

**FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE
JESUS**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL APLICADO**

Mariene Durães de Sousa Moura

**Lei Orgânica da Assistência Social à luz
dos princípios constitucionais**

São Paulo

2016

Mariene Durães de Sousa Moura

**Lei Orgânica da Assistência Social à luz
dos princípios constitucionais**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
Professor Damásio de Jesus como requisito para
a conclusão do curso de pós-graduação em
Direito Constitucional Aplicado.

Orientador: Professor Mestre Pablo Biondi..

São Paulo

2016

Mariene Durães de Sousa Moura

**Lei Orgânica da Assistência Social à luz
dos princípios constitucionais**

Monografia apresentada com o objetivo de
concluir o curso de pós-graduação em Direito
Constitucional Aplicado da Faculdade
Professor Damásio de Jesus

São Paulo, ____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Professor (nome) (titulação) do Complexo Educacional Damásio de Jesus

Professor (nome) (titulação) do Complexo Educacional Damásio de Jesus

Professor (nome) (titulação) do Complexo Educacional Damásio de Jesus

São Paulo - 2016

DEDICATÓRIA

*Para meu esposo querido que sempre
demonstrou apoio aos meus projetos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida em Cristo Jesus.

Agradeço à minha família, pais Salustiano e Irene, ao meu esposo Davi apoiador de todas as horas e a meus filhos queridos: Pedro e minha filha/nora Lilian e o João.

Agradeço aos professores do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional Aplicado, a meus orientadores Cinthya Nunes e Pablo Biondi e à Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus

Declaração de Isenção de Responsabilidade

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo texto e ideias defendidas no presente trabalho, isentando a Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus, a Coordenação do Curso de Pós-graduação em Constitucional e ao orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo, bem como autorizo a sua Publicação em qualquer tipo de mídia impressa ou não desta Instituição para consulta interna de seus alunos ou pela comunidade externa, resguardado a condição de que se a mesma for citada seja declarada a sua fonte.

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do conteúdo por parte do Orientador, da banca examinadora e da Instituição de Ensino.

São Paulo, novembro de 2016.

Mariene Durães de Sousa Moura

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo apresentar a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) à luz dos princípios e direitos constitucionais. Para tanto, foi observada, inicialmente, a evolução histórica da Seguridade Social no Brasil até os dias atuais, com os princípios e garantias conquistados e trazidos pela atual Constituição da República Federal/1988, especificamente à assistência social e ao seu benefício a que se refere o art. 203, V, da CF, designado Benefício de Prestação Continuada (BPC) pela Lei Orgânica da Assistência Social. Tal benefício é garantido aos deficientes e aos idosos que não possuem condições de arcar com sua própria manutenção ou serem providos pelos familiares. A pesquisa foi permeada pelo método hipotético-dedutivo e desenvolveu-se de modo investigativo, a fim de analisar os critérios objetivos que a Lei impõe e as decisões jurisprudenciais. Foi verificado, através da reflexão de alguns julgados, que a análise feita na via judicial para a concessão ou não do benefício assistencial não se restringe apenas aos critérios objetivos legais de conceito de família, da aferição do parâmetro da miserabilidade e quem é pessoa com deficiência física. Percebeu-se que tais critérios são vistos na esfera judicial sob a interpretação dos preceitos constitucionais relativos à dignidade humana, à solidariedade social e ao mínimo existencial. Viu-se que a lei infraconstitucional ficou muito aquém do esperado para o alcance desses princípios e direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição e que a participação do poder judiciário na concretização dos direitos sociais de segunda geração, típicos do Estado Social, é de grande importância vez que vinculam o Poder Público a realizar prestações positivas em favor dos que assim necessitam. Foi demonstrado que o princípio da dignidade da pessoa humana na dimensão de mínimo existencial é o fundamento último desse dever estatal para inclusão social e vida digna dos desfavorecidos.

Palavras-chave: Direito à assistência social, Lei Orgânica da Assistência Social, Benefício de Prestação Continuada, Direito fundamental social, Direitos fundamentais, Direito Constitucional.

ABSTRACT

The following paper aims to present the Organic Law of Social Assistance taking into account the constitutional principles and rights, in order to do it, it makes necessary to observe also the historical evolution of overall Brazil's Social Security, its principles and rights, conquered thanks to the 1988's Constitution, specifically the benefit around social assistance, mentioned on clause 203, V, known as the continuous instalment, that is ruled by the Organic Law of Social Assistance. This benefit is guaranteed for those that have any disabilities and elderlies that do not have the resources to make a living neither have relatives that are able to provide it. The research was based on a hypothetical-deductive methodology, and follows an investigative approach in order to analyse the criteria imposed by the law and the jurisprudence. After a meticulous and closer look at the existing decision around the topic, it was verified that the analysis that is being made on the courts around the assistance benefit concession it not constrained by the objective legal criteria, like the concept of family, how to gauge people's condition and what kind of disabilities a person have. This paper notes that this criteria were interpreted under the constitutional's precepts relate to the human dignity, social solidarity and the existential minimum. After this notes, it's clear that the infraconstitutional law fell far short of what was expected to, regarding these principles and the fundamental rights established on the Constitution. It's also notable the role the judicial power plays into bringing these second generation social rights, typical of a social state, closer to our reality. This's extremely important, because it also binds and force the government to commit to the cause, and help those that are in need. This paper shows that the human dignity principle allied with the existential minimum is the fundamental base of this public duty aiming the social inclusion and the decent life of disadvantaged.

Keywords: Social Assistance Law, Organic Law of Social Assistance, Continuous Instalment Benefit , Fundamental Social Law, Fundamental Law, Constitutional Law.

SUMÁRIO

Introdução.....	10
Capítulo 1 – A Seguridade Social.....	12
1.1 Origem e breve evolução histórica mundial.....	12
1.2 A seguridade social no Brasil.....	15
Capítulo 2 – Da Assistência Social.....	19
2.1 Histórico da Assistência Social no Brasil.....	19
2.2 Conceito, Objetivos e Princípios da Assistência Social.....	22
Capítulo 3 – Princípios e Fundamentos Constitucionais do Direito Social.....	28
Capítulo 4 – Benefício de Prestação Continuada – BPC.....	36
4.1 Mudanças legislativa do Benefício Assistencial Mensal.....	36
4.2 Delimitação do benefício assistencial.....	41
4.3 Conceito de Pessoa portadora de deficiência para fins assistenciais.....	47
4.4 Pessoa Idosa.....	60
4.5 Requisitos.....	61
4.6 Qual a definição de família deve ser considerada para fins do recebimento do benefício assistencial.....	63
4.7 Estado de miserabilidade – como aferir?.....	66
Capítulo 5 – Análise dos Critérios/Requisitos usados nos julgados para concessão ou não do benefício (interpretação jurisprudencial).....	73
Conclusão.....	87

INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho será o de apresentar a Lei nº 8.742, de 07/12/1993, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (e suas posteriores alterações) que regulamentou o art. 203, inciso V, da Constituição Federal, bem como a atuação do poder judiciário como instrumento de tutela dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais.

Buscar-se-á retirar dessa reflexão respostas às seguintes perguntas: (i) Por que cada vez mais pessoas socorrem-se do poder judiciário para garantir seu direito à assistência social indeferido na esfera administrativa? (ii) Quais os parâmetros usados no poder judiciário para aferição deste Benefício de Prestação Continuada? (iii) O benefício assistencial já concedido a um idoso da família, pode ser computado para fins do cálculo da renda familiar per capita? (iv) Quem é a pessoa com deficiência? e Até que ponto sua deficiência poderá ser considerada para obtenção do benefício? (v) É possível avaliar a situação de miserabilidade apenas com o mero cálculo aritmético, como disposto na Lei? (vi) Qual é o conceito de “família” para aferição da renda?

Essas e outras perguntas serão respondidas mediante a análise de vários julgados com a finalidade de demonstrar se a atuação do poder judiciário no campo dos direitos sociais para resolução das lides tem-se mostrado eficiente na concretude dos direitos e garantias estabelecidas na Constituição Federal para a Seguridade Social.

Para tanto, iniciar-se-á no capítulo 1 com a origem da Seguridade Social e sua evolução história no mundo, bem como no Brasil.

A história da Assistência Social como um dos braços da Seguridade Social aqui no Brasil, com seu conceito, seus objetivos e princípios serão vistos no capítulo 2.

No capítulo 3 serão destacados os princípio e fundamentos Constitucionais do Direito Social, vistos como direitos fundamentais de segunda dimensão. Assim como a evolução desses direitos e o desenvolvimento do estado democrático de direito e da justiça social.

Dentro dessa perspectiva, o Benefício de Prestação Continuada – BPC ganhará enfoque no capítulo 4, com as alterações legislativas, sua delimitação e conceitos de pessoa portadora de deficiência e pessoa idosa, bem como definição de família e a análise do estado de miserabilidade (renda *per capita*).

Por fim, o capítulo 5 apresentará, por meio de recentes julgados, uma reflexão sobre a atuação do poder judiciário diante da necessidade de proteção social àqueles que são desprovidos, inclusive dos meios físicos, de garantir o próprio sustento, por causa de idade avançada ou de deficiência. Será destacado o cuidado que deve ter o intérprete/aplicador (Poder Judiciário) quando busca dar eficácia concreta a dispositivo constitucional sem extrapolar os limites da lei. Será possível?

Assim, o presente trabalho pretende perceber nos julgados, além dos critérios objetivos, a possível flexibilização desses, mediante os preceitos relativos à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza e à assistência aos desamparados.

Capítulo 1 – A SEGURIDADE SOCIAL

1.1 Origem e breve evolução histórica mundial

No início, a proteção social dava-se por meio da caridade, conduzida pela Igreja que assistia aos mais carentes da sociedade.

Na maior parte dos países ocidentais vigorava o chamado “Estado Absoluto” em que o soberano detinha o poder e o usava a seu “*bel prazer*”.

Segundo Comparato¹, foi justamente “*contra os abusos dessa reconcentração do poder que surgiram as primeiras manifestações de rebeldia: na península ibérica com a Declaração das Cortes de Leão de 1188 e, sobretudo, na Inglaterra com a Magna Carta de 1215.*”

Maquiavel, em sua obra “O Príncipe” (1512), retratou os artifícios usados pelo soberano para manter-se no poder, seja pelo uso das leis, seja pelo uso da força.

Outro autor que retratou esse Estado Absoluto foi Hobbes em sua obra “*O Leviatã*” (1.651). Nela, o Estado personificado na figura do soberano, detinha a incumbência de legislar, contudo não se submetia às próprias leis. Só prestava constas a Deus, o único ser capaz de detê-lo. A imagem veiculada para todos era de que essa autoridade detinha a força e o poder para organizar a sociedade com o objetivo de alcançar a paz.

John Locke criticou o Estado Absolutista em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo” (1.690), na qual justificava que os indivíduos deveriam ser respeitados em sua individualidade, em sua vontade ou mesmo em sua propriedade. Que o próprio soberano deveria se submeter às leis previamente aprovadas pela sociedade.

¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

Assim, o Estado Absoluto foi perdendo espaço para o Estado Liberal.

De forma concreta, a origem da proteção social pelo Estado iniciou-se no século XVII, na Inglaterra, com a edição da famosa Lei dos Pobres, em 1.601 - *Poor Relief Act* (Lei de Amparo aos Pobres), que instituía a contribuição obrigatória para fins sociais. Essa lei reconheceu que cabia ao Estado amparar os comprovadamente necessitados.

No século XVIII, com a Revolução Industrial, o surgimento da proteção social se tornou mais necessária, em virtude das inúmeras ocorrências de acidentes de trabalho, da vulnerabilidade da mão de obra infantil, do alcoolismo, dentre outros fatores.

O Estado Social de Direito surgiu de alguns marcos históricos destacados pela doutrina, quais são: organização da classe operária visando melhores condições de trabalho; o Manifesto Comunista (1848) de Karl Marx que conclama trabalhadores de todo o mundo para que ocupem o poder; a Encíclica *Rerum Novarum* (1891) do Papa Leão XIII que apoia os direitos trabalhistas, além da eclosão da Primeira Guerra Mundial.

O primeiro modelo de proteção social inspirado pelo princípio da solidariedade foi conhecido como modelo laborista ou **Bismarckiano**, apareceu na Alemanha.

Otto Von Bismarck introduziu uma série de seguros sociais, impulsionado pela necessidade de amparar os trabalhadores contra os efeitos nocivos da Revolução Industrial. O primeiro seguro instituído foi o de seguro-doença, custeado por contribuições dos empregados, empregadores e do Estado. Na concepção *bismarckiana*, o seguro social se estendeu pela Europa até meados do século XX.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial, houve grande número de órfãos, viúvas e feridos, além de grandes problemas econômicos para os países Europeus afetando os sistemas de seguro social até então existentes.

As primeiras constituições a positivar os Direitos Sociais foram a Constituição do México (1917) e a Constituição Alemã de *Weimar* (1919).

Em 1919 surgiu o Tratado de Versalhes, com o compromisso de implantação de um regime universal de justiça social. Através da fundação do **Bureau**

Internacional Du Travail (BIT) – Repartição Internacional do Trabalho – com a realização de diversas conferências que exerceram grande influência na expansão da previdência social pelo mundo.

Nos Estados Unidos, foi aprovado o *Social Security Act*, de 1935, para ajudar os idosos e estimular o consumo, instituindo também o auxílio-desemprego para trabalhadores temporariamente desempregados.

O Plano Beveridge, de 1941, da Inglaterra, também veio propor um programa contra certas contingências sociais, como a indigência.

A Segunda Guerra Mundial também causou grande impacto e transformações no conceito de proteção social. Em 1944 foi realizada a Conferência da OIT, da qual resultou a Declaração de Filadélfia, que adotou orientação para que se estendesse a proteção a todos os trabalhadores e suas famílias, abrangendo rurais e autônomos. Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) previu a necessidade de um sistema de seguridade social como direito fundamental da pessoa humana.

Destaca-se ainda a 35ª Conferência Internacional do Trabalho, da OIT, em 1952, que estabeleceu uma “*Norma Mínima em Matéria de Seguridade Social*”.²

Segundo IBRAHIM ³(2014, p.3), o conceito de Estado mínimo do início da assistência pública foi sendo substituído por um Estado mais intervencionista, ou seja, aquele *Estado de tamanho certo*, que, além de atender às necessidades elementares, visa atender a outras demandas da sociedade, em especial na área social, para propiciar a igualdade de oportunidades para todos.

Daí surgiu o conceito de Estado do Bem-Estar Social com ideais de proporcionar ações no campo previdenciário, na área da saúde e no atendimento a pessoas carentes.

² SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** – coord. Pedro Lenza. – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário- 19. ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

1.2 A seguridade social no Brasil

No Brasil, a evolução da proteção social seguiu a mesma lógica do plano internacional, visto que a primeira instituição assistencial brasileira foi a Santa Casa de Misericórdia de Santos, réplica portuguesa, fundada em 1543 por Brás Cubas, na Capitania de São Vicente. Entidade não governamental, dirigida por grupo religioso, com perspectiva caritativa (caridade).

Wagner Balera⁴ menciona que a assistência social nasceu da ajuda mútua, inicialmente e depois veio a ter a participação do Estado. No primeiro caso, eram conjugados por alguma afinidade profissional, religiosa ou mesmo geográfica, enquanto no segundo, denominados *Socorros Mútuos* pela Constituição Imperial de 1824, desenvolveu-se até o final do século XXI.

A primeira constituição a conter a expressão *aposentadoria* foi a de 1891, e era somente para os funcionários públicos e só para os casos de invalidez no serviço da Nação. Não havia fonte de contribuição para o custeio; o benefício era realmente dado.

A Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo nº 4.682, de 24/01/1923) é, segundo IBRAHIM⁵, em termos de legislação nacional, o marco inicial da previdência social brasileira, a qual determinava a criação das caixas de Aposentadorias e Pensões para os ferroviários (CAP's) por empresa.

A partir de 1930, o sistema previdenciário no Brasil passou a abranger as categorias profissionais, os IAP's – Instituto de Aposentadorias e Pensões para cada categoria profissional que passava a ter seu próprio fundo.

Ainda, segundo o mesmo autor, a primeira constituição a estabelecer em seu texto constitucional a forma tripartite de custeio foi a Constituição de 1934 (contribuição dos trabalhadores, dos empregadores e do Poder Público).

⁴ BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2 Ed. revista e ampliada. São Paulo: Quartier Latin. 2010.

⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**- 19. ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2014.p. 55.

A Constituição de 1937 foi a mais sintética em matéria previdenciária, já a Constituição de 1946, em seu texto, utilizou a expressão “previdência social”, seguindo a linha prevista pelo Estado do Bem-Estar Social.

Inicia-se a sistematização constitucional da matéria previdenciária e muitos decretos regulamentadores trouxeram uniformização e unificação das políticas legislativas sobre a previdência social: a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) nº 3.807/60, a Emenda Constitucional nº 11/65 que definiu o princípio da precedência da fonte de custeio, a Lei 5.890/73 que alterou o texto da Lei 3.807 (LOPS), a Lei nº 6.025/74 que cria o Ministério da Previdência e Assistência Social, a Lei nº 6.179/74 que criou o amparo previdenciário para os maiores de 70 anos ou inválidos, no valor de meio salário mínimo. Este benefício era devido a quem tivesse contribuído algum tempo para a Previdência Social ou exercido, mesmo sem contribuir, atividade vinculada à Previdência.

A Lei nº 6.439/77 instituiu o SINPAS (Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social). Esse sistema era dividido em vários institutos.

Contudo, foi na Constituição de 1988 que se viu a obrigação do Estado neste ideal de Seguridade Social, destacando um capítulo só para referida matéria (arts. 194 a 204). Nele a Seguridade Social é tratada como gênero, da qual são espécies a (i) Previdência Social, (ii) a Saúde e a (iii) Assistência Social e as contribuições passaram a custear as ações do Estado nestas três áreas.

Essas áreas são classificadas pela Constituição, na esfera dos direitos sociais, sendo também enquadradas como direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, por sua natureza coletiva.

Essa rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, visa “estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna”.⁶

A Lei nº 8.029/90, mediante a fusão do IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência Social) com o INPS (Instituto de Previdência

⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**- 19. ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 4.

Social), criou o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

A Lei nº 8.080, de 19/09/90, versa sobre a Saúde.

Em 24/07/91, criou-se duas leis básicas da seguridade social, a Lei nº 8.212/91 (dispõe sobre o custeio) e a Lei nº 8.213/91 (sobre os planos de benefícios) e a regulamentação veio pelo Decreto nº 3.048/98.

A Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS (Lei nº8.742/93) versa sobre a organização da assistência social. O decreto nº 6.214/07 regulamentou o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso.

Pela evolução histórica da Seguridade Social, vê-se que a noção do seguro social (baseada no risco social para o qual só tinham proteção aqueles que contribuíssem para o custeio) foi transformada, pois, na seguridade social não há a noção de risco, mas, sim de necessidade social, porque os benefícios não têm natureza de indenização; podem ser voluntários, não são necessariamente proporcionais à cotização, e destinam-se a prover os mínimos vitais.

Nos dizeres de *Marisa Ferreira dos Santos*⁷:

*deseja a Constituição que **todos** estejam protegidos, de alguma forma, dentro da seguridade social. E a proteção adequada se fixa em razão do custeio e da necessidade. Assim, se o necessitado for segurado da previdência social, a proteção social será dada pela concessão do benefício previdenciário correspondente à contingência-necessidade que o atingiu. Caso o necessitado não seja segurado de nenhum dos regimes previdenciários disponíveis, e preencha os requisitos legais, terá direito à assistência social. E ainda, todos, ricos ou pobres, segurados da previdência ou não, têm o mesmo direito à saúde (art. 196).*

Em suma, (i) a previdência social é de filiação compulsória para os regimes básicos – RGPS (Regime Geral da Previdência Social) e RPPS (Regime Próprio Previdência Social), que são regimes coletivos, de caráter contributivo e de organização estatal, que ampara seus beneficiários contra os chamados riscos sociais. É necessário

⁷ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** – coord. Pedro Lenza. – 4 ed. – São Paulo Saraiva, 2014. p.35.

contribuir para o custeio para ter direito subjetivo à proteção da previdência social. Nessa parte a seguridade social é semelhante ao antigo seguro social.

Já (ii) a saúde é dever do Estado e um direito de todos, ricos ou pobres, segurados da previdência ou não, têm o mesmo direito à saúde, conforme art. 196 da CF/88. É uma política de proteção universal e igualitário. É o Sistema Único de Saúde (SUS) o responsável por seu gerenciamento.

E (iii) a assistência social está prevista no artigo 203 da CRFB/88 e destinada a quem dela necessitar (o hipossuficiente), ou seja, àquele que se encontra impedido de integrar o mercado de trabalho e, por conta disso, não apresenta condições mínimas para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por seus familiares (situações atuais de necessidade/indigência). É a União, por meio do Conselho Nacional de Assistência Social que a gerencia. Assim como a saúde, independe de contribuição. O requisito para o auxílio assistencial é a necessidade do assistido e é isso que vai diferenciar o sistema previdência do sistema assistência.

Após esta apresentação histórica da evolução do Estado até chegar ao Estado Democrático de Direito que se preocupa com o bem estar social da população, passar-se-á para a proteção assistencial desenhada na Constituição de 1988.

Capítulo 2 –DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

2.1 Histórico da Assistência Social no Brasil

Percebe-se que a construção do direito da Assistência Social é recente na história do Brasil, visto que a questão social esteve muitas vezes ausente das formulações de política do país. A Constituição de 88, conhecida como Constituição Cidadã, foi realmente o grande marco para concretização/consolidação desse direito, colocando a assistência social no mesmo nível da saúde e previdência social (formando o tripé da seguridade social que ainda se encontra em construção no país).

A assistência social brasileira está positivada nos artigos 6º, 194 e 203 da Constituição da República, que assim versam:

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

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

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

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

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

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

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

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

Em 1993 temos a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), nº 8.742, que veio dar efetividade ao já conceituado na Constituição, proporcionando eficácia plena para organização da assistência social, que é um direito, e este exige definição de leis, normas e critérios objetivos.

Só que, antes de chegar-se até o presente momento, a Assistência Social brasileira nasceu da concepção de proteção colocada como caridade, ajuda, favor (benemerência/filantropia). Inexistia um direito à assistência social, ela era restrita ao âmbito privado de cada necessitado, não havia responsabilidade social do Estado. Como já dito, a Igreja Católica no Brasil era a principal responsável pelas atividades assistenciais.

A partir da década de 30, o Estado começa a subsidiar algumas práticas de benemerência através de auxílio-subvenções sociais. Em 1935, o presidente Getúlio Vargas permitiu o repasse de recursos do Estado para algumas organizações, inclusive as de assistência social, como de utilidade pública por meio da Lei nº 91.

O Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS), criado em 1938, Decreto-Lei n. 527 de 1º.07.1938 propiciou a participação conjunta do governo e da sociedade civil na viabilização de políticas assistenciais.

Em 1942 é criada a LBA – Legião Brasileira de Assistência, regida pela Lei nº 6.439/77, órgão governamental, dirigido pela primeira dama *Darci Vargas*, com o objetivo de organizar voluntários e prestar assistência social aos idosos, inválidos e crianças carentes.

Observa-se que, com o decorrer do tempo, há uma transformação gradativa da atuação estatal no campo assistencial, caminhando-se da execução

subsidiária até a execução direta. Foi a Constituição de 1988 que conferiu à assistência social seus específicos contornos e relevância, consagrando-a como um direito fundamental social.

O professor *Evaldo Vieira*⁸, ao discorrer sobre esse período anterior à promulgação da Constituição de 1988, produz o seguinte comentário sobre a assistência pública brasileira:

(...) a política social brasileira compõe-se e recompõe-se, conservando em sua execução o caráter fragmentado, setorial e emergencial, sempre sustentada pela imperiosa necessidade de dar legitimidade aos governos que buscam bases sociais para manter-se e aceitam seletivamente as reivindicações e até as pressões da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe relevância à assistência social na medida em que deixou a simples conotação de instrumento de caridade, constituindo-se medida de efetivação dos direitos sociais. Muda-se o paradigma, passa-se do mero assistencialismo para a assistência social como direito do cidadão. A política de proteção social que integra o sistema de seguridade social traz em seu bojo a busca pelo bem-estar e a justiça social, com a efetivação dos direitos sociais por meio de serviços prestados em favor daqueles que sem tal assistência não conseguiriam acesso a eles.

Percebe-se que existe estreita ligação entre os direitos fundamentais e o princípio do Estado Social consagrado pela Carta Magna.

Lançando mão da doutrina de *Daniel Machado da Rocha*⁹ temos que:

O sistema de seguridade social, em seu conjunto, visa a garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de toda sua existência, tendo por fundamento a solidariedade humana. A seguridade social é, em última análise, um instrumento através do qual se pretendem alcançar os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolados no art. 3º da Constituição, quais sejam: “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos.

Com isso, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), organizado pela equipe da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), com objetivo de facilitar a consulta às leis que atualmente regulamentam o direito da

⁸ <http://www.revistas.usp.br/comueduc/article/view/36299/39019> acessado em 24/09/2016, às 00:29hs. Políticas sociais e direitos sociais no Brasil mudam ao sabor e ao ritmo das mudanças constitucionais, prática política subordinada às classes dirigentes, regidas pelos interesses externos. Autor: Evaldo Amaro Vieira – professor Titular Doutor em Sociologia da Educação e Ciências da Educação, da Faculdade de Educação da USP.

⁹ ROCHA, Daniel Machado da Rocha, **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, 2012, p.18.

assistência no Brasil, editou uma publicação chamada de “*LOAS Anotada*”. Nessa publicação há o destaque para o arcabouço legal que vem sendo desenvolvido desde 2003, a partir da definição do governo de estabelecer uma rede de proteção e promoção social, de modo a cumprir as determinações legais.

2.2 Conceito, Objetivos e Princípios da Assistência Social

Como uma das espécies do Direito da Seguridade Social, a **Assistência Social** é 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. Segundo *IBRAHIM*¹⁰:

O segmento assistencial da seguridade tem como propósito nuclear preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta, como se verá, não é extensível a todo e qualquer indivíduo,....

Muitas pessoas não exercem atividades remuneradas, daí serem desprovidas de qualquer condição de custear a proteção previdenciária. Ao Estado, portanto, urge manter segmento assistencial direcionado a elas. Não compete à previdência social a manutenção de pessoas carentes; por isso, a assistência social é definida como atividade complementar ao seguro social.

A definição constante no art. 1º da LOAS é:

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

Como direito fundamental de 2ª geração, a assistência social intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, reivindicando uma justiça social.

Os objetivos estão elencados no art. 2º:

¹⁰ **IBRAHIM**, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário- 19. ed. - Rio de Janeiro: Impetus, 2014.p. 13.

Art. 2º A assistência social tem por objetivos: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

I - a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, especialmente: (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

II - a vigilância socioassistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidades, de ameaças, de vitimizações e danos; (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

III - a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Parágrafo único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

São princípios da Assistência Social (art. 4º da LOAS):

a) *Supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica. Verifica-se que o que importa na assistência social é o atendimento às necessidades sociais;*

b) *Universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;*

c) *Respeito à dignidade do cidadão, a sua autonomia e a seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à conveniência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;*

d) *Igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;*

e) *Divulgação ampla de benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão (art. 4º da Lei nº 8.742).*

Os princípios acima elencados são aplicados em conjunto com os princípios da universalidade, contemplado no art. 194, I, c/c art. 203, caput, da Constituição, e da não-contributividade ou gratuidade, extraído do caput do art. 203 da Carta Magna.

Algumas características da relação assistencial pública geral.

A primeira é seu **caráter subsidiário**.

Nas palavras de *Marques*¹¹, nunca se poderá perder de vista o caráter subsidiário dos mecanismos de proteção, sob pena de malferir todo o sistema protetivo, Isto por que, esta regra basilar de estruturação social (denominada “princípio da subsidiariedade”) se constitui justamente para proteger a autonomia individual ou coletiva contra toda intervenção pública injustificada ou demasiada, ressaltando a necessidade de coabitação entre os diversos mecanismos de proteção e não a hipertrofia de qualquer um deles (ainda que de maior extensão).

Seguindo o pensamento do autor, o viés subsidiário do sistema assistencial *público* vem expressamente apontado pelo legislador constituinte ao dispor que “a assistência social será prestada *a quem dela necessitar*” (art. 203 da CF) e não a todos incondicionalmente.

Assim também, reforça ao estabelecer que o benefício assistencial de prestação continuada só será devido àqueles “que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou *de tê-la provida por sua família*”(art. 203, inciso V, da CF).

Outra característica é **a obrigatoriedade**.

Como bem observa *Marques*¹²:que o papel da Constituição Federal Cidadã (1988) fez mudar este “*paradigma de mero instrumento de caridade/ajuda, favor (benemerência/filantropia) para obrigação legal, jungida a direito constitucional constitutivo da cidadania (direito social). Passa-se da assistência social como prática filantrópica e de benemerência para a política de proteção social, integrando o sistema de seguridade social.*”

Este dever de obrigatoriedade só é imposto ao Estado quando houver requerimento do interessado. Deve-se respeitar a “autonomia” do necessitado em

¹¹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social** – SãoPaulo: LTr, 2009. p. 28.

¹² MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social** – SãoPaulo: LTr, 2009. p. 131.

postular ou não o benefício, conforme preceitua a Lei n. 8.742/93 em seu art. 4º, inciso III¹³. Dessa forma, não se pode admitir deferimento de ofício, nem tampouco a pedido de terceiro (a menos que esteja na condição de representante daquele).

Outra característica é que a prestação assistencial, **de acordo com o local de sua prestação**, pode ser domiciliar ou em estabelecimentos; e de acordo com quem presta, pode ser central, de comunidades, autônomas, municipais ou estaduais.

A última característica desta relação é seu **conteúdo publicista**. A natureza pública deste tipo de assistência prestada pelo Estado deriva tanto do caráter público das pessoas jurídicas que a prestam como também da natureza publicista da relação jurídico-assistencial¹⁴.

Ainda, todas as ações governamentais na área da Assistência Social serão organizadas com base nas seguintes diretrizes:

- a) Descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera de governo. As normas gerais são determinadas pela legislação federal. A coordenação e a execução dos respectivos programas incumbirão tanto aos Estados como aos Municípios, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
- b) Participação da população, por meio de organizações representativas, inclusive dos sindicatos, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (art. 204, I e II, da Lei Maior).
- c) Primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera do governo.

Como diretrizes de organização da assistência social, a Constituição Federal estabeleceu a descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos

¹³ 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

(...)

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

¹⁴ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social** – São Paulo: LTr, 2009.p. 44

programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social.¹⁵

Esta organização foi disposta na LOAS sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social – SUAS, que é o meio de assegurar a efetivação dos dispositivos constitucionais de garantia do direito à assistência social. Entretanto, em razão dos objetivos do presente estudo, não adentraremos nessa esfera organizacional.

De acordo com o art. 204 da Constituição, **o custeio da Assistência Social** será realizado com recursos do orçamento da Seguridade Social, como um encargo de toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195. Uma outra forma indireta de custeio da assistência social é a isenção de impostos, taxas e contribuições para entidades filantrópicas que prestam a assistência social aos necessitados.

O Decreto nº 7.788/2012, regulamenta o Fundo Nacional de Assistência Social, instituído pela Lei nº 8.742/93, com o objetivo de proporcionar recursos para cofinanciar gestão, serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social (art. 1º do Decreto).

O que se entende por **serviços assistenciais** são atividades continuadas que visem a melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos na Lei nº 8.742/93.

São criados **programas de amparo**: (a) às crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social, em cumprimento ao disposto no art. 227 da Constituição e; (b) às pessoas que vivem em situação de rua.

É também concedida assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas (art. 7º, XXV, da Constituição).

Os serviços podem ser divididos em duas espécies: “serviço social” e “habilitação e reabilitação profissional”.

¹⁵ Publicações da Escola da AGU: **LOAS - Comentários à Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993** - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VII, n. 36. (jan./fev. 2015).

Além dos serviços socioassistenciais, programas de assistência social, projetos de enfrentamento da pobreza, há o benefício designado por **Benefício de Prestação Continuada (BPC)** o qual será apresentado no capítulo 4 com suas alterações legislativas ocorridas por conta, inicialmente, da jurisprudência.

A seguir, será visto os princípios e fundamentos que embasam este instituto.

Capítulo 3— PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO SOCIAL

Vivemos num Estado Democrático de Direito, numa República Federativa que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e como objetivos fundamentais erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Para que esses objetivos sejam alcançados é preciso a implementação de políticas públicas eficazes.

Luis Roberto Barroso¹⁶ bem observa que:

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui, assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia de bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o Direito, como justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**, 2008. p. 10.

A dimensão mais nuclear do princípio da dignidade humana se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo.¹⁷

*Essa máxima, de corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. Assim, se determinada política representa a concretização de importante meta coletiva (como a garantia da segurança pública ou da saúde pública, por exemplo), mas implica a violação da dignidade humana de uma só pessoa, tal política deve ser preterida, como há muito reconhecem os publicistas comprometidos com o Estado de direito.*¹⁸

Já, nos dizeres de *Comparato*, **os direitos humanos ou direitos do homem** é algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos.

Pergunta-se: qual a posição dos direitos humanos no Sistema Normativo? Como reconhecer a vigência efetiva desses direitos no meio social, ou seja, o seu caráter de obrigatoriedade?

Segundo *Comparato*¹⁹:

é aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica germânica, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Esses últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais. Segundo outra terminologia, fala-se em direitos fundamentais típicos e atípicos, sendo estes os direitos humanos ainda não declarados em textos normativos.

Segundo o pensamento desse autor, “no século XVIII, toda a “primeira geração” de direitos humanos, nos documentos normativos produzidos pelos Estados Unidos recém-independentes, ou pela Revolução Francesa, foi composta de direitos que protegem as liberdades civis e políticas dos cidadãos, contra a prepotência dos órgãos estatais.”

¹⁷ sobre o tema, v. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 95.

¹⁸ Ibid., p. 95.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71; 78; 351-352.

Nas palavras de Wagner Balera²⁰, “o *ideário da solidariedade nasce na comunidade familiar, se estende para a classe trabalhadora, para as sociedades de ajuda mútua, até atingir o seguro social, modelo de proteção social, engendrado por BISMARCK, modelo de proteção social criado por WILLIAN BEVERIDGE, e, o modelo acabado da seguridade social. A solidariedade nada mais é que a expressão da fraternidade que figurou no ideário da Revolução Francesa.*”

Tem-se que “*solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de **justiça distributiva**, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana.*”²¹

Com base no princípio da solidariedade, passaram a ser reconhecidos como direitos humanos os chamados **direitos sociais**, que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente (Comparato, p.78)²².

Ainda, referido autor destaca o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e mostra que os direitos econômicos, sociais ou culturais:

...surgiram, historicamente, como criações do movimento socialista, que sempre colocou no pináculo da hierarquia de valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, no acesso a condições de vida digna; o que supõe a constante e programada interferência do Poder Público na esfera privada, para a progressiva eliminação das desigualdades sociais.

Por isso mesmo, os direitos econômicos, sociais e culturais obedecem, primordialmente, ao princípio da solidariedade (ou fraternidade, no

²⁰ BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. 2. Ed., revista e ampliada. São Paulo: Quartier Latin. 2010.p.51.

²¹ FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso**: doutrina, jurisprudência e legislação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. xvi, 346 p.. p.3.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 78.

tríptico da Revolução Francesa), a qual impõe, segundo os ditames da justiça distributiva ou proporcional, a repartição das vantagens ou encargos sociais em função das carências de cada grupo ou estrato da sociedade.”(Comparato, p. 351-352).²³

De acordo com o critério adotado, os direitos fundamentais são objeto de diversas classificações doutrinárias, ou, *“como prefere a doutrina mais atual, “dimensões” dos direitos fundamentais, por entender que uma nova “dimensão” não abandonaria as conquistas da “dimensão” anterior e, assim, esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária.”*²⁴

Há um processo de formação de três gerações sucessivas, mas Bonavides alerta ser tal processo de cunho **“cumulativo e qualitativo”**.

Ressalta Lenza²⁵ que, em um primeiro momento, partindo dos lemas da Revolução Francesa – **liberdade, igualdade e fraternidade**, anunciavam-se os direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão e que iriam evoluir segundo a doutrina para uma 4ª e 5ª dimensão. Assim, temos que, sob a perspectiva histórica, amplamente aceita no Brasil, a primeira geração/dimensão refere-se às liberdades individuais.

Ainda nas palavras de Lenza, os direitos humanos dessa dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absenteísmo estatal, ou seja, cria-se obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.

Conforme anota Ingo Sarlet²⁶, a doutrina reconhece também certo conteúdo social no constitucionalismo francês.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 351-352.

²⁴ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1142.

²⁵ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1142.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Alguns documentos históricos são marcantes para a configuração e emergência do que os autores chamam de direitos humanos de **1ª geração - liberdade** (séculos XVII, XVIII e XIX), destacando-se: (a) Magna Carta de 1.215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; (b) Paz de Westfália (1648); (c) *Habeas Corpus Act* (1679); (d) *Billof Rights* (1688); (e) Declarações, seja a americana (1776), seja a francesa (1789).²⁷

Os direitos fundamentais da **2ª geração (igualdade)**, por outro lado, intentam estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante ação corretiva do Estado. Cuida-se dos **direitos sociais**, haja vista que se ligam a reivindicações de **justiça social**. Estes direitos não correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado; mas sim, **o obrigam a prestações positivas**. É um Estado Liberal. O fato histórico que inspirou e impulsionou esta 2ª geração foi a Revolução Industrial europeia, a partir do séc. XIX.

Para Lenza²⁸:

Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos ou de coletividade, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material, e não meramente formal), mostra-se marcante em alguns documentos, destacando-se: (a) Constituição do México, de 1917; (b) Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, conhecida como a Constituição da primeira república alemã; (c) Tratado de Versalhes, 1919 (OIT); (d) no Brasil, a Constituição de 1934 (lembrando que nos textos anteriores também havia alguma previsão).

Bonavides (abud Lenza) observa que essas Constituições “passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”(aquilo que hoje se fala em “reserva do possível”, acrescente-se).”

Adiante, tem-se os chamados direitos de **3ª geração (fraternidade)** que se caracterizam pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.

²⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.p. 1142.

²⁸ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.p. 1143.

São direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo, pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade.

Diz ainda Lenza²⁹ que, “segundo Bonavides, a teoria de Karel Vlasak identificou, em rol exemplificativo, os seguintes direitos de 3ª dimensão: (a) direito ao desenvolvimento; (b) direito à paz (lembrando que Bonavides classifica, atualmente, o direito à paz como da 5ª dimensão); (c) direito ao meio ambiente; (d) direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; (e) direito de comunicação.”

Os direitos da **4ª geração (democracia)** são destacados por Lenza (2015, p. 1144, 1145) como aquele decorrente da **globalização dos direitos fundamentais**, o que significa universalizá-los no campo institucional. Citando Bonavides que afirma que “a globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta dimensão, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social”.

Por fim, conforme já dito, o direito à paz foi classificado por Karel Vasak como de 3ª dimensão, contudo, para Bonavides, este direito deve ser tratado em dimensão autônoma (5ª dimensão).

Segundo Linhares:³⁰

O Direito Constitucional de Terceira Geração” é, nas palavras do mestre Paulo Bonavides, professor insigne da democracia participativa, um Direito Constitucional de luta, libertador dos povos da periferia, “[...]desafio e oposição às infiltrações letais da diátese globalizadora que mina o organismo das sociedades do Terceiro Mundo [...], um ousado e necessário passo adiante em relação às conquistas do Estado Social.

De acordo com os comentários à Lei Orgânica da Assistência social publicado pela Escola da Advocacia-Geral da União³¹, (apud MENDES, Gilmar

²⁹ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.p. 1144 e 1145.

³⁰ LINHARES, Emanuel Andrade. Organização. Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides. Parte 1. **Paulo Bonavides e o Direito Constitucional de Terceira Geração: a democracia participativa como elemento de repolitização da legitimidade do modelo constitucional brasileiro**. 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.

³¹ Publicações da Escola da AGU: LOAS - **Comentários à Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993** - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VII, n. 36. (jan./fev. 2015).

Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 255.), tem-se que: “com a perspectiva funcional dos direitos fundamentais, Georg Jellinek, em clássica e ainda atual classificação, desenvolveu a teoria dos quatro estados em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado, a saber:

- (a) status subjectionis ou status passivo – o indivíduo está em posição de subordinação ao Estado, oportunidade em que é detentor de deveres para com os Poderes Públicos;*
- (b) status negativo – o reconhecimento da personalidade dos indivíduos impõe ao Estado observância de um espaço de liberdade individual livre de ingerências. Assim, os indivíduos gozam de certa liberdade de ação desvencilhada do império estatal;*
- (c) status civitatis – em outras ocasiões, os indivíduos podem exigir do Estado atuação positiva, a realização de determinada prestação. Nesse caso, o indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor;*
- (d) status ativo – nesta última situação, o indivíduo possui competência para influir na formação da vontade do Estado; ou seja, exerce direitos políticos.*

A clássica sistematização desenvolvida por Georg Jellinek, no final do século XIX, é relevante; pois, a partir dela, foram desenvolvidas as classificações mais modernas dos direitos fundamentais, segundo as funções destes direitos. Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos de defesa e em direitos a prestações.

Os direitos de defesa caracterizam-se por determinar ao Estado um dever de abstenção, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo.

Os direitos de prestações exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades. Referem-se a prestações positivas do Poder Público em relação aos indivíduos, que são sujeitos ativos de relações obrigacionais de fazer ou de dar em face do estado. Característica marcante destes direitos é a necessidade de conformação legislativa para garantia de eficácia plena.³²

³² Publicações da Escola da AGU: LOAS - **Comentários à Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993** - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VII, n. 36. (jan./fev. 2015).

Pode-se citar como um exemplo de direitos a prestações estatais a exigência do Poder Legislativo na adoção de medidas tendentes a viabilizar e garantir a cobertura total ao direito à assistência social, nos termos estatuídos pela Constituição, levando-se em conta a limitação orçamentária existente.

Pensar no direito de defesa decorrente à assistência social, seria a proibição do Estado de adotar medidas legislativas que impeçam a implementação de direitos à prestação conclamados pelo constituinte, como por exemplo o Benefício de Prestação Continuada.

Segue-se que a evolução da Assistência Social, como participante viva do sistema de Seguridade Social é por excelência constitucional e, a partir desse ideário, para dar-se concretude constitucional, foi aprovada a Lei nº 8.472/93, a LOAS –Lei Orgânica da Assistência Social, lei esta que é um marco dentro da Assistência Social.

No próximo capítulo, discorrer-se-á sobre referida lei e o denominado Benefício de Prestação Continuada – BPC. Tal benefício ainda continua em profunda e importante evolução social, sendo aprimorado, interpretado e complementado para alcançar seus ideais constitucionais.

Capítulo 4 –BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - BPC

4.1 Mudanças legislativa do Benefício Assistencial Mensal

Os direitos relativos à Assistência Social, no que se refere ao benefício do art. 203, V, da Constituição Federal, é o Benefício de Prestação Continuada, assim designado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei 8.742).

Em seu artigo 20 está disposto que:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

*§ 1º Para os efeitos do disposto no **caput**, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)*

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

*§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)*

§ 4º-O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 7º—Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu

encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. [\(Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998\)](#)

§ 8º-A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. [\(Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998\)](#)

*§ 9º Os rendimentos decorrentes de estágio supervisionado e de aprendizagem não serão computados para os fins de cálculo da renda familiar **per capita** a que se refere o § 3º deste artigo. [\(Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)*

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. [\(Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011\)](#)

*§ 11. Para concessão do benefício de que trata o **caput** deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento. [\(Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015\)](#) [\(Vigência\)](#)*

Percebe-se uma evolução do direito social, visto que, antes disso o que havia era a Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974 que criou a renda mensal vitalícia que perdurou de 1975 até 1995 (quando foi efetivamente substituída pela implantação do benefício de prestação continuada). Contudo não se poderia considerá-la como um benefício assistencial, uma vez que era exigida a prévia filiação ao sistema previdenciário para o recebimento deste benefício, cujo valor era equivalente à metade do maior salário-mínimo vigente no país, não podendo ultrapassar 60% do salário-mínimo do local de pagamento. Esse valor fixado manteve-se até 07/1991, quando entrou em vigor a Lei nº 8.213/91 que, regulamentando a Constituição de 1998, proibiu a fixação de qualquer benefício em valor inferior a um salário-mínimo³³.

Desta maneira, a Constituição Federal de 88, em coerência com os valores, princípios, objetivos e fundamentos por ela estabelecidos e visando à proteção social, bem-estar e justiça social, estabeleceu o primeiro benefício genuinamente assistencial, conferindo ao idoso e à pessoa portadora de deficiência o benefício de um salário-mínimo, *conforme dispuser a lei*.

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

³³ O Supremo Tribunal Federal reconheceu que a regra traçada no § 5º, art. 201, da CF, era autoaplicável (RE 159.413-6/SP – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 26.11.1993), determinando que a partir da Constituição de 1988 “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário-mínimo”, neste rol inclusive a renda mensal vitalícia.

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

Portanto, tal benefício não era autoaplicável, exigia a atuação do legislador infraconstitucional para sua concretização.

Assim, surgiu a Lei **nº 8.742/93, Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS**, para regulamentar a garantia de direitos através do Benefício Prestação Continuada.

Decreto nº 6.214/2007 regulamentou o BPC e a Lei nº 10.741/2003 (estatuto do idoso), acresceu o parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048/99.

Vê-se que a regulamentação do benefício tardou para ocorrer desde a sua previsão constitucional. O Supremo Tribunal Federal, na ausência de lei regulamentadora, havia adotado o entendimento de que o inc. V do art. 203 da Constituição que estipulou o benefício não seria autoaplicável, mas dependeria de regulamentação por lei infraconstitucional. Portanto, mais de oito anos se passaram sem que os seus destinatários pudessem ter acesso a um direito seu estabelecido constitucionalmente, pois mesmo com a regulamentação em 1993, o benefício só passou a ser implementado em 1996.

O Estado cumpriu uma “prestação jurídica”, visto que o objeto do direito é a normatização pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental.

Por este instrumento (LOAS), a Assistência Social foi reafirmada como política não contributiva, direito do cidadão e dever do Estado.

Dessa forma, o Estado brasileiro, alicerçado no valor da dignidade da pessoa humana, traça o caminho a ser seguido daquilo que se quer alcançar.

Como observa *Bobbio* (1992, p. 32, citado por *Marques*, 2009 p. 37)³⁴, “os direitos dos homens são direitos que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”. Assim, os direitos não são absolutos e imutáveis, ao contrário,

³⁴ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social**. São Paulo: LTr, 2009 p. 37.

emergem e modificam-se a partir das condições de desenvolvimento social, econômico e histórico. Os direitos humanos acompanham mudanças no tempo e no espaço.

A justiça é o objetivo da Ordem Social e para que a Justiça Social se concretize, na exata medida de direitos inerentes aos indivíduos em sua respectiva época (conforme o momento histórico), deve-se observar a regra constitucional da seletividade e distributividade, que legitima a escolha do legislador sobre prestações e beneficiários que atendam, da melhor forma possível, ao Mínimo Social.

Nos dizeres da Procuradora da República Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (*apud Marques, 2009 p. 35*), ao elaborar parecer nos autos do Processo n. 2001.61.07.000276-3, que tramitou perante a 1ª Vara Federal de Araçatuba/SP, a operacionalização do sistema assistencial público não é só “dar o peixe”, a finalidade é dupla: “dar o peixe enquanto se ensina e se oferece condições para a pesca”. Prova disso é o disposto no art. 24, § 2º, da Lei Orgânica da Assistência Social, segundo o qual os programas voltados ao idoso e à integração da pessoa portadora de deficiência serão devidamente articulados com o benefício de prestação continuada estabelecido no art. 20 desta Lei.”³⁵

Como já dito, o sistema assistencial é um instrumento que tutela situação de penúria ou necessidade, ou seja, indigência (estado de privação e sofrimento para satisfação das necessidades básicas em que o indivíduo ou sua família ficam expostos). A causa pode ser individual, decorrente de limitações físicas ou intelectuais inerentes ao indivíduo (de caráter permanente ou temporário); como pode ser uma causa social, decorrente de desequilíbrio próprio de toda a coletividade (como em casos de destruição por meio de guerra, depressão econômica, discriminação racial, religiosa, etc.).

A relação jurídica é composta do sujeito ativo: **todo cidadão** que se encontre temporária ou definitivamente incapacitado de, por conta própria ou com o auxílio de seus familiares, sair de um estado de indigência.

Destaca-se o termo “cidadão”, excetuando-se os não cidadãos. No direito brasileiro, cidadão é o indivíduo que titula os direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências. É o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) no gozo dos direitos políticos e participantes da vida do Estado.

³⁵ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social**. São Paulo: LTr, 2009 p. 35.

Como sujeito passivo da relação assistencial tem-se o Poder Público (isso quanto à assistência pública), conforme art. 194 CF³⁶. Levando-se em conta que essa assistência social está nas mãos de toda a sociedade. O dever é de todos, contudo a organização da atividade assistencial fica sob a chancela do Estado.

Todas as ações devem acontecer de forma integrada e de acordo com as diretrizes gerais traçadas no Plano Nacional da Assistência Social apontado na Norma Operacional Básica (NOB) de 2005 que define o SUAS – Sistema Único de Assistência Social com sendo “um sistema público não contributivo, descentralizado e participativo que tem por função a gestão do conteúdo específico da assistência social no campo da proteção social brasileira.”

O Benefício de Prestação Continuada, **apelidado sucintamente como BPC**, já passou por uma série de mudanças (evolução legislativa) nos requisitos exigidos para a concessão do benefício assistencial.

O BPC-LOAS é devido ao idoso e à pessoa com deficiência e integra a proteção social básica no âmbito do Sistema Único da Assistência Social - SUAS, instituído pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, em consonância com o estabelecido pela Política Nacional de Assistência Social- PNAS (**Decreto 8.805, de 07 de julho de 2016**).

Sua operacionalização do reconhecimento do direito é de responsabilidade do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e assegurado por lei, que permite o acesso de idosos e pessoas com deficiência, às condições mínimas de uma vida digna.

Nas observações de Sérgio Fernando Moro (apud Marques, 2009, p.47) trata-se de direito antipobreza, pois *“é aquele voltado exclusivamente aos pobres e tem como objetivo o resgate da pobreza. Assim não pode ser considerado direito antipobreza, por exemplo, o direito à assistência judiciária gratuita (ausência do objetivo*

³⁶ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e **da sociedade**, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

“resgate da pobreza”), *nem tampouco o direito à saúde ou à educação*, (destinatários não são apenas os exclusivamente pobres).”³⁷

4.2. Delimitação do benefício assistencial

Em seu art. 203, V, disciplinado pelos arts. 20 e 21 da LOAS e suas alterações, assegura-se um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, este é o aspecto da miserabilidade.

Destaca-se que houve alguns avanços no processo de regulamentação legislativa desse benefício, com veremos neste tópico.

O benefício assistencial corresponde à garantia de um salário mínimo, na forma de benefício de prestação continuada, devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e também não possa ser provida por sua família, observado que: no período de 1º de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997, vigência da redação original do art. 38 da Lei nº 8.742/93, a idade mínima para o idoso era a de setenta anos.

A partir de 1º de janeiro de 1998, a idade mínima para o idoso passou a ser de 67 (sessenta e sete) anos, conforme nova redação ao art. 38 (Lei nº 8.742, de 1993), dada pela MP nº 1.599-39, de 1997, e reedições, convertida na Lei nº 9.720, publicada no DOU em 1º de dezembro de 1998.

Mudando novamente a partir de 1º de janeiro de 2004 para a idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos, conforme o artigo 34 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

³⁷ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social**. São Paulo: LTr, 2009 p. 47.

Este benefício é de caráter personalíssimo, não tem natureza previdenciária e, por isso, não gera direito à pensão por morte, também não dá direito a abono anual (art. 23 e 24 do Dec. n. 6.214/2007).

O deficiente e o idoso que recebam benefício de LOAS, se vierem a ter direito à pensão por morte, poderão optar pelo benefício mais vantajoso.

Os requisitos para seu recebimento é ser pessoa com deficiência ou idosa com 65 anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Os requisitos cumulativos são: a deficiência ou a idade e a necessidade.

A Instrução Normativa IN nº 29/2008 também dispõe:

Art. 623. O benefício de prestação continuada é intransferível, não gerando direito à pensão.

Parágrafo único. É devido pagamento de resíduo a herdeiros ou a sucessores na forma da lei civil, para óbitos ocorridos a partir de 06/09/2002, data da publicação do [Decreto nº 4.360/02](#), ressalvado o cumprimento de decisão judicial referente a falecimentos ocorridos em data anterior.

Quanto ao tema, segue o julgado:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO. ART. 20, § 3ª DA LEI N.º 8.742/93 (LOAS), COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 12.435/2011 E ART. 34, DA LEI N.º 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. ÓBITO DA BENEFICIÁRIA OCORRIDO NO CURSO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE DE HABILITAÇÃO DE HERDEIROS PARA RECEBIMENTO DOS VALORES ATRASADOS. PRECEDENTES.

I - De acordo com o regramento contido no § 3º, do art. 20 da LOAS, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo.

II - Estado de miserabilidade da autora demonstrado.

III - Procedência do pedido apenas em segundo grau de jurisdição.

IV - Óbito da autora ocorrido no curso da instrução processual. Irrelevância.

V - Possibilidade de habilitação de herdeiros para a percepção dos valores atrasados, eis que o caráter personalíssimo do benefício assistencial impede tão-somente a conversão da benesse em pensão por morte, na hipótese de óbito do beneficiário, todavia, não inviabiliza o pagamento, em favor de seus herdeiros, de verbas atrasadas a que o de cujos faria jus. Aplicação do art. 23 do decreto n.º 6.214/07.

VI - Apelação da parte autora provida.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1024899 - 0019189-42.2005.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL DAVID DANTAS, julgado em 19/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/09/2016)

Outro ponto a destacar é a necessidade de prova técnica e laudo pericial, tanto no processo administrativo quanto no judiciário.

Idosos e pessoas com deficiência devem comprovar que não têm condições para prover a própria manutenção nem de tê-la provida pela família.

No processo administrativo, a deficiência e o grau de impedimento são determinados por meio de avaliação médica e avaliação social a cargo do INSS (art. 20, § 6º, da LOAS), feitas por seus peritos médicos e seus assistentes sociais.

E isso se deve porque tais requisitos são situações nitidamente temporárias, visto que a incapacidade, dependendo de sua natureza, pode regredir ou se agravar, assim como podem variar a situação econômica da família ou do próprio quadro familiar.³⁸

O art. 21 da Lei nº 8.742/93 determina a realização de revisões bienais “*para avaliação da continuidade das condições*” que autorizaram anteriormente a concessão do benefício.

Para se requerer judicialmente o benefício assistencial, o entendimento majoritário³⁹ que se adota vai no sentido de que o interesse de agir surge somente com o indeferimento administrativo da pretensão (salvo exceções voltadas a resguardar o direito material em risco).

Se o benefício for requerido judicialmente, também serão necessárias as perícias médica e social, feitas por peritos e assistentes sociais nomeados pelo juiz e será essa perícia médica (administrativa ou judicial) que deverá determinar o início do impedimento e o prognóstico de sua duração, se inferior ou superior a 2 anos.

³⁸ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (Coord.). et.al. **Benefício assistencial: lei 8742/93 - temas polêmicos**. São Paulo: LTR, 2015. p. 77.

³⁹ A favor de tal posicionamento, cabe destacar a Súmula 2 das Turmas Recursais do Rio Grande do Sul (“Tratando-se de concessão de prestações previdenciárias, é imprescindível o prévio requerimento administrativo, que deve ser comprovado pela Carta de Indeferimento ou pelo protocolo fornecido pela Administração (no caso de cancelamento de prestações previdenciárias, ou de ações de reajustamento, o exame das questões ventiladas prescinde de via administrativa”) e o Enunciado n. 77 do FONAJEF (“O ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo”).

O assistente social nomeado pelo juiz descreverá as condições em que vive o interessado: moradia, alimentação, composição do grupo familiar, familiares que têm renda, outros que recebem benefício previdenciário ou assistencial, enfim, todos os elementos necessários para que o juiz possa avaliar sua situação econômica e social.⁴⁰

Ainda, a pessoa com deficiência deverá se submeter a duas perícias, que resultarão na elaboração de laudo médico e laudo social. O laudo social deverá avaliar a situação de necessidade, para fins de enquadramento no § 3º do art. 20 e, também, as condições de participação plena e efetiva na sociedade.

Quem mais pode ter direito a este benefício?

O português pode ter direito ao benefício, desde que comprove residência e domicílio permanentes no Brasil.

Os estrangeiros também podem ser sujeitos ativos do BPC. Para tanto, o art. 7º do Decreto nº 6.214 exige que sejam naturalizados e domiciliados no Brasil, e atendam a todos os demais critérios estabelecidos em regulamento⁴¹. Contudo, alguns julgados adotam entendimento oposto:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. IGUALDADE DE CONDIÇÕES PREVISTA NO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PESSOA HIPOSSUFICIENTE E DE BAIXA INSTRUÇÃO. IDADE AVANÇADA. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

I - A assistência social é paga ao portador de deficiência ou ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprove não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida pela sua família (CF, art. 203, V, Lei nº 8.742/93, Lei nº 9.720/98 e Lei nº 10.741/03, art. 34).

II - O fato de a parte autora ostentar a condição de estrangeiro não constitui óbice à concessão do benefício, desde que presentes os requisitos legais autorizadores, uma vez que a Constituição Federal não promove a distinção entre estrangeiros residentes no país e brasileiros, sendo o benefício assistencial de prestação continuada devido "a quem dela necessitar", inexistindo restrição à sua concessão ao estrangeiro aqui residente.

III - Ademais, o artigo 5º da Constituição Federal assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional.

⁴⁰LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 697.

⁴¹ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** – coord. Pedro Lenza. – 4 ed. – São Paulo Saraiva, 2014. p.139.

IV - Agravo a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, REO - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 1981788 - 0003352-41.2008.4.03.6183, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, julgado em 25/11/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/12/2014)

No entender da Desembargadora Marisa Ferreira dos Santos⁴², “a exigência de naturalização é inconstitucional: primeiro, porque a CF não fez essa distinção, uma vez que garante a assistência social a quem dela necessitar; segundo, porque, mesmo que tal distinção pudesse ser feita, o Decreto não seria o veículo apropriado.”

O **trabalhador portuário** avulso também tem direito ao benefício assistencial com a garantia de um salário mínimo mensal ao cidadão com no mínimo 60 anos que, na condição de trabalhador avulso em área portuária, não tenha implementado as condições mínimas necessárias para se aposentar, nem possua renda suficiente para manter a si mesmo e à sua família.⁴³

Já o **recluso (preso)** não tem direito a este tipo de benefício (BPC), uma vez que a sua manutenção já está sendo provida pelo Estado.

A cessação do pagamento do benefício ocorrerá nas seguintes situações:

- (a) superação das condições que lhe deram origem;
- (b) morte do beneficiário;
- (c) morte presumida do beneficiário, declarada em juízo;

⁴² SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** – coord. Pedro Lenza. – 4 ed. – São Paulo Saraiva, 2014. p.139.

⁴³ Art. 73. A Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-A: “**Art. 10-A.** É assegurado, na forma do regulamento, benefício assistencial mensal, de até 1 (um) salário mínimo, aos trabalhadores portuários avulsos, com mais de 60 (sessenta) anos, que não cumprirem os requisitos para a aquisição das modalidades de aposentadoria previstas nos arts. 42, 48, 52 e 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e que não possuam meios para prover a sua subsistência.

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

O Regulamento fornece alguns requisitos para a concessão do benefício: (a) no mínimo 15 anos de registro ou cadastro como trabalhador portuário avulso; (b) comparecimento a, no mínimo, 80% das chamadas realizadas pelo respectivo órgão de gestão de mão de obra; e (c) comparecimento a, no mínimo, 80% dos turnos de trabalho para os quais tenha sido escalado no período.

(d) ausência declarada do beneficiário, na forma do art. 22 do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002;

(e) falta de comparecimento do beneficiário portador de deficiência ao exame médico-pericial, por ocasião de revisão de benefício;

(f) falta de apresentação pelo idoso ou pela pessoa portadora de deficiência da declaração de composição do grupo e renda familiar, por ocasião de revisão de benefício⁴⁴;

(g) concessão de outro benefício.

Surge, então, em julho de 2016, o **Decreto 8.805/16** que trouxe outras alterações ao **BPC**. Como norma regulamentadora da política social desenvolvida na Secretaria de Assistência de cada Município, declara que, através do Centro de Referência da Assistência Social – **CRAS**, unidade pública estatal localizada em áreas com maiores índices de vulnerabilidade e risco social, serão prestados atendimento socioassistencial às famílias. Neste decreto também reforça que o BPC não é cumulável com outro benefício no âmbito da Seguridade Social.

Dentre as alterações trazidas pelo decreto, destaco o art. 5º: “O beneficiário não pode acumular o Benefício de Prestação Continuada com outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, ressalvados o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória.”

Parágrafo único: A acumulação do benefício com a remuneração advinda do contrato de aprendizagem pela pessoa com deficiência é limitada ao prazo máximo de dois anos.

Ainda, no seu art. 7º: “O Benefício de Prestação Continuada é devido ao brasileiro, nato ou naturalizado, e às pessoas de nacionalidade portuguesa, em consonância com o disposto no Decreto nº 7.999, de 8 de maio de 2013, desde que comprovem, em qualquer dos casos, residência no Brasil e atendam a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento.”

⁴⁴ Instrução Normativa do INSS nº 29/2008.

4.3. Conceito de Pessoa portadora de deficiência para fins assistenciais.

Quem é a pessoa com deficiência? Até que ponto essa deficiência poderá ser considerada para obtenção do benefício?

Ainda, se essa incapacidade deve ser permanente ou temporária, se deve ser para o trabalho ou para a vida independente, se é de forma cumulativa ou alternativa?

Todas essas indagações ainda são muito discutidas na doutrina e na jurisprudência.

A partir da interpretação do texto constitucional, pode-se concluir que o objetivo da assistência social no Brasil é atender ao cidadão privado da dignidade humana. O real intuito constitucional não se resume na concessão de um salário mínimo ao portador de deficiência irreversível já consumada em 2 (dois) anos, mas à proteção ao deficiente que está em situação de miserabilidade e que pode ter sido vitimado em um dia antes da entrada do requerimento.

No que tange ao conceito de pessoa com deficiência, na redação original, o §2º do art. 20 definia como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Essa definição trouxe confusão entre deficiência e incapacidade, visto que a deficiência não leva necessariamente à incapacidade e vice-versa.

Ademais, a LOAS deveria ter observado o que a CF de 1988 quis realçar, ou seja, dar proteção às pessoas com deficiências físicas e psíquicas em razão das dificuldades de colocação no mercado de trabalho e de integração na vida da comunidade. Ela não tratou de incapacidade para o trabalho, mas, sim, de ausência de meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida pela família, situações que não são sinônimas.

Diante desse “equívoco”, a LOAS igualou situações de desigualdade evidente, indo ao contrário de todo o movimento mundial pela inclusão da pessoa que tem deficiência.

A expressão “pessoas com deficiência” é em razão de ser a terminologia adotada pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, ratificada pelo Brasil em 1º de agosto de 2008, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008 e promulgada pela Presidência da República pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, constituindo o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado na forma do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, obedecendo, portanto, ao rito específico de aprovação para tornar-se equivalente à emenda constitucional⁴⁵.

A conceituação de pessoa com deficiência para fins de concessão do BPC pode ser auxiliada com outras leis que traçam essa definição, como a Lei n. 7.853, de 24/10/1989, que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (regulamentada pelo Decreto n. 3.298). Nesse Decreto, em seu artigo 3º e 4º, há os conceitos de deficiência, deficiência permanente e incapacidade; conceitua a pessoa com deficiência como a que se enquadra nas categorias: deficiência física, deficiência auditiva, deficiência visual, deficiência mental e deficiência múltipla, definindo especificamente cada uma dessas categorias.

Entretanto, em sua redação original, a LOAS definia a pessoa portadora de deficiência como aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho. Confundiam deficiência e incapacidade. As decisões no judiciário muito ajudaram para que a mudança acontecesse, pois a jurisprudência vinha abrandando tal requisito (da incapacidade para a vida independente e para o trabalho), pois bastava tão somente a existência da incapacidade para o trabalho. Com a alteração dada pela Lei nº 13.146/2015 a redação passou a ser a seguinte:

considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

Agora, com essa nova redação, a deficiência pode ser física, mental, intelectual ou sensorial que impossibilite o titular de participar de forma plena e

⁴⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 03.out.2016.

efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas que não possuam tal impedimento.

Essa definição se compatibiliza com o conceito trazido na Convenção Internacional de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada no Brasil por meio do Decreto Presidencial nº 6.949, em 25 de agosto de 2009.

A definição de "longo prazo", não prevista na Constituição ou no tratado internacional mencionado, veio prevista no § 10 do art. 20 da LOAS: "Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos".

É necessário levantar algumas considerações sobre este conceito, visto que não será qualquer pessoa portadora de deficiência que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

Assim, em alguns julgados entende-se que o rol previsto no artigo 4º do Decreto n. 3.298/99 (regulamentar da Lei n. 7.853/89, que dispõe sobre a Política Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência) não é exaustivo; portanto, constatado que os males sofridos pelo postulante impedem sua inserção social, restará preenchido um dos requisitos exigidos para a percepção do benefício.

Essa compreensão se vê no julgado TRF 3ª Região, NONA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2113820 - 0003132-90.2013.4.03.6143, Rel. JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, julgado em 12/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2016.

Menciona-se nesse julgado o artigo 1º da Declaração dos Direitos dos Deficientes, conceito apresentado pela ONU, elaborado por meio da Resolução n.º 3.447 de 09/12/1975, que diz que: *"1. O termo 'pessoa deficiente' refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar a si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais"*.

Ainda, nos dizeres deste julgado⁴⁶:

⁴⁶ TRF 3ª Região, NONA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2113820 - 0003132-90.2013.4.03.6143, Rel. JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, julgado em 12/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2016

Esse conceito dá maior ênfase à necessidade, inclusive da vida individual, ao passo que o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo prioriza a questão da integração social, como se verá.

Nair Lemos Gonçalves apresentou os principais requisitos para sua definição: "desvio acentuado dos mencionados padrões médios e sua relação com o desenvolvimento físico, mental, sensorial ou emocional, considerados esses aspectos do desenvolvimento separada, combinada ou globalmente" (Verbete Excepcionais. In: Enciclopédia Saraiva de Direito, n. XXXIV. São Paulo: Saraiva, 1999).

Luiz Alberto David Araujo, por sua vez, compilou muitos significados da palavra deficiente, extraídos dos dicionários de Língua Portuguesa. Observa ele que, geralmente, os dicionários trazem a idéia de que a pessoa deficiente sofre de falta, de carência ou de falha.

Esse autor critica essas noções porque a idéia de deficiência não se apresenta tão simples, à medida que as noções de falta, de carência ou de falha não abrangem todas as situações de deficiência, como, por exemplo, o caso dos superdotados, ou de um portador do vírus HIV que consiga levar a vida normal, sem manifestação da doença, ou ainda de um trabalhador intelectual que tenha um dedo amputado.

Por ser a noção de falta, carência ou falha insuficiente à caracterização da deficiência, Luiz Alberto David Araujo propõe um norte mais seguro para se identificar a pessoa protegida, cujo fator determinante do enquadramento, ou não, no conceito de pessoa portadora de deficiência, seja o meio social:

"O indivíduo portador de deficiência, quer por falta, quer por excesso sensorial ou motor, deve apresentar dificuldades para seu relacionamento social. O que define a pessoa portadora de deficiência não é falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a sua integração social é o que definirá quem é ou não portador de deficiência". (A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 18-22).

E quanto mais complexo o meio social, maior rigor se exigirá da pessoa portadora de deficiência para sua adaptação social. De outra parte, na vida em comunidades mais simples, como nos meios agrícolas, a pessoa portadora de deficiência poderá integrar-se com mais facilidade.

Desse modo, o conceito de Luiz Alberto David Araujo é adequado e de acordo com a norma constitucional, motivo pelo qual é possível seu acolhimento para a caracterização desse grupo de pessoas protegidas nas várias situações reguladas na Constituição Federal, nos arts. 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 203, V e 208, III.

Mas é preciso delimitar a proteção constitucional apenas àquelas pessoas que realmente dela necessitam, porquanto existem graus de deficiência que apresentam menores dificuldades de adaptação à pessoa. E tal verificação somente poderá ser feita diante de um caso concreto.

Luiz Alberto David Araujo salienta que os casos-limite podem, desde logo, ser excluídos, como o exemplo do bibliotecário que perde um dedo ou do operário que perde um artelho; em ambos os casos, ambos continuam integrados socialmente. Ou ainda pequenas manifestações de retardo mental (deficiência mental leve) podem passar despercebidas em comunidades simples, pois tal pessoa poderá "não encontrar problemas de adaptação a sua realidade social (escola, trabalho, família)", de maneira que não se pode afirmar que tal pessoa deverá receber proteção, "tal como aquele que sofre restrições sérias em seu meio social" (obra citada, páginas 42/43).

"A questão, assim, não se resolve sob o ângulo da deficiência, mas, sim sob o prisma da integração social. Há pessoas portadoras de deficiência que não encontram qualquer problema de adaptação no meio social. Dentro de uma

comunidade de doentes, isolados por qualquer motivo, a pessoa portadora de deficiência não encontra qualquer outro problema de integração, pois todos têm o mesmo tipo de dificuldade" (obra citada, p. 43).

Enfim, a constatação da existência de graus de deficiência é de fundamental importância para identificar aqueles que receberão a proteção social prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, torna-se possível inferir que não será qualquer pessoa portadora de deficiência que se subsumirá no molde jurídico protetor da Assistência Social.

Neste outro julgado (TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2166072 - 0020048-72.2016.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 06/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/09/2016), , tem-se que o autor, nascido aos 02/02/1965, é portador de Diabetes mellitus e Síndrome de Imuno Deficiência Adquirida - AIDS (HIV positivo), além de Bronquite, por ser tabagista.

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. ART. 20, DA LEI Nº 8.742/93. REQUISITOS PREENCHIDOS.

1. O benefício de prestação continuada, regulamentado Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

2. Em respeito ao princípio da isonomia, deve-se também estender a interpretação do Parágrafo único, do Art. 34, do Estatuto do Idoso, para excluir do cálculo da renda *per capita* familiar também os benefícios de valor mínimo recebidos por deficiente ou outro idoso (RE 580963, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013).

3. Laudo pericial conclusivo pela incapacidade total e temporária para o trabalho, todavia, o julgador não está adstrito apenas à prova técnica para formar a sua convicção.

4. A autoria preenche o requisito da deficiência para usufruir do benefício assistencial, independentemente do grau de desenvolvimento da doença que a acomete, levando-se em conta o estigma social que sofre o portador do vírus HIV, bem como os conhecidos efeitos da enfermidade que podem levar à limitação física do paciente, a possibilidade de retorno ao trabalho para desempenhar qualquer atividade para garantir a sua própria subsistência é de todo improvável.

5. Demonstrado, pelo conjunto probatório, que não possui meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, faz jus a autoria à percepção do benefício de prestação continuada, correspondente a 1 (um) salário mínimo, desde a data do requerimento administrativo.

6. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

7. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

8. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

9. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

10. Apelação provida em parte.

A alteração legislativa beneficia, em especial, os portadores de **HIV**, visto que na redação original da LOAS, as pessoas com HIV só teriam direito ao benefício se estivessem acometidas das denominadas “doenças oportunistas”, que as impedissem de trabalhar. A contaminação pelo HIV, mesmo que assintomática, é fator de discriminação social, que, quando não impede, dificulta a integração na vida comunitária, em razão do preconceito que ainda predomina. Além do mais, o contaminado pelo vírus não consegue esconder sua condição no exame admissional para vaga de emprego.⁴⁷

Assim, a avaliação médica deverá considerar as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo. Já a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais.

Em que pese a conclusão do experto, cabe salientar que o julgador não está adstrito apenas à prova técnica para formar a sua convicção.

De outro vértice, dispõe a Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), in verbis: *“Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.”*

No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS. REEXAME. PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONCLUSÃO PERICIAL NÃO VINCULA O JULGADOR. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.

1. A tese defendida demanda o revolvimento do contexto fático dos autos e desafia a Súmula 7/STJ.

⁴⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

2. O quadro clínico apresentado pelo agravado denota o preenchimento dos requisitos para concessão do benefício pleiteado, com base em documentos médicos, não obstante a perícia judicial ter sido desfavorável. O acórdão acrescentou à situação de saúde do agravado a sua conjuntura sócio-econômica, e concluiu pela condição de risco social.

3. As conclusões da perícia não vinculam o julgador, o qual pronuncia sua decisão de acordo com o princípio do livre convencimento motivado. 4. A jurisprudência desta Corte admite a concessão do benefício que ora se pleiteia, mesmo diante de laudo pericial que ateste a capacidade para a vida independente.

5. Agravo regimental improvido."

(STJ, AgRg no REsp 1084550/PB, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 23/03/2009).

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

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

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

III - Recurso desprovido." (STJ, REsp 360.202/AL, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 01/07/2002 p. 377).

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. ART. 20, DA LEI Nº 8.742/93. REQUISITOS PREENCHIDOS.

1. O benefício de prestação continuada, regulamentado Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

2. Em respeito ao princípio da isonomia, deve-se também estender a interpretação do Parágrafo único, do Art. 34, do Estatuto do Idoso, para excluir do cálculo da renda per capita familiar também os benefícios de valor mínimo recebidos por deficiente ou outro idoso (RE 580963, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013).

3. Laudo pericial conclusivo pela incapacidade total e temporária para o trabalho, todavia, o julgador não está adstrito apenas à prova técnica para formar a sua convicção.

4. A autoria preenche o requisito da deficiência para usufruir do benefício assistencial, independentemente do grau de desenvolvimento da doença que a acomete, levando-se em conta o estigma social que sofre o portador do vírus HIV, bem como os conhecidos efeitos da enfermidade que podem levar à limitação física do paciente, a possibilidade de retorno ao trabalho para desempenhar qualquer atividade para garantir a sua própria subsistência é de todo improvável.

5. Demonstrado, pelo conjunto probatório, que não possui meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, faz jus a autoria à percepção do benefício de prestação continuada, correspondente a 1 (um) salário mínimo, desde a data do requerimento administrativo.

6. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

7. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

8. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

9. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

10. Apelação provida em parte.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2166072 - 0020048-72.2016.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 06/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/09/2016)

Outra dúvida que surgiu inicialmente foi a seguinte: seria correta a concessão do benefício assistencial às crianças portadoras de deficiência?

Essa discussão foi levantada por conta de que toda e qualquer criança (deficiente ou não) é incapacitada para o trabalho.

O conceito de pessoa portadora de deficiência, para fins do benefício de amparo social, foi tipificado no artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, que em sua redação original assim dispunha: "*§ 2º - Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.*"

Como se vê, pressupunha-se que o deficiente era aquele que: a) tinha necessidade de trabalhar, mas não podia, por conta da deficiência; b) estava também incapacitado para a vida independente. Ou seja, o benefício era devido a quem deveria trabalhar, mas não poderia e, além disso, não tinha capacidade para uma vida independente sem a ajuda de terceiros.

Lícito é concluir que, tal qual os benefícios previdenciários, o benefício de amparo social, enquanto em vigor a redação original do artigo 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, era substitutivo do salário. Isto é, era reservado aos que tinham a possibilidade jurídica de trabalhar, mas não tinham a possibilidade física ou mental para tanto.

Dito isso, o próximo ponto a ser levado em conta é se as crianças e adolescentes - impedidas de trabalhar por força de norma constitucional - enquadravam-se, ou não, dentre os possíveis percipientes do benefício de amparo social.

Eis a redação do artigo 7º, XXXIII, da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº 20/1998: *"XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;"*

Impende inferir, segundo o Texto Magno, que os menores de 16 (dezesseis) anos não poderão trabalhar, ainda que o pudessem e quisessem.

Pergunta-se então: à luz da redação original do artigo 2º, § 2º, da LOAS, qual sentido em conceder-se um benefício a quem (crianças e adolescentes até dezesseis anos) não poderia juridicamente trabalhar, nem que o quisesse?

Realmente, forçoso identificar nesse contexto um contrassenso, porquanto se deduz, da norma constitucional, que qualquer criança ou adolescente até dezesseis anos deverá ter provido o sustento por sua família, não por ela própria, já que impedida de trabalhar.

A propósito, o Código Civil e a própria Constituição Federal, determinam aos pais que cuidem de seus filhos, enquanto menores.

À vista de tais considerações, pela interpretação lógico-sistemática da Constituição, conclui-se que as crianças e adolescentes até 16 (dezesseis) anos não tinham direito ao benefício assistencial.

De fato, a Seguridade Social é instrumento de proteção social a ser concedida àqueles que não podem trabalhar, por alguma contingência ou algum risco social, e exatamente por isso não conseguem sustento algum.

Deve ser evocado, outrossim, aqui, o princípio do primado do trabalho, esculpido no artigo 193 da Constituição Federal. Vale dizer, **o Estado só pode**

prover a subsistência da pessoa em casos excepcionais, quando ela não tem possibilidades físicas ou mentais de trabalhar.

Nunca é demais lembrar que o trabalho não é apenas um direito, previsto no artigo 6º da Carta Magna, mas um dever, pois sem o trabalho não há sociedade, não há nação e não se concebe a própria noção de Ordem Social ou mesmo de Estado.

Consequentemente, partindo-se da premissa que o benefício de amparo social é devido somente a quem, por ser deficiente ou idoso, não pode trabalhar, aquele que está constitucionalmente impedido de trabalhar (crianças e adolescentes até dezesseis anos) não teria direito a esse tipo de benefício, exatamente porque se presume que teriam o sustento provido por suas respectivas famílias ou responsáveis, de quem são dependentes.

Cuida-se uma questão de interpretação lógico-sistemática, notadamente porque a Seguridade Social, bem de todos, deve ser concedida somente quando a sociedade não puder lidar, ela própria, com suas contingências sociais. O sistema de proteção social não tem o escopo de substituir a sociedade naquilo que concerne às suas próprias obrigações.

Jamais se pode olvidar que cabe à família, em primeiro lugar, buscar seu próprio sustento por meio do trabalho, só podendo o Estado assumir a subsistência da pessoa em casos excepcionalíssimos: exatamente aqueles previstos no art. 203, inciso V, da CF.

Contudo, afirma-se que as crianças deficientes exigem cuidados especiais que a não deficiente dispensa. Daí por que justificar a proteção.

Tal discussão já foi pacificada, pois já é assegurado administrativamente o deferimento do benefício, nos termos do art. 624, § 1º, da Instrução Normativa n. 20/06 (o mesmo já ocorria na IN nº 95/2003 –art. 619, § 1º).⁴⁸

A IN 29/2008 também trouxe em seu art. 624: *§ 2º para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada **de crianças e adolescentes até dezesseis anos de idade**, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na*

⁴⁸Instrução Normativa INSS/DC nº 95/2003 – arts. 619.

limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade, sendo dispensável proceder à avaliação da incapacidade para o trabalho.

Apenas e tão somente em 31/8/2011, quando entrou em vigor a Lei nº 12.470, passaram as crianças e adolescentes a adquirir direito ao recebimento do benefício de amparo social, desde que satisfeitos os requisitos da nova legislação.

Doravante, para fins de identificação da pessoa com deficiência, passa a ser a existência de impedimentos de longo prazo, apenas e tão somente, tornando-se despcienda a referência à necessidade de trabalho.

Deverá ser levado em linha de conta o impacto na economia familiar do menor, por exigir a dedicação de um dos membros do grupo para seus cuidados, prejudicando a capacidade daquele grupo familiar de gerar renda.

Nesse sentido, o precedente da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, in verbis (g.n.):

"PREVIDENCIÁRIO. LOAS. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. PARADIGMA QUE SE REPORTA A JULGADO DE TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. DESCABIMENTO. ART. 14, § 2º, DA LEI Nº 10.259/2001. SIMILITUDE FÁTICA ENTRE O ARESTO FUSTIGADO E OS PARADIGMAS JUNTADOS. TESES DISCREPANTES QUANTO À POSSIBILIDADE DE SE CONCEDER BENEFÍCIO (LOAS) A REQUERENTE MENOR DE 16 (DEZESSEIS) ANOS, TENDO EM VISTA A MENORIDADE. INCIDENTE CONHECIDO. TESE ATUALMENTE UNIFORMIZADA NESTA TNUJEF's NO SENTIDO DE QUE, PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL A MENOR, OBSERVAM-SE OS CONDICIONANTES ESTABELECIDOS NO ARESTO PROFERIDO NO PROCESSO Nº 2007.83.03.50.1412-5. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO PROVIDO EM PARTE.

I. A divergência, passível de ser conhecida pela TNUJEF's, decorre de "pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal", na forma do §2º do art. 14 da Lei nº 10.259/2001.

II. Decisões oriundas de tribunais regionais federais ou de turmas recursais vinculadas à mesma Região da Justiça Federal da Turma de origem não podem ser conhecidas para efeito de constar como paradigmas, nos termos legais.

III. Quanto aos paradigmas oriundos de Turmas Recursais vinculadas à Região diferente (3ª Região) daquela da Turma de origem, evidencia-se do exame do aresto recorrido que há discrepância entre a tese trazida neste e a apontada no excerto desses julgados trazidos pela parte recorrente. É que a decisão fustigada firmou a tese de que, no caso de menor de 16 (dezesseis) anos, a incapacidade pode ser presumida. Os paradigmas, de sua parte, ressaltam que essa incapacitação deve decorrer de questão médica.

IV. Esta TNU, a partir do julgamento proferido no Processo nº 2007.83.03.50.1412-5, julgamento este proferido após o voto anterior deste Relator

neste feito, ora retificado acolhendo as razões do voto-vista do juiz federal José Antônio Savaris, firmou a tese de que, em se tratando de benefício decorrente da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), a incapacitação, para efeito de concessão do benefício a menor de 16 (dezesseis) anos, deve observar, além da deficiência, que implique limitação ao desempenho de atividades ou restrição na participação social, compatíveis com a idade do menor, bem como o impacto na economia do grupo familiar do menor, seja por exigir a dedicação de um dos membros do grupo para seus cuidados, prejudicando a capacidade daquele grupo familiar de gerar renda.

V. Aplicação ao caso em análise de todos os condicionantes estabelecidos no voto-vista, proferido neste feito, bem como no aresto proferido no julgamento do Processo nº 2007.83.03.50.1412-5, razão pela qual os autos devem retornar à Origem, a fim de que perfaça o cotejo fático diante da tese firmada nesta TNU e aplicada à situação retratada no incidente. VI. Pedido de uniformização conhecido e provido em parte" (PEDILEF 200580135061286, PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL, Relator(a) JUIZ FEDERAL RONIVON DE ARAGÃO, TNU, Data da Decisão 11/10/2010, Fonte/Data da Publicação DOU 08/07/2011).

Quando se dá o termo inicial para concessão do benefício assistencial?

Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o termo inicial para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada é a data do requerimento administrativo e, na sua ausência, a partir da citação.

A regra geral é a de que o pedido seja feito administrativamente, nesse caso o termo inicial será pago a partir da data da entrada do requerimento (DER).

Há, porém, situações em que o interessado requer o benefício na via judicial, diretamente ou após o indeferimento ou não apreciação na via administrativa. Nesses casos, como ocorre com os benefícios previdenciários, há duas hipóteses:⁴⁹

(a) se não houve requerimento administrativo e o benefício é concedido por sentença de procedência do pedido, há divergência na jurisprudência: o termo inicial é a citação ou a data do laudo pericial, ou, ainda, da juntada do laudo que atesta a incapacidade, caso não seja preciso nesse ponto;

(b) se houve requerimento administrativo não apreciado ou indeferido, sendo procedente o pedido, o termo inicial será a Data do Requerimento Administrativo (DER).

⁴⁹ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** – coord. Pedro Lenza. – 4 ed. – São Paulo Saraiva, 2014. p.140.

Nesse sentido também a Súmula 22 da TNU dos Juizados Especiais Federais: *“se a prova pericial realizada em juízo dá conta de que a incapacidade já existia na data do requerimento administrativo, esta é o termo inicial do benefício assistencial”*.

A comprovação da deficiência é analisada pelo Serviço Social e pela Perícia Médica do INSS.

O requisito objetivo de 2 (dois) anos para aferição da incapacidade está fadado a várias discussões. Não podemos esquecer que a dignidade da pessoa humana jamais pode ser mensurada com critérios objetivos e matemáticos. Qualquer posicionamento diverso à CF/88 seria deixar o cidadão afastado da inserção social e do Estado Social de Direito.

Uma alteração benéfica às pessoas com deficiência é a inclusão do § 3º do art. 21 da Lei 8.742/93, dada pela **Lei nº 12.435/2011**, estabelecendo que o desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência, situações que antes deixava os deficientes sem benefício, por motivo de suspensão ou cessação do referido benefício.

Inserindo o artigo acima na Lei Orgânica da Assistência, as pessoas com deficiência que já recebem o benefício, podem adentrar no mercado de trabalho, porque o benefício não será cancelado como ocorria anteriormente, agora o beneficiário ativo, ao ter um novo emprego, terá o seu benefício suspenso, podendo, posteriormente, se necessário, requerê-lo.

O deficiente contratado como aprendiz pode acumular o benefício, ou seja, a pessoa com deficiência contratada na condição de aprendiz poderá acumular o BPC/LOAS e a remuneração do contrato de aprendiz com deficiência, tendo seu benefício suspenso somente após o período de **dois anos** de recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

Contudo a pessoa com deficiência que retornar a trabalhar terá seu benefício suspenso de imediato.

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

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

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

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

Importante ressaltar mais uma vez que a condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada. (artigo 20, § 5º da Lei nº 8.742/1993).

4.4. Pessoa Idosa

O Estatuto do Idoso (Lei nº10.741/03) classifica pessoa idosa em seu art. 1º: *“É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.”*

Contudo, esta faixa etária não é preservada ou mesmo ampliada em relação ao benefício assistencial previsto no inciso V, do artigo 203, da Constituição Federal, **ficando evidente o tratamento desigual promovido aos idosos cuja faixa etária vai dos 60 (sessenta) aos 64 (sessenta e quatro) anos.**

Há uma divergência quanto ao princípio constitucional, visto que um idoso que não dispõe de meios de garantir a própria subsistência aos 65 (sessenta e cinco) anos, não estaria em condições mercadológicas melhor aos 60 (sessenta) anos.

Mesmo assim continua prevalecendo na LOAS a idade igual ou superior a 65 anos, para homem ou mulher; também nessa mesma lei foi disposto que o benefício assistencial ao idoso (espécie 88), já concedido a qualquer membro da família, não será computado para fins de cálculo da renda per capita do novo benefício requerido da mesma espécie, conforme **parágrafo único** do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

4.5. Requisitos

Para obter o benefício assistencial é necessário o preenchimento de alguns requisitos, tais como:

- (a) comprovação da deficiência **ou** da idade mínima;
- (b) possuir renda familiar de até 1/4 do salário mínimo em vigor, por pessoa do grupo familiar (incluindo o próprio requerente), conforme Lei nº 8.742/93, art. 20, § 3º e suas alterações. Esta renda é avaliada considerando o salário do beneficiário, do esposo(a) ou companheiro(a), dos pais, da madrasta ou do padrasto, dos irmãos solteiros, dos filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que residam na mesma casa (§1º do art. 20), lembrando que agora podem ser utilizados outros elementos probatórios, da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento incluído pela Lei 13.146/2015;
- (c) não estar vinculado a nenhum regime de previdência social;
- (d) não receber qualquer espécie de benefício;
- (e) possuir nacionalidade brasileira ou nacionalidade portuguesa, em consonância com o disposto no Decreto nº 7.999, de 8 de maio de 2013, desde que comprovem, em qualquer dos casos, residência no Brasil e atendam a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento⁵⁰;
- (f) possuir residência fixa no país.

⁵⁰ No caso de estrangeiros, o art. 7º do Decreto nº 6.214 exige que sejam naturalizados e domiciliados no Brasil, e atendam a todos os demais critérios estabelecidos em regulamento. Contudo, este tema será apreciado pelo STF, que reconheceu a Repercussão Geral no RE 587970, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio (DJe 02.10.2009), ainda, até este momento, sem previsão para julgamento.

O Decreto 8.805/16 trouxe também como requisito para a concessão:

(g) a manutenção e a revisão do benefício as inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas - CPF e no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - CadÚnico.

Para isto, basta o usuário ir à secretária de assistência social do seu Município e realizar seu cadastro, no qual será fornecido seu número de identificação social – NIS.

Segundo este novo decreto, o usuário que não realizar a inscrição ou a atualização no CadÚnico, no prazo estabelecido em convocação a ser realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, terá o seu benefício suspenso, conforme disciplinado em ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Social e Agrário. (Decreto 8.805/16)

O Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) é um instrumento de coleta de dados e informações com o objetivo de identificar todas as famílias de baixa renda existentes no país, afim de incluí-las nos programas sociais do Governo Federal como o Benefício de Prestação Continuada, Bolsa Família, Projovem, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), Tarifa Social de Energia Elétrica, Programa Minha Casa Minha Vida e outros.

Por ocasião do requerimento do benefício, conforme disposto no § 1º do art. 15, do Decreto 8.805/16, o requerente ratificará as informações declaradas no CadÚnico, ficando sujeito às penas previstas em lei no caso de omissão de informação ou de declaração falsa.

O Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário e o INSS garantirão as condições necessárias para a realização da avaliação social e da avaliação médica necessária ao Benefício de Prestação Continuada.

A LOAS contém outras disposições que mereceriam destaque para uma compreensão detalhada do Sistema único de Assistência Social, mas, em razão dos objetivos do presente estudo, deixarão de ser apreciadas, pois se pretende a seguir apontar algumas decisões do judiciário que identificam o importante direito fundamental social,

identificando o nível de proteção que o direito à assistência social confere aos seus destinatários, tendo como base os princípios constitucionais, a fim de romper tensões entre a normatividade constitucional e a infraconstitucional, tendo como base o caso concreto.

4.6. Qual definição de família deve ser considerada para fins do recebimento do benefício assistencial

Qual é o conceito de “família” para aferição da renda?

Primeiramente, deve-se destacar que a Constituição Federal reconhece a família como a base da sociedade e, por isso impõe ao Estado o dever fundamental de protegê-la. Assim, em função de sua relevância deve proporcionar à família condições básicas para que esta entidade consiga desempenhar seu papel.

A assistência social é um instrumento criado para a efetivação dessa proteção em favor da família.

Contudo, **originalmente**, a Lei nº 8.742/93 (LOAS) definiu dessa forma: “§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.”

Depois, foi alterada pela Lei 9.720, de 1998 para: “§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.720, de 1998).”

E, finalmente, está com a alteração dada pela lei 12.435, de 2011:

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Perceba que o conceito de família inicialmente traçado e, mesmo depois à luz da regra do campo previdenciário (entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91⁵¹), se comparados com o texto constitucional, estendeu-se, alcançou-se um olhar mais amplo e exemplificativo daquele fixado pela lei infraconstitucional. Essa transformação se deu por cota de muitos debates na doutrina e na jurisprudência.

O que se nota foi que o legislador ordinário apenas selecionou, dentre as possibilidades existentes, qual seria a família para fins previdenciários, devidamente delimitada à luz de um juízo de seletividade e distributividade que lhe foi dado.

É necessário destacar ainda que a exigência “desde que vivam sob o mesmo teto” (art. 20 da Lei nº 8.742/93) é tão somente requisito para o deferimento do benefício.

Nas palavras de Marques⁵²:

é necessário ser visto com reservas, pois o sistema assistencial público tem como condição (o que implica dizer que bem antes dos próprios requisitos do benefício) a deficiência prévia do sistema assistencial individual e particular (familiar). Assim, ainda que não viva sob o mesmo teto, uma vez demonstrado que os parentes elencados no art. 16 (da Lei n. 8.213/91) possuem possibilidade de tutelar economicamente o indigente, não há que falar em deferimento do benefício assistencial, uma vez que a proteção familiar (dever de alimentos) precede a própria proteção estatal (assistencial). Por isto, se a própria proteção pública já se mostra impertinente, quanto mais o deferimento do benefício.

⁵¹ Art.16.São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:
I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015);

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015).

⁵² MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social** – São Paulo: LTr, 2009. p. 64.

Contudo, veja o julgado que fundamenta a decisão sob o enfoque do novo conceito de família alterado pela Lei 12.435/2011:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS. DECISÃO FUNDAMENTADA.

I - Preenchidos os requisitos necessários para concessão do benefício assistencial, à luz do inciso V, do art. 203 da Constituição Federal, c.c. o art. 20 da Lei nº 8.742/93, quais sejam: 1) ser pessoa portadora de deficiência que a incapacite para o trabalho, ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, conforme o artigo 34, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.471/2003) e 2) não possuir meios de subsistência próprios ou de seus familiares, cuja renda mensal per capita deve ser inferior a ¼ do salário mínimo.

II - A Lei 12.435/11 alterou o conceito de família, dando nova redação ao art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93, não mais remetendo ao art. 16 da Lei nº 8.213/91 para identificação dos componentes do grupo familiar.

III - O Superior Tribunal Federal, decidiu em sede de reclamação, que a miserabilidade pode ser aferida por outros meios, desaconselhando a aplicação rígida do artigo 20, § 3º, parte final, da Lei nº 8.742/93 (conforme RcL 3805/SP - Relatora: Ministra Carmen Lúcia, em julgamento realizado em 09/10/2006, publicado no DJ de 18/10/2006, pp - 00041).

IV - Proposta a demanda em 23.09.2008, o(a) autor(a) com 36 anos (nascimento em 30.03.1972).

V - Laudo médico pericial, datado de 10.05.2010, informa que a requerente apresenta distúrbio visual e hidrocefalia. Conclui que a incapacidade é parcial e definitiva. Destaca que depende da mãe para deambular.

VI - Pessoa portadora de deficiência é aquela que está incapacitada para a vida independente e para o trabalho, em razão dos males que a acometem, como é o caso dos autos. O rol previsto no art. 4º, do Decreto n.º 3.298/99 não é exaustivo.

VI - Estudo social, de 30.06.2011, informa que a autora reside com os genitores (núcleo familiar composto por 3 integrantes), em imóvel próprio. A renda mínima advém da aposentadoria auferida pelo pai. Faz consta que o imóvel é antigo e necessita de reforma. Observa que os pais da autora são idosos e doentes. Destaca a requerente necessita de ajuda constante dos genitores para locomoção.

VII - Autarquia junta informações do Sistema Dataprev indicando que o pai da peticionaria auferia aposentadoria por tempo de contribuição, com DIB em 11.02.1998, no valor de R\$ 566,63 - na competência de outubro de 2011 (1,03 salários-mínimos).

VIII - Decisão deve ser mantida, para que seja concedido o benefício ao(à) requerente, tendo comprovado a situação de miserabilidade, à luz da decisão do E. STF (ADI 1232/DF - Julgado - 27/08/98 - Rel. Min. Ilmar Galvão), em conjunto com os demais dispositivos da Constituição Federal de 1988, uma vez que não tem condições de manter seu próprio sustento nem de tê-lo provido por sua família, já que o núcleo familiar é composto por 3 integrantes que possuem renda mínima, sendo que os genitores da autora são idosos, doentes e a requerente necessita de auxílio de terceiros para atividade diárias.

IX - Não merece reparos a decisão recorrida.

X - É pacífico o entendimento nesta E. Corte, segundo o qual não cabe alterar decisões proferidas pelo relator, desde que bem fundamentadas e quando não se verificar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que possa gerar dano irreparável ou de difícil reparação.

XI - Agravo não provido.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1768088 - 0029066-59.2012.4.03.9999, Rel. JUIZA CONVOCADA RAQUEL PERRINI, julgado em 26/11/2012, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/12/2012)

4.7. Estado de miserabilidade – como aferir?

Por que cada vez mais pessoas socorrem-se do poder judiciário para garantir seu direito à assistência social indeferido na esfera administrativa? Quais os parâmetros usados no poder judiciário para aferição deste Benefício de Prestação Continuada?

O benefício assistencial já concedido a um idoso da família, pode ser computado para fins do cálculo da renda familiar per capita?

É possível avaliar a situação de miserabilidade apenas com o mero cálculo aritmético, como disposto na Lei?

Para tentar responder às perguntas elencadas acima é preciso observar o que o legislador definiu inicialmente como *pobreza* para fins assistenciais: miserável é aquele que apresenta renda inferior a ¼ do salário –mínimo.

É dessa forma que ficou preceituado o § 3º, art. 20, da Lei nº 8.742/93: “*considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idoso a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo*”.

Destaca-se que na mesma lei há menção da expressão “mínimos sociais”, os quais são adotados pelo legislador ordinário como medida quantitativa do direito social à assistência. Vejam:

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

Art. 2º, parágrafo único: Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo **mínimos sociais** e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a universalização dos direitos sociais. (grifo nosso).

O entendimento desse ponto é que se deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores na estipulação de pensão e de outros benefícios: de um lado a necessidade do benefício, e de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo”. O que, para alguns justifica o fato de o legislador ordinário, bem ou mal, ter cumprido o dever de editar a lei, estabelecendo um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional.

Só que esta lei veio a ferir o preceito constitucional do art. 203, inciso V, que estabeleceu tal benefício a quem dele necessitar, ou seja, restringir a interpretação da Lei federal (8.742/93 - LOAS) resultando em desrespeito ao mandamento constitucional.

Na ADI nº 1.232/DF, que julgou o conceito de miserabilidade para a concessão do benefício de amparo assistencial, o ministro Nelson Jobim, em seu voto, afirmou que 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 de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível, porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição.

O voto do ministro Sepúlveda Pertence foi de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. Ao seu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Perguntou ele: haverá, aí, inconstitucionalidade por missão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim (respondeu o ministro), mas isso não encontrará remédio nesta ação direta.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou esta questão da aferição do estado de miserabilidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, nela

assentou-se que o critério objetivo instituído pela Lei de Organização da Assistência Social (LOAS – Lei nº 8.742/93) para fins de comprovação da condição de pobreza era compatível com a Constituição Federal de 1988 e que outros requisitos poderiam ser estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, declarando-se, portanto, a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS, em decisão assim ementada:

CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE” (ADI nº 1.232/DF, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Relator p/o acórdão o Ministro Nelson Jobim, Tribunal Pleno, DJ de 1º/6/01).

Esta ação foi proposta pelo Procurador Geral da República que argumentou que a disposição da norma legal limitava e restringia indevidamente o direito constitucional ao benefício assistencial.

O Supremo Tribunal Federal, ao estabelecer que o único e exclusivo critério para aferição da miserabilidade para fins do benefício assistencial era aquele traçado pelo art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, fez com que diversas Reclamações Constitucionais fossem apresentadas, visto que durante os debates da referida ADI (nº 1.232/DF) houve manifestação no sentido de ser possível, no caso concreto, a adoção de requisitos diversos do critério objetivo positivado na norma como prova da miserabilidade do requerente.

Por conta disso, viu-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal, não conseguiu pôr termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS.

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Por conta do Recurso Extraordinário - RE 567985 RG/MT, acerca do parâmetro da renda, o Plenário do C. STF, em 18.04.2013, decidiu em Repercussão Geral, de relatoria do e. Ministro Marco Aurélio e relator para o acórdão o e. Min. Gilmar

Mendes, declarou a inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, que considera hipossuficiente o idoso ou portador de deficiência cuja renda mensal per capita não atinge ¼ do salário mínimo, em síntese: ***“...Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)”***

Na Reclamação RCL 4134 AGR/PR, o ministro Dias Toffoli em seu voto afirmou que *“a complexidade da matéria, observada no caso concreto, fez chegar a esta Suprema Corte diversos processos, tanto em fase recursal, como em sede originária, por meio de reclamação constitucional.”* Segue a ementa do Agravo Regimental na Reclamação 4.134 Paraná:

EMENTA

Agravo regimental em reclamação. Perfil constitucional da reclamação. Ausência dos requisitos. Recurso não provido. 1. Por atribuição constitucional, presta-se a reclamação para preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões (art. 102, inciso I, alínea I, CF/88), bem como para resguardar a correta aplicação de súmula vinculante (art. 103-A, § 3º, CF/88). 2. A definição dos critérios a serem observados para a concessão do benefício assistencial depende de apurado estudo e deve ser verificada de acordo com as reais condições sociais e econômicas de cada candidato à beneficiário, não sendo o critério objetivo de renda per capita o único legítimo para se aferir a condição de miserabilidade. Precedente (Rcl nº 4.374/PE). 3. Agravo regimental não provido.

Resulta daí que o STJ continuou mantendo seu posicionamento no sentido de possibilidade de aferição da miserabilidade por demais meios de prova. Neste sentido vide os julgamentos:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, **diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana**, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. **A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.**

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tariffação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

(REsp 1112557/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009)

O Informativo de Jurisprudência nº 0505 de 2012⁵³ também comentou o assunto, ressaltando que o critério previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 (renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo) não impedia a concessão do correspondente benefício assistencial, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.

No julgamento do REsp 1.112.557-MG, representativo de controvérsia, o STJ firmou o entendimento de que a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, visto que esse critério é apenas um elemento objetivo para aferir a necessidade.

Ademais, no âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz, não o sistema de tariffação legal de provas.

Assim, essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado,

⁵³ www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0505.rtf

não podendo vincular o magistrado a um elemento probatório sob pena de cercear o seu direito de julgar.

Tem-se vários precedentes: REsp 1.112.557-MG, DJe 20/11/2009. AgRg no AREsp 224.185-SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 2/10/2012.

Como já visto, o artigo 34, da Lei nº 10.741/2003, prevê que é assegurado o pagamento de benefício assistencial ao idoso, a partir de 65 anos, desde que não possua condições de prover o próprio sustento ou tê-lo previsto por sua família. O parágrafo único do dispositivo citado estabelece que o benefício já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins da apuração da renda per capita a que se refere a LOAS.

Inicialmente, o E. Superior Tribunal de Justiça interpretou de forma restritiva o normativo, entendendo que deveria ser excluído do cálculo da renda per capita tão somente o benefício assistencial recebido por outro membro do núcleo familiar.

Posteriormente, considerou que também o benefício previdenciário de valor mínimo recebido por maior de 65 anos não deveria ser computado no cálculo da renda familiar per capita.

Recentemente, o C. Superior Tribunal de Justiça assentou no julgamento do RESP n.º 1.355.052/SP que o comando normativo previsto no art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/03 (Estatuto do Idoso) deve ser aplicado, por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por deficiente, em condições de vulnerabilidade social, a fim de que o benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso que integra o núcleo familiar, não seja computado no cálculo da renda per capita.

Confira-se:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NA LEI N. 8.742/93 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AFERIÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. RENDA PER CAPITA. IMPOSSIBILIDADE DE SE COMPUTAR PARA ESSE FIM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO, RECEBIDO POR IDOSO.

1. Recurso especial no qual se discute se o benefício previdenciário, recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, deve compor a renda familiar para fins de concessão ou não do benefício de prestação mensal continuada a pessoa deficiente.

2. Com a finalidade para a qual é destinado o recurso especial submetido a julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC, define-se: Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido

de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93.

3. Recurso especial provido. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008.

(REsp 1355052/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/02/2015, DJe 05/11/2015).

Capítulo 5 – ANÁLISE DOS CRITÉRIOS/REQUISITOS USADOS NOS JULGADOS PARA CONCESSÃO OU NÃO DO BENEFÍCIO (interpretação jurisprudencial)

Há duas formas de requerer benefícios previdenciários, inclusive o BPC, uma é através do processo administrativo, a outra é através do processo judicial.

O procedimento administrativo é realizado diretamente na Agência da Previdência Social (INSS) e não exige a postulação de ação judicial ou contratação de intermediários (advogado ou qualquer outra pessoa). Para requerer o BPC/LOAS, agenda-se por telefone- pelo 135 ou Agência do INSS.

É preciso apresentar uma série de documentos e formulários devidamente preenchidos. Os formulários utilizados para o requerimento do benefício serão disponibilizados, por meio dos sítios eletrônicos, do Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário (<http://mds.gov.br/>) ou pelo INSS (<http://www.previdencia.gov.br/>).

Sendo indeferido o benefício, o cidadão poderá ingressar com ação judicial para apreciação do seu pedido.

Destaca-se que, na fase administrativa, a interpretação da legislação se dá na visão clássica liberal de obediência fiel e cega ao princípio da “estrita” legalidade, não se levando em conta a interpretação segundo os princípios previdenciários constitucionais e infraconstitucionais, segundo o articulista Alberto Rodrigo Patino Vargas, p. 17/24 in *Previdência Social: em busca da justiça social*⁵⁴.

Resulta daí e de outros fatores, a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Nas palavras de Barroso⁵⁵:

⁵⁴ SERAU JR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa; (organizadores). **Previdência Social: em busca da justiça social** – São Paulo: LTr, 2015. P. 17 a 24.

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.p. 410.

Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. (...) com isso, aumentou-se a demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário verificou-se no Brasil uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.

Como se vê, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do § 3º do art. 20, não há mais critério objetivo de aferição da miserabilidade, de modo que, no entendimento de *Marisa Ferreira dos Santos*, “cabe ao juiz, usando seu livre-convencimento motivado, avaliar o estado de necessidade que justifique a concessão do benefício.”⁵⁶

Esse também é o entendimento do TRF da 4ª Região: “Tendo em vista a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, reconhecida no julgamento dos Recs. Exts. 567.985 e 580.963 em 18/04/2013, a miserabilidade para fins de benefício assistencial deve ser verificada em cada caso concreto.

Ainda, nos dizeres de *Marisa Ferreira dos Santos*, a questão está longe de ser resolvida, porque a falta de critérios objetivos dá lugar a interpretações subjetivas que poderão levar a decisões diferentes em situações assemelhadas.

Nesse sentido, segue a Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- O benefício assistencial está previsto no art. 203 da Constituição Federal, c.c. o art. 20 da Lei nº 8.742/93 e é devido à pessoa que preencher os requisitos legais necessários, quais sejam: 1) ser pessoa portadora de deficiência que a incapacite para o trabalho, ou idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, conforme o artigo 34, do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.471/2003) e 2) não possuir meios de subsistência próprios ou de seus familiares, cuja renda mensal per capita deve ser inferior a ¼ do salário mínimo.

- A Lei 12.435/11 alterou o conceito de família, dando nova redação ao art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93, não mais remetendo ao art. 16 da Lei nº 8.213/91 para identificação dos componentes do grupo familiar.

⁵⁶ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** – coord. Pedro Lenza. – 4 ed. – São Paulo Saraiva, 2014. p.134-135.

- Por decisão do Plenário do C. STF, em 18.04.2013, por ocasião do julgamento do RE 567985 RG/MT, submetido à Repercussão Geral, de relatoria do e. Ministro Marco Aurélio e relator para o acórdão o e. Min. Gilmar Mendes, foi declarada a inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, que considera hipossuficiente o idoso ou portador de deficiência cuja renda mensal per capita não atinge ¼ do salário mínimo.

- Acrescente-se, ainda que o artigo 34, da Lei nº 10.741/2003, prevê que é assegurado o pagamento de benefício assistencial ao idoso, a partir de 65 anos, desde que não possua condições de prover o próprio sustento ou tê-lo previsto por sua família. O parágrafo único do dispositivo citado estabelece que o benefício já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins da apuração da renda per capita a que se refere a LOAS.

- Recentemente, o C. Superior Tribunal de Justiça assentou no julgamento do RESP n.º 1.355.052/SP que o comando normativo previsto no art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/03 (Estatuto do Idoso) que deve ser aplicado, por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por deficiente, em condições de vulnerabilidade social, a fim de que o benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso que integra o núcleo familiar, não seja computado no cálculo da renda per capita.

- O E. Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 580.963/MT, julgado sob o rito da repercussão geral, negou provimento a recurso do INSS e declarou incidenter tantum, a inconstitucionalidade por omissão parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único do Estatuto do Idoso.

- A Suprema Corte assentou no referido julgado o entendimento de que não há justificativa para a discriminação dos deficientes em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários do amparo social ou de benefício previdenciário no valor mínimo

- Proposta a demanda em 30.05.2008, o autor, nascido em 11.03.1948, instrui a inicial com documentos.

- O laudo médico pericial, de 28.10.2009, aponta que o autor é portador de coxartrose bilateral e artrose quadril D e E. Conclui pela incapacidade total e permanente.

- Foram ouvidas testemunhas que confirmam que conhecem o autor e sabem que ele trabalhava nas lides campestres e deixou de trabalhar em razão dos problemas de uma das pernas. Além da esposa, os filhos residem com o autor, sendo que a filha possui deficiência.

- Veio o estudo social, realizado em 04.09.2014, informando que o requerente, com 66 anos de idade, reside com a esposa, de 56 e com os filhos de 39, 32 e 27 anos e o neto de 04 anos. A família reside em casa própria, adquirida há mais de 20 anos. A construção é de alvenaria, de piso cerâmico, forrada, composta de 04 quartos, sala, cozinha. Dispõe de todos os móveis e eletrodomésticos necessários ao conforto da família. A renda familiar é de R\$2.048,00 proveniente do BCP do autor e da filha deficiente e do valor aproximado de R\$300,00 que cada um dos filhos recebe como diarista. A esposa do autor, trabalhava como diarista, mas por problemas de depressão há alguns anos não trabalha, faz tratamento psiquiátrico em Campo Grande.

- Além do requisito etário, a hipossuficiência está comprovada, eis que o requerente não possui renda e os valores auferidos pelos filhos são insuficientes para suprir as necessidades do requerente, que sobrevive com dificuldades, considerando, sobretudo, o núcleo familiar de 06 pessoas, sendo uma criança e que 03 possuem problemas de saúde.

- A sentença deve ser mantida, para que seja concedido o benefício à requerente, tendo comprovado o requisito etário e a situação de miserabilidade, à luz das

decisões referidas, em conjunto com os demais dispositivos da Constituição Federal de 1988, uma vez que não tem condições de manter seu próprio sustento nem de tê-lo provido por sua família.

- O termo inicial deve ser mantido na data da citação (04.07.2008), eis que não é possível concluir pelos elementos constantes dos autos, a hipossuficiência da parte autora no momento em que pleiteou o benefício junto à via administrativa, em 08.06.2004. Ademais, a ação foi proposta somente em 30.05.2008.

- Deve haver a revisão a cada dois anos, a fim de avaliar as condições que permitem a continuidade do benefício, em face da expressa previsão legal (art. 21, da Lei nº 8.742/93).

- A correção monetária e os juros moratórios incidirão nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal em vigor, por ocasião da execução do julgado.

- A verba honorária deve ser fixada em 10% sobre o valor da condenação, até a data da sentença.

- As Autarquias Federais são isentas de custas, cabendo somente quando em reembolso.

- Por ocasião da liquidação, a Autarquia deverá proceder à compensação dos valores recebidos administrativamente ou em função da tutela antecipada, em razão do impedimento de cumulação.

- Cuidando-se de prestação de natureza alimentar, presentes os pressupostos do art. 300 c.c. 497 do C.P.C., é possível a antecipação da tutela.

- Apelos da parte autora e da Autarquia providos em parte. Mantida a tutela antecipada.

(TRF 3ª Região, OITAVA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2174051 - 0023670-62.2016.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL TANIA MARANGONI, julgado em 19/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:29/09/2016)

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. ART. 20, DA LEI Nº 8.742/93. REQUISITOS PREENCHIDOS. ABONO ANUAL INDEVIDO. INTELIGÊNCIA DO ART. 22 DO DECRETO 6.214/2007. DANO MORAL NÃO COMPROVADO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. O benefício de prestação continuada, regulamentado Lei 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS), é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

2. Em respeito ao princípio da isonomia, deve-se também estender a interpretação do Parágrafo único, do Art. 34, do Estatuto do Idoso, para excluir do cálculo da renda per capita familiar também os benefícios de valor mínimo recebidos por deficiente ou outro idoso (RE 580963, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013).

3. O julgador não está adstrito apenas à prova pericial para a formação de seu convencimento, podendo decidir contrariamente às conclusões técnicas, com amparo em outros indicadores vislumbrados nos autos, tais como os atestados e exames médicos colacionados. Precedentes do STJ.

4. Demonstrado, pelo conjunto probatório, que não possui meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, faz jus a autoria à percepção do

benefício de prestação continuada, correspondente a 1 (um) salário mínimo, desde a data do último requerimento administrativo.

6. Incabível a condenação da Autarquia no pagamento do abono anual, conforme disposto no Art. 22 do Decreto 6.214/2007.

7. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal e, no que couber, observando-se o decidido pelo e. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4357 e 4425.

8. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme entendimento consolidado na c. 3ª Seção desta Corte (AL em EI nº 0001940-31.2002.4.03.610). A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante nº 17.

9. Tendo a autoria decaído de parte do pedido, é de se aplicar a regra contida no Art. 86, do CPC.

10. Remessa oficial, apelação e recurso adesivo providos em parte.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1917125 - 0000847-24.2011.4.03.6102, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, julgado em 20/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/09/2016)

Destarte, o que se denota da análise dos julgados trazidos neste trabalho é a preocupação na análise das situações de necessidade das pessoas envolvidas, visto que a principal característica que diferencia a previdência social da assistência social é que essa última cuida de situações atuais de necessidade, prestando socorro ou auxílio, **independente de qualquer pagamento prévio do assistido.**

Outro ponto importante que se depreende dos julgados é a extração dos princípios constitucionais aplicados às decisões referentes a pedido de benefício assistencial, com a finalidade de romper tensões entre a normatividade constitucional, a infraconstitucional e o caso concreto, proporcionando uma certa flexibilização dos requisitos legais.

Ainda, constata-se que o judiciário pode e tem cooperado para efetivação e concretude dos direitos e garantias estabelecidas na constituição federal para a Seguridade Social.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO **PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL.** POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE **MISERABILIDADE** DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE **PROVA,**

QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um **salário mínimo de benefício mensal**, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que **comprovem** não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de **benefício assistencial** aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja **família possua renda mensal** per capita inferior a **1/4 (um quarto) do salário mínimo**.
3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito **econômico**, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).
4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e **economicamente vulnerável**.
5. A limitação do valor da **renda per capita familiar** não deve ser considerada a única forma de se **comprovar** que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se **aferrir** a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a **miserabilidade** quando **comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo**.
6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarificação legal de **provas**, motivo pelo qual essa delimitação do valor da **renda familiar** per capita não deve ser tida como único meio de **prova** da condição de **miserabilidade** do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.
7. Recurso Especial provido.

REsp 1112557 / MG RECURSO ESPECIAL 2009/0040999-9. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO (1133). DATA DO JULGAMENTO 28/10/2009. DJe 20/11/2009. RSTJ vol. 217 p. 963

Percebe-se nos julgados, além dos critérios objetivos, uma possível flexibilização, mediante os preceitos relativos à dignidade humana, à solidariedade social, à erradicação da pobreza, à assistência aos desamparados entre outros.

O “cerne” é analisar a lei infraconstitucional pelo viés da melhor interpretação à luz dos princípios e valores fixados constitucionalmente. Destaca-se abaixo a Reclamação Rcl 4374, cujo relator foi o Min. Gilmar Mendes:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “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 requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição.

4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. **Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.** O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente

(Rcl 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013).

O que se depreende de todas as mudanças ocorridas desde que a Lei 8.742/93 foi editada é que o Supremo tem revelado interpretação da lei em busca da máxima realização possível dos valores da liberdade, da dignidade e da igualdade e, quando surgem conflitos entre os direitos, vê-se que *“o Tribunal busca a harmonia, dando peso maior a um ou a outro por meio de pronunciamentos motivados que levam em conta, além de elementos textuais, as conexões de sentidos entre os enunciados envolvidos, os fatos e os valores presentes. Em muitas decisões, comparou contextos históricos para afirmar desigualdades reais, mudanças sociais e avanços tecnológicos a justificar a evolução da aplicação dos direitos fundamentais, inclusive superando omissões legislativas”*, nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello.⁵⁷

Mas, até onde pode ir essa “liberdade” do intérprete

Como deve comportar-se o Poder Judiciário (o guardião da cidadania) ante a constatação legislativa deficiente ou insuficiente? Sendo que o próprio comando constitucional quem determinou: “nos termos da lei”?

Como se sabe, todo Sistema de Seguridade Social será organizado pelo Poder Público “nos termos da lei”(art. 194, parágrafo único, da Constituição Federal). E esse foi o raciocínio inicial da Corte Suprema no julgamento da ADI 1.232/DF de que deve haver o respeito à lei, ou melhor, o dever de observar o princípio da legalidade.⁵⁸

Todavia, se ao intérprete impõe-se o respeito à estrita legalidade, há que se fazer uma pergunta: **o que entender por princípio da legalidade? Aferir a legalidade significa apenas compatibilidade com a lei, ou também com os princípios e valores constitucionais?**

⁵⁷ MELLO, Marco Aurélio. **25 Anos de Interpretação Constitucional – uma História de Concretização dos Direitos Fundamentais**. Estadão, São Paulo, 09 out. 2013, Arena Jurídica, Política. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/25-a-nos-de-interpretacao-constitucional-uma-historia-de-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>. Acesso em nov/2016.

⁵⁸ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social** – São Paulo: LTr, 2009. p. 75 - 79

O princípio da legalidade hoje (conforme Lúcia Valle Figueiredo *apud* Marques⁵⁹) é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim, também há de se procurar solver as hipóteses de a norma ser omissa ou eventualmente faltante (...)entenda-se por legalidade a conformidade com a lei e a estrita compatibilidade com os princípios constitucionais da função administrativa e com os vetores constitucionais.

Nas palavras de Barroso⁶⁰ *“O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso; sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, exercendo preferências políticas de modo voluntarista em lugar de realizar os princípios constitucionais.”* No entendimento desse autor, os grandes papéis do tribunal constitucional são estes: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

Percebeu-se esse “agir” na Suprema Corte, quando o próprio Supremo Tribunal Federal reviu seu posicionamento ao reconhecer que o requisito do artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93 não poderia ser considerado taxativo (STF, RE n. 580963, com Repercussão Geral, Tribunal Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe n. 225, 14/11/2013).

A decisão concluiu que a mera interpretação gramatical do preceito, por si só, poderia resultar no indeferimento da prestação assistencial em casos que, embora o limite legal de renda per capita fosse ultrapassado, evidenciaria um quadro de notória hipossuficiência econômica.

Mais que isso, no mesmo RE n. 580963, o Pretório Excelso firmou entendimento no sentido da inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do § único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003, de modo que o benefício assistencial

⁵⁹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social** – SãoPaulo: LTr, 2009. p. 81.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 417.

percebido por pessoa da família, seja deficiente ou idosa, não entra no cálculo da renda mensal per capita regulada no artigo 20, § 3º, da LOAS.

Essa insuficiência da regra decorre não só das modificações fáticas (políticas, econômicas e sociais), mas principalmente das alterações legislativas que ocorreram no País desde a edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 1993.

A legislação federal recente, por exemplo, reiterada pela adoção de vários programas assistenciais voltados a famílias carentes, considera pobres aqueles com renda mensal per capita de até meio salário-mínimo (nesse sentido, a Lei n. 9.533, de 10/12/97 - regulamentada pelos Decretos n. 2.609/98 e 2.728/99; as Portarias n. 458 e 879, de 3/12/2001, da Secretaria da Assistência Social; o Decreto n. 4.102/2002; a Lei n. 10.689/2003, criadora do Programa Nacional de Acesso à Alimentação).

Em conclusão, não há como considerar o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 como absoluto e único para a aferição da situação de miserabilidade, até porque o próprio Estado Brasileiro elegeu outros parâmetros, como os defluentes da legislação acima citada.

Ademais, destaca-se o entendimento de *Eros Roberto Grau*, em “O novo velho tema da interpretação do direito”⁶¹, capítulo I, em que afirma:

O discurso do texto normativo está parcialmente aberto à inovação, mesmo porque o que lhe confere contemporaneidade é a sua transformação em discurso normativo [= transformação do texto em norma]. O direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que lhe conferem vida. E a realidade social é o presente; o presente é vida – e vida é movimento. Assim, o significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. A interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação a cada caso; em outros termos: opera a sua inserção na vida.

....

Como ela se dá no quando de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao singular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o singular.

⁶¹ LEITE, George Salomão...[et al.](coordenadores). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides-** São Paulo: Malheiros, 2016. p. 29.

Em outro julgado do TRF 3ª Região, conforme segue abaixo, muito embora improcedente por não caracterização de deficiência, houve a relativização do conceito de miserabilidade.

NONA TURMA, AC - APELAÇÃO CÍVEL - 2127221 - 0001553-38.2010.4.03.6103, Rel. JUIZ CONVOCADO RODRIGO ZACHARIAS, julgado em 12/09/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/09/2016) que negou provimento à apelação do autor pelo improcedência do seu pedido de concessão de benefício de prestação continuada por considerar-se pessoa com deficiência.

“No caso vertente, segundo o estudo social (f. 161/165), o autor reside em casa própria com a esposa (percipiente de benefício assistencial) e a enteada (percipiente de pensão por morte), mobiliada e em estado regular. A família sobrevive com dificuldades, conquanto a renda per capita familiar seja de 2/3 (dois terços) do salário mínimo. Com a desconsideração da renda, pela regra de ficção jurídica gerada pelo RE n. 580963, o autor poderia ser considerado hipossuficiente.

Todavia, segundo o laudo médico (f. 130/132), o autor, nascido em 1952, não foi considerado inválido, mas sim parcial e definitivamente incapaz para o trabalho, por ser portador de perda auditiva neurossensitiva bilateral (CID H90), hipertensão essencial (CID I10), gastrite não especificada (K29.7), e dor lombar baixa (CID M54.5).

Ora, à vista de tais circunstâncias, infere-se que a limitação precípua na saúde do autor, no caso, encontra-se situada no campo específico do trabalho.

A "obstrução parcial" na participação da sociedade decorre dos efeitos de qualquer doença séria, mas o caso presente não possui o grau necessário a ponto de transformá-la numa pessoa com deficiência para fins de percepção do benefício pretendido.

....”

No julgado a seguir, o INSS interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, em face da decisão que deferiu a tutela antecipada de concessão do benefício assistencial – LOAS a deficiente físico. Embora a renda per capita tenha sido um pouco superior ao limite legal, a situação de pobreza do requerente do benefício foi auferida pela leitura do estudo social. Assim foi negado provimento ao recurso do INSS.

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL- LOAS. DEFICIENTE. TUTELA DEFERIDA. ARTIGO 300 DO NCPC. REQUISITOS PRESENTES. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Consoante o disposto no artigo 203, inciso V, da C.F., a assistência social será prestada à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem "não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família".

2. A Lei nº 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, regulamentou o dispositivo constitucional, acima referido, estabelecendo em seu artigo 20 os requisitos para sua implantação, quais sejam: pessoa incapaz para a vida

independente e para o trabalho ou, pessoa idosa, bem como ter renda familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

3. Conforme documentos de fls. 22v/92, bem como o estudo social de fls. 176/179 comprovam que o autor, nascido em 04/2013, é portador de microcefalia, atrofia, epilepsia, síndrome de Pierre Robin e refluxo. Demonstram, ainda, que autor possui impedimentos de longo prazo que impedem sua participação ativa na sociedade, configurando a hipótese do artigo 20, parágrafo 3o., da Lei 8.742/93.

4. Quanto à insuficiência econômica, o estudo social de fls. 176/179, demonstra que o autor reside com seus genitores e com seus dois irmãos, sendo o sustento do grupo familiar garantido pelo salário auferido do genitor, que conforme CNIS de fls. 119 variou entre R\$ 1732,24 e R\$ 1897,74, entre 01/2015 e 01/2016. Embora, a renda per capita seja um pouco superior ao limite legal, o Juiz pode, em situações particularizadas, como é a hipótese dos autos, conforme se denota da leitura do estudo social, reconhecer a condição de pobreza do requerente do benefício. Assim considerando, verifico que não há nos autos documentos que comprovem a suficiência de recursos do agravado para prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

5. Agravo de instrumento improvido.

(TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 584370 - 0012349-54.2016.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL LUCIA URSAIA, julgado em 18/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/10/2016)

Como se mostra, o judiciário pode e deve cooperar para efetivação e concretude dos direitos e garantias estabelecidas na constituição federal para a Seguridade Social.

O outro lado da moeda é a discussão sobre os limites à influência do argumento econômico sobre o jurídico na aplicação do direito à assistência social.⁶²

A assistência social, nas palavras de *IBRAHIM*⁶³, é definida como atividade complementar ao seguro social:

Muito embora seja a lógica do sistema, a assistência social tem uma atuação muito aquém do necessário no atual contexto nacional. Todavia, como se sabe, o incremento de benefícios pecuniários, inclusive assistenciais somente pode ser realizado com a previsão de seu custeio, razão que atualmente impede a ampliação do segmento assistencial brasileiro.

⁶² SERAU, Marco Aurélio Júnior. COSTA, José Ricardo Caetano. **Benefício assistencial: Lei n. 8.742/93: temas polêmicos** – São Paulo: LTr, 2015, p. 32-42

⁶³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**- 19.ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2014. p. 13.

Porém, a discussão sobre limites à influência do econômico sobre o jurídico na aplicação dos direitos de proteção social não é o foco deste trabalho, ainda que se sabe da sua grande influência.

Ainda, o mesmo autor diz:

De fato, ainda que o Legislador frequentemente utiliza-se de parâmetros objetivos para a fixação de direitos, a restrição financeira pode e deve ser ponderada com características do caso concreto, sob pena de condenar-se à morte o necessitado. Ainda que a extensão de benefício somente possa ser feita por lei, não deve o intérprete omitir-se à realidade social.

Dentro do atual momento pós-positivista do Direito, aliado à reconhecida força normativa da Constituição, os princípios jurídicos constitucionais são dotados também de eficácia positiva, além das clássicas eficácias interpretativa e negativa, permitindo a demanda judicial de seu núcleo fundamental. A concessão do benefício assistencial, nestas hipóteses, justifica-se a partir do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual possui, como núcleo essencial, plenamente sindicável, o mínimo existencial, isto é, o fornecimento de recursos elementares para a sobrevivência digna do ser humano (p. 14).

Percebe-se, com base na jurisprudência apresentada e na decisão do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade do conceito de miserabilidade dado pela LOAS, uma evolução jurisprudencial na realização da justiça social e concretização da cidadania social existencial, com uma postura teórica mais evolutiva da dignidade da pessoa humana.

Destaca-se, por fim, trecho do Livro Democracia e Direitos Fundamentais homenagem 90 anos Paulo Bonavides p.27⁶⁴:

Bonavides sempre defendeu um Judiciário corajoso, altivo, sensível à efetivação dos direitos fundamentais. Isso não significa, entretanto, atribuir ao Judiciário a função de “redentor da democracia”, de solucionador das panaceias políticas e sociais, de tutor de uma sociedade cada vez mais sedenta por novos rumos institucionais. Ao contrário! A sua preocupação é no sentido de aproximar o povo do efetivo exercício democrático; é construir pontes no abismo que hoje agasta os reais detentores da soberania popular dos poderosos de

⁶⁴ LINHARES, Emanuel Andrade, Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto...[et al.] Organização; **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 27.

plantão. Não crê em reformas políticas superficiais, que não concedem qualquer parcela adicional de competência participativa ao povo no desempenho direto da soberania.

Diante de todo o exposto, vê-se que a jurisdição dada pela Constituição é um dos instrumentos para a garantia do regime democrático, visto que esse alcance potencial se justifica por causa do princípio da inércia da jurisdição. Assim, quando provocado, o poder judiciário pode e deve participar na proteção e concretização dos valores, regras e princípios fundamentais que dizem respeito à pessoa humana e à sua dignidade, garantidos pela Constituição Federal. Visto que o estabelecimento de metas e programas sociais, veiculados por leis vagas e imprecisas, acarreta maior liberdade na interpretação jurídica por parte do juiz, alargando a discricionariedade interpretativa, com a possibilidade de incremento da criação judicial do direito.

CONCLUSÃO

A análise da Lei Orgânica da Assistência Social à luz dos princípios e direitos constitucionais demonstrou que a lei infraconstitucional ficou muito aquém do esperado para o alcance desses princípios e direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1.988.

Diante disso e levando-se em conta que os princípios jurídicos constitucionais são dotados também de eficácia positiva, a jurisprudência tem forçado a revisão de conceitos infra legais restritivos aos direitos já garantidos constitucionalmente.

Dentre essas mudanças, destacou-se algumas, quais sejam: a decisão do STF em declarar a inconstitucionalidade tanto do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993, ao prever o critério objetivo de renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo, assim como do art. 34, parágrafo único, da Lei nº 10.741/2003, por restringir ao idoso a benesse de percepção simultânea de benefícios assistenciais sem cômputo na renda familiar. Ainda, a mudança ocorrida no conceito da deficiência, primeiramente por conta da aprovação pelo Brasil do texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e depois com a Lei nº 13.146/2015 que trouxe nova redação à LOAS, ou seja, que a deficiência pode ser física, mental, intelectual ou sensorial que impossibilite o titular de participar de forma plena e efetiva na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas que não possuam tal impedimento.

Assim também a mudança no conceito de família para o cálculo da renda familiar, pois agora não se faz mais a remissão à Lei 8.213/91, fonte de divergências, mas sim ao novo conceito trazido pela Lei nº 12.435/2011 que diz que a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Conclui-se com a análise de alguns julgados referentes à concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) ao idoso e ao deficiente que o

judiciário tem ido além dos critérios objetivos legais, amparando-se não só nos elementos textuais, mas também nas conexões de sentidos entre os enunciados envolvidos, os fatos e os valores presentes, ou seja, nos princípios e fundamentos constitucionais para embasarem suas decisões.

Ao mostrar que os direitos sociais de segunda geração (típicos do Estado Social, que se somam aos tradicionais direitos de defesa e liberdades individuais do Estado Liberal) vinculam o Poder Público a realizar prestações positivas em favor dos que necessitam, demonstrou-se que o princípio da dignidade da pessoa humana na dimensão de mínimo existencial é o fundamento último desse dever estatal. Viu-se que, na seara do Judiciário, em diferentes instâncias, decisões que demonstraram avanços nesses direitos sociais para fazer valer o projeto constitucional de inclusão social e vida digna.

Rompeu-se tensões entre a normatividade constitucional, a infraconstitucional e o caso concreto, proporcionando uma certa flexibilização dos requisitos legais, dentro da ideia de harmonizar os conflitos entre direitos, para efetivar e concretizar os direitos e garantias estabelecidas na Constituição Federal para a Seguridade Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALERA, Wagner. *Noções Preliminares de Direito Previdenciário*. 2. Ed., revista e ampliada. São Paulo: Quartier Latin. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais - o princípio da dignidade da pessoa humana**, 2008. p. 282.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos** – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DALVI, Luciano. **Aposentadoria, revisão e benefícios assistenciais**. Campo Grande: Contemplar, 2015.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência (Loas): teoria e prática**. Curitiba: JuruáLTr, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**- 19.ed.- Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LEITE, George Salomão...[et al.](coordenadores). **Ontem, os códigos! Hoje, as constituições: homenagem a Paulo Bonavides**- São Paulo: Malheiros, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** – 19. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

LINHARES, Emanuel Andrade, Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto...[et al.] Organização; **Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides**. 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Fundamentos de direito da seguridade social**, 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELLO, Marco Aurélio. **25 Anos de Interpretação Constitucional – uma História de Concretização dos Direitos Fundamentais**. Estadão, São Paulo, 09 out. 2013, Arena Jurídica, Política. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/25-anos-de-interpretacao-constitucional-uma-historia-de-concretizacao-dos-direitos-fundamentais/>>. Acesso em nov/2016.

MORO, Sérgio Fernando. **Temas atuais de direito previdenciário e assistência social**. Organizado por Daniel Machado da Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NASSAR, Elody Boulhosa. **Previdência social na era do envelhecimento** – São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. Análise Crítica do Benefício de Prestação Continuada e sua efetivação pelo Judiciário. **Revista CEI, Brasília**, Ano XVI, n. 56, p. 15-27, jan/abr.2012.

ROCHA, Daniel Machado da Rocha, **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**, 2012.

SANTOS, Denise Tanaka dos. **Assistência social: o critério de necessidade**. Florianópolis: Conceito, 2013.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** – coord. Pedro Lenza. – 4 ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SERAU JR, Marco Aurélio; FOLMANN, Melissa; (organizadores). **Previdência Social: em busca da justiça social** – São Paulo: LTr, 2015.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (Coord.). **Benefício assistencial: lei 8742/93 - temas polêmicos**. São Paulo: LTR, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

VIEIRA, Evaldo Amaro. **Políticas sociais e direitos sociais no Brasil mudam ao sabor e ao ritmo das mudanças constitucionais, prática política subordinada às classes dirigentes, regidas pelos interesses externos**. Professor Titular Doutor em Sociologia da Educação e Ciências da Educação, da Faculdade de Educação da USP. <<http://www.revistas.usp.br/comueduc/article/view/36299/39019>> acessado em 24/09/2016, às 00:29hs.

_____. www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0505.rtf

_____. Instrução Normativa INSS/DC nº 95/2003 – arts. 619.

_____. web.trf3.jus.br/base-textual

_____. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 03.out.2016.

LOAS ANOTADA – **Lei Orgânica de Assistência Social**. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome página da internet (www.mds.gov.br), 03/2009.

Publicações da Escola da AGU: LOAS - **Comentários à Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993** - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal - Ano VII, n. 36. (jan./fev. 2015).