode o Judiciário estabelecer multa diária à Administração, a fim de que cumpra a obrigação, com fundamento no art. 461, §4º do Código de Processo Civil¹⁰⁶.

¹⁰² KRELL, Andrés J. P. 250

¹⁰³ FARIA, José Eduardo. p. 97.

¹⁰⁴ Ibidem. P. 105.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. p. 41/51.

¹⁰⁶ Art. 461, §4º - o juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

No que se refere aos direitos sociais, culturais e econômicos, é dever do próprio Poder Judiciário comunicar aos poderes políticos o não cumprimento de suas obrigações acerca destas matérias. Para Abramovich e Curtis¹⁰⁷ é importante estabelecer mecanismos de comunicação, debate e diálogos para que se recorde aos poderes públicos dos compromissos assumidos, forçando-os a incorporar dentro das prioridades de governo as medidas destinadas a cumprir suas obrigações em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Quando se tratar de direitos relativos a um mínimo existencial, deve o Estado atender da melhor forma possível a implementação destes direitos. Deve-se constituir uma prioridade para o Estado a efetivação destes direitos.

¹⁰⁷ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. P. 23.

CONCLUSÃO

A Assistência Social é um direito fundamental previsto no rol de direitos sociais, no artigo 6º da Constituição Federal.

Há vários conceitos de assistência social, sendo que todos se aproximam do conceito dado pelo legislador no artigo 1º da Lei nº 8.742/93, “direito do cidadão e dever do Estado, é Política 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.” Ainda que haja previsão da assistência na Constituição, ela ainda é vista como uma forma de atividade filantrópica, em que o Estado por benevolência ajuda aqueles que não conseguem sobreviver por si só. O beneficiário não é visto como cidadão, mas sim, como assistido ou favorecido pelo Estado. A Assistência para muitos autores é um instrumento de apaziguação das tensões sociais, geradas pelo capitalismo, que exclui os trabalhadores do mercado de trabalho, levando-os a piora das condições de vida, enquanto outros acumulam mais riquezas.

Nem sempre a assistência social esteve entre os direitos fundamentais das Constituições brasileiras. A princípio, ela era vista como um remédio, um “favor” prestado pelo Estado, pela Igreja e pela Sociedade para aqueles infelizes que não tinham condições de se sustentar sozinho. O Constituinte de 1988 viu a importância da assistência para um país em que a miséria assola a maior parte da população e inseriu o direito à assistência social entre os direitos sociais. Passou a ser um direito do cidadão que dela necessitar e um dever do Estado de prestá-lo. Tal previsão reforça a preocupação do legislador com o combate à pobreza, tendo em vista que ele contemplou expressamente no artigo 3º, inciso III, dentre os objetivos da nova república a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, além de garantir um padrão social mínimo a todos os cidadãos. A assistência deve ser vista como um direito do cidadão, a partir do qual se dá a emancipação do indivíduo. Da forma que a assistência vem sendo tratada pelo poder público, ela exclui o cidadão da sociedade, ao invés de incluí-lo, pois as políticas

assistenciais visam apenas a distribuição de riquezas sem, no entanto, integrar o indivíduo na sociedade, como parte dela.

Não há dúvidas de que o direito à assistência social seja um direito social. De certa forma, já está pacificado na doutrina a idéia de que os direitos sociais estão entre os direitos fundamentais, tendo a mesma importância dos direitos civis e políticos. Há aqueles que entendem que os direitos sociais, econômicos e culturais são complementares aos direitos políticos e civis, sendo que estes não são passíveis de efetivação, sem que aqueles estejam devidamente garantidos. A cidadania plena depende de que se disponha de renda suficiente para o atendimento das necessidades no âmbito do consumo privado. Ainda há muitas discussões se os direitos sociais teriam ou não eficácia e aplicabilidade imediatas ou se limitariam ao campo das normas programáticas. Grande parte dos autores entende que todas as normas constitucionais têm eficácia, ainda que seja mínima, podendo ser exigida pelo cidadão e devendo ser prestada pelo Estado. Não pode o Estado alegar que não tinha a intenção de efetivar aquele direito, tendo-o previsto apenas como princípios a guiarem as políticas sociais. Também não pode o Estado alegar falta de recursos orçamentários, pois os recursos é que devem se adequar as necessidades sociais e não o inverso. Além disso, o problema da pobreza no Brasil não é a falta de recursos, mas sim a sua má distribuição.

A Constituição Federal proclama no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. O Estado brasileiro o positivou como fundamento expresso do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federal, a dignidade da pessoa humana. O dispositivo constitucional que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana contém não apenas uma norma, mas um fundamento de posições jurídico-subjetivas, ou seja, norma definidora de direitos e garantias. Constitui-se valor guia dos direitos fundamentais e também de toda a ordem jurídica, razão pela qual muitos autores o consideram como o princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. Todos os indivíduos têm direito a condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Pode-se extrair o direito a um *mínimo de existência* do princípio da dignidade da pessoa humana, do

direito à vida e à integridade física. O princípio da dignidade humana pode adquirir neste aspecto função demarcatória, estabelecendo um *quantum* para o padrão mínimo na esfera dos direitos sociais. O direito de viver dignamente não se limita apenas a um mínimo existencial, na condição de mera sobrevivência física do indivíduo, mas também em uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade, além de englobar outros direitos, tais como, o direito à educação, à saúde, à cultura, ao meio ambiente equilibrado, à liberdade, à vida privada, à intimidade, dentre outros. Com base no princípio da dignidade humana, não se pode reduzir o direito à vida a mera sobrevivência, senão seria afirmar que não há vida para além do mínimo legal.

O benefício de prestação continuada consiste no repasse de um salário mínimo mensal aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não tenham condições de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família, conforme previsão do artigo 203, inciso V da Lei Fundamental. A Lei nº 8.742/93 regulamentou a concessão do benefício, tendo estipulado os seguintes requisitos para a sua obtenção: pessoa portadora de deficiência, incapacitada para o trabalho e para a vida independente ou idoso com 65 anos (conforme disposição do Estatuto do Idoso) que não tenham condições de prover a sua manutenção ou de tê-la provida por sua família, cuja renda mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo vigente no país.

O Instituto Nacional de Seguridade Social tem interpretado restritivamente os requisitos exigidos pela Lei Orgânica da Assistência Social, pois exige para a sua concessão que estejam presentes todos os requisitos, ou seja, idade ou incapacidade para o trabalho e para a vida independente e renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

A Lei nº 8.742/93 acabou por limitar demasiadamente o direito ao benefício de prestação continuada, pois a Constituição garante o direito à concessão de um salário mínimo para os idosos e para as pessoas portadoras de deficiência que não tenham condições de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família, não tendo em momento algum exigido a comprovação da incapacidade do portador de deficiência, muito menos que a renda *per capita* de seus familiares fosse inferior a $\frac{1}{4}$

do salário mínimo. Tais exigências são extremamente limitadoras e arbitrárias, deixando de conceder o benefício para milhares de potenciais beneficiários. Sua extrema seletividade estigmatiza o sujeito e o coloca na condição de necessitado, amparado, em oposição à qualidade de sujeito titular de um direito.

No entanto, a LOAS não definiu o que seja incapacidade para a vida independente, o que tem levado a adoção de outros critérios pela jurisprudência. Os juízes têm apresentado as mais diversas soluções para esta questão, muitas vezes divergentes, outras vezes muito criativa, de forma a suprir a lacuna deixada pela lei. Ao meu ver, a melhor solução seria à concessão do benefício assistencial a pessoa portadora de deficiência que a incapacite para o trabalho, sem que seja necessário qualquer outro requisito para esta incapacidade, salvo o limite estabelecido para a renda familiar. A contingência idade ou deficiência já coloca estas pessoas em situações de vulnerabilidade, pois elas necessitam de cuidados especiais, acompanhamento de terceiros, remédios, alimentos especiais. A LOAS acabou por limitar sensivelmente a concessão do benefício assistencial aos portadores de deficiência, sendo que estes são muito vulneráveis em nossa sociedade, a qual impõe dificuldades para o acesso destes cidadãos ao mercado de trabalho.

Estando o deficiente incapacitado para prover o seu próprio sustento, deve provê-lo a sua família e, no caso de impossibilidade desta, cabe a tarefa ao Estado, sendo este o objetivo do benefício assistencial.

Quanto ao valor exigido para a concessão do benefício, ou seja, um quarto do salário mínimo é uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que a própria Constituição previu que o trabalhador tem direito a percepção de um salário mínimo, de certo que considera este valor como um mínimo necessário para uma pessoa sobreviver na sociedade. Tendo em vista o requisito ser extremamente restritivo, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232-1, na qual requeria a declaração da inconstitucionalidade do artigo 20, §3º da Lei nº 8.742/93. O STF proclamou a constitucionalidade do dispositivo em julgamento realizado na ADIn nº 1.232-1.

Tendo em vista a não declaração da inconstitucionalidade da norma e a

insuficiência da lei para atender aos reclames sociais, a jurisprudência tem analisado o critério estipulado pela lei de forma mais abrangente para que potenciais beneficiários possam obter o direito ao benefício. Na minha opinião, a melhor interpretação que se faz é a de que o critério adotado pelo legislador é um mínimo objetivo, ou seja, aqueles que se encontrarem abaixo deste parâmetro são tidos como pobres, independente de qualquer outro tipo de comprovação. Já aqueles que possuírem uma renda *per capita* superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, o julgador deverá analisar outros elementos a fim de julgar a possibilidade ou não daquele indivíduo ter o benefício concedido ou não. Segundo Gilson Luiz Inácio, “Estabeleceu-se, portanto, típico caso de presunção absoluta, não retirando, todavia, possibilidade de concessão do benefício assistencial, ainda que referido percentual seja ultrapassado, estando, nesse caso, dependendo de comprovação da necessidade.”¹⁰⁸

Portanto, para proceder o cálculo da renda *per capita* deve-se considerar todos os rendimentos da família, inclusive aqueles provenientes de benefícios previdenciários, doações, trabalho informal para se obter a renda bruta familiar. Após, descontam-se os valores gastos com despesas com alimentos, aluguel, água, energia elétrica, remédios e outras necessidades, tais como fraldas, entre outros gastos. Para o cálculo deve-se verificar se os remédios são obtidos junto ao Posto de Saúde todos os meses ou se são obtidos eventualmente quando houver disponibilidade no posto. Após, descontados estes valores relatados, divide-se o restante pelo número de integrantes da família e se verificado que a renda obtida for inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, o autor terá direito à concessão do benefício, senão deverá o juiz julgar o pedido improcedente.

Ao interpretar os requisitos do benefício de prestação continuada de forma ampla, não há qualquer ingerência por parte do Poder Judiciário na função do legislador. A atividade de interpretação e realização das normas sociais na Constituição implica, necessariamente, um alto grau de criatividade do juiz, o que, por si só não o torna um legislador. Cabe lembrar que a interpretação de todo ordenamento jurídico deve ser à luz da Constituição Federal, uma vez que nela está declarado o

¹⁰⁸ INÁCIO, Gilson Luiz. p. 5-6.

espírito do povo de cada nação. Quando à vontade do legislador declarada nos estatutos estiver em oposição com a do povo declarada na Constituição, é a esta que os juízes devem obedecer, pois a Constituição é a lei suprema de um país. Quando um direito fundamental é restringido demasiadamente por uma lei inferior a Constituição, deve-se buscar a vontade desta a fim de interpretá-lo, pois há uma contradição entre a vontade do legislador e a vontade do povo.

Tendo em vista os altos índices de pobreza que assolam o país, os juízes devem substituir a obediência estrita à norma por jurisprudências inovadoras baseadas num compromisso com as necessidades reais da sociedade brasileira, para que esta grande parte da população possa adquirir a plenitude de sua cidadania. É obrigação do Judiciário atuar com maior eficiência e determinação em áreas como assistência social, educação, saúde, higiene, saneamento e habitação.

Da forma que o benefício assistencial vem sendo tratado atualmente, ele acaba apenas amenizando os sintomas presentes da pobreza, não rompendo com o círculo vicioso da pobreza. O objetivo das políticas assistenciais deve ser inserir o indivíduo na sociedade, garantindo-lhe cidadania e não simplesmente fazer uma caridade. Evidencia-se a importância da renda obtida pelo idoso para a renda familiar, pois a participação dos idosos na renda é bem superior à sua participação na população, tanto pobre como não pobre, o que evidencia a importância do rendimento dos idosos através do mecanismo redistributivo intrafamiliar na redução da incidência de pobreza. Ao conceder um benefício assistencial ou previdenciário a um idoso, pode-se melhorar não só sua renda, mas também as condições de vida de toda a família, dada a sua importância no contexto familiar. Assim, a população beneficiária é maior do que se considerar apenas o titular do benefício.

O benefício de prestação continuada deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, cujos objetivos fundamentais são a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia de desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, além da promoção do bem-estar de todos. O benefício assistencial foi criado com o intuito de beneficiar os miseráveis, buscando conceder-lhes um mínimo de dignidade humana.

Superar a pobreza e a miséria devem ser os objetivos principais do Estado e da sociedade, através de políticas sociais eficazes. Terminei minha monografia com uma frase de Márcio Pochmann e Ricardo Amorim que acredito ser o objetivo primordial do Estado Democrático de Direito, da Sociedade e da Comunidade Jurídica: “Sem essa vitória sobre as condições sub-humanas de vida, nunca seremos uma nação livre e feliz.”¹⁰⁹

¹⁰⁹ POCHMANN, Márcio e AMORIM, Ricardo (organizadores). **Atlas da exclusão social no Brasil**. P. 220.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. In **Contextos: Revista crítica de Derecho Social**. p. 3-55.
2. ABREU, Marina Maciel. O controle social e a mediação da política de assistência social na sociedade brasileira na atualidade. In **Revista Políticas Públicas**. Maranhão: Universidade Federal do Maranhão, v. 6, n. 1, p. 126/145, jan./jun.2002.
3. BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
4. BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo e MENDONÇA, Rosane. A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil. In: Ricardo Henriques (Coord.). **Desigualdade e Pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.
5. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
6. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
7. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.
8. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabril editor, 1993.
9. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais. In **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 11, n. 42, p. 252/257, jan./mar. 2003.
10. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência constitucional portuguesas. In: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio (Coord.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 191-199.

11. COSTA, José Ricardo Caetano. **Da renda mensal vitalícia ao amparo assistencial: alguns questionamentos.** In Revista de Previdência Social, Ano XXII, n. 209, p. 281/283, abril/98.
12. DELPÉREÉ, Francis. O direito à dignidade humana. In: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio (Coord.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho.** São Paulo: Dialética, 1999. p. 151-162.
13. DEMO, Pedro. **Política social, educação e cidadania.** 2 ed. Campinas: Papyrus, 1996.
14. DOMINGOS, Sérgio. **A eficácia dos direitos fundamentais.** In Direito em Ação. Brasília: Universidade Católica de Brasília, v. 1, n. 1, p. 49-73, jun. 2000.
15. FARIA, José Eduardo. O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: José Eduardo Faria (Coord.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994.
16. FIAN-BRASIL. **Informe sobre o Direito à Alimentação no Brasil.** Cuiabá: Visual Gráfica: 2001.
17. FIORANELLI JUNIOR, Adelmo. Desenvolvimento e efetividade dos direitos sociais. In **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** São Paulo, p. 13/35, jun.1994.
18. GOMES, Ana Cláudia Nascimento; MORAIS, Roberta Jardim. De uma visão jurídico-constitucional a uma proposta pragmático-econômica dos direitos sociais: cooperação e cooperativa. In Carmén Lúcia Antunes Rocha (Coord.). **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.
19. GOMES, Ana Lúcia. O benefício de prestação continuada: uma trajetória de retrocessos e limites – construindo possibilidades de avanços? In **Revista de Direito Social.** Sapucaia do Sul, n. 4, 2001, p. 64-87.
20. INÁCIO, Gilson Luiz. Benefício assistencial: o artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93 e a superveniência legislativa. In **Boletim de direito previdenciário,** ano 1, n. 1, p. 04-07, mar. 2004.
21. KRELL, Andréas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos

- básicos. In: **Revista de Informação legislativa**, Brasília, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.
22. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
 23. LEITE, Celso Barroso. **Filantropia e contribuição social**. São Paulo: LTr, 1998.
 24. LEITE, Celso Barroso. Conceito de Seguridade Social. In: Vagner Balera (Coord.). **Curso de Direito Previdenciário**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2002.
 25. MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
 26. MATHIEU, Bertrand. Reflexões sobre o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional. In: Sérgio Resende de Barros e Fernando Aurélio (Coord.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 23-30.
 27. MORAES, Marcelo Estevão de. Seguridade Social e Direitos Humanos. In **Revista da AJURIS- Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Ajuris, v. 30, n. 90., p.215/233.
 28. MORO, Sérgio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social. In **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 143-160.
 29. _____. **Legislação suspeita?: afastamento da presunção de constitucionalidade da lei**. Curitiba: Juruá, 1998.
 30. NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. In **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 219, p. 237-251, jan./mar. 2000.
 31. POCHMANN, Márcio e AMORIM, Ricardo (organizadores). **Atlas da exclusão social no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2003.
 32. POCHMANN, Márcio (organizador). **Desenvolvimento, trabalho e solidariedade: novos caminhos para a inclusão social**. 1 ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo e Cortez, 2002.

33. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito à vida digna. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
34. ROCHA, Sônia. Estimação de linhas de indigência e de pobreza: opções metodológicas no Brasil. In: Ricardo Henriques (Coord.). **Desigualdade e Pobreza no Brasil** Rio de Janeiro: IPEA, 2000.
35. _____. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?**. Rio de Janeiro: FGV, 2003.
36. RUPRECHT, Alfredo J. Direito da Seguridade Social. São Paulo: LTr, 1996.
37. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
38. _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
39. SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
40. SILVA, Maria Ozanira da Silva e. O padrão de proteção social e a reforma das políticas sociais no Brasil. In **Revista Políticas Públicas**. Maranhão: **Universidade Federal do Maranhão**, v. 4, n. 1/2, p. 27-50, jan./dez.2000.
41. SPOSATI, Aldaiza de Oliveira Sposati; BONETTI, Dilsea Adeodata; YASBEK, Maria Carmelita; FALCÃO, Maria do Carmo B. Carvalho. **Assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise**. São Paulo: Cortez, 1995.
42. www.dieese.org.br.