

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATU SENSU*

**O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DO IDOSO E SEUS ASPECTOS
CONTROVERTIDOS**

ROBERTA SILVIA DE CARVALHO

**O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DO IDOSO E SEUS ASPECTOS
CONTROVERTIDOS**

ESPECIALIZAÇÃO: Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Luis Eduardo Patrone Regules.

ROBERTA SILVIA DE CARVALHO

**O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DO IDOSO E SEUS ASPECTOS
CONTROVERTIDOS**

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, como
exigência para obtenção do título de
ESPECIALISTA em Direito Constitucional.

Data da Aprovação: _____

Banca Examinadora:

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a): _____

Instituição: _____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Ao Dr. Prof. Luís Eduardo Patrone Regules, minha gratidão por ter sido orientador presente e fonte de incentivo e dedicação à vida acadêmica, cujos ensinamentos foram imprescindíveis para que esse trabalho se realizasse.

Aos demais professores do curso de Direito Constitucional da pós-graduação *latu sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pela paciência e dedicação na arte do ensinar.

Aos meus familiares pelo carinho e compreensão e especialmente ao meu querido Cássio Nogueira Pressinotti pela paciência nas horas mais longas dedicadas aos estudos.

Aos amigos Fábio Yasuda, Ana Paula Munhoz, Raul e Djhayne Dâlmônico da Silva por compartilharem os mesmos ideais acadêmicos.

Ao amigo Alexandre Sanson a quem agradeço pelo auxílio nas horas mais inoportunas.

RESUMO

A presente monografia realiza uma reflexão sobre os aspectos controvertidos do benefício de prestação continuada conferido ao idoso em situação de vulnerabilidade e risco social.

O critério objetivo de aferição de miserabilidade previsto no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 tem se mostrado muito rígido, obrigando a um número cada vez maior de pessoas a recorrer ao Poder Judiciário para conseguir a efetivação dos seus direitos sociais.

A atuação do Poder Judiciário em substituição a função administrativa do órgão responsável pela concessão do benefício de prestação continuada tem sido positiva, por dar maior efetividade a um direito social, por outro lado tem provocado um maior acúmulo de demandas judiciais, ocasionado diversos problemas.

A edição de leis com critérios mais razoáveis poderiam solucionar esta situação, uma vez que o benefício de prestação continuada constitui um importante instrumento de proteção social.

Palavras chaves: Poder Judiciário, idoso e benefício de prestação continuada (BPC).

SUMMARY

This monograph intend to do a reflection about contested aspects of continuous cash benefit program given to elderly people on a situation of vulnerabilty and social risk.

The objective criterea for measuring misery laid down on Article 20, § 3º, of Law 8.742/1993 have been shown so strited, which forces a number of each more people to use the Judiciary Power in order to get your social rights.

The role of Judiciary Power in substitution of administrative function of responsible body for granting the benefit of continous cash benefict program has been positive, in order to give a greater effectiveness as a social right, on the other hand it has been causing a greater accumulation of lawsuits, which causes many problems.

The law edition with criteras more reasonable could solve this situation, once the continuous cash benefit program consist on an important instrument of social protection.

KEYWORDS: Judiciary Power; the elderly; Continuous Cash Benefit Program (BPC).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
 CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL.....	10
1.1. Histórico Constitucional.....	12
1.2. Assistência Social.....	15
1.2.1. Conceito e princípios da assistência social.....	17
1.2.2. Diretrizes e custeio da assistência social.....	19
1.3. As espécies de benefício assistencial.....	21
1.3.1. Benefício de prestação continuada para a pessoa com deficiência.....	22
1.3.2. Benefício de prestação continuada para o idoso.....	24
1.3.3. Benefício de prestação continuada para o estrangeiro.....	25
1.3.4. Benefício de transferência de renda e o novo parâmetro para renda mensal <i>per capita</i> familiar do benefício de prestação continuada.....	28
1.3.5. Benefícios eventuais e serviços socioassistenciais.....	29
 CAPÍTULO II - A ASSISTÊNCIA SOCIAL NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	31
2.1. Inglaterra.....	31
2.2. Alemanha.....	32
2.3. Espanha.....	33
2.4. Portugal.....	33
2.5. França.....	34
2.6. Itália.....	34
 CAPÍTULO III - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA O IDOSO.....	36
3.1. Histórico legislativo.....	36
3.2. O regime da Lei 8.742/1993 com as alterações da Lei 12.435/2011 e Lei 12.470/2011.....	40
3.3. Requisitos de concessão e beneficiários.....	44
3.4. Aferição da renda familiar per capita.....	46

3.4.1. Interpretação no âmbito administrativo.....	48
3.4.2. Interpretação no âmbito Judicial.....	50
3.4.2.1. Tribunais e Turma Nacional de Uniformização.....	51
3.4.2.2. Superior Tribunal de Justiça.....	55
 CAPÍTULO IV - EVOLUÇÃO NO ENTENDIMENTO DO STF DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.232 ATÉ A RECLAMAÇÃO 4.374 E OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 567.985 E 580.963.....	 59
 CONCLUSÕES.....	 68
 BIBLIOGRAFIA.....	 70

INTRODUÇÃO

O tema proposto surgiu com a necessidade de revisar o debate jurídico ainda em curso sobre o benefício de prestação continuada que pertence ao subsistema da seguridade social no nosso país.

O presente trabalho tem como parâmetro o estudo da problemática envolvendo a concessão ou o indeferimento do benefício assistencial de prestação continuada para as pessoas que não conseguem se enquadrar no conceito de necessitado previsto na norma infraconstitucional.

Aborda o aumento de demandas judiciais relacionadas ao tema, em razão do descumprimento da norma constitucional, fazendo com que o Judiciário se substitua na função administrativa que caberia ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Discute a relevância deste benefício que assegura o pagamento de um salário mínimo ao idoso, para a garantia de uma vida digna e também como meio para atingir a justiça social.

Faz um apanhado dos benefícios assistenciais que foram criados após a edição da Lei Orgânica da Assistência Social.

Contextualiza o benefício assistencial para a criação de um Estado de bem-estar social com a inclusão de pessoas historicamente excluídas do tecido social.

Analisa ainda a evolução do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e dos demais órgãos do Poder Judiciário no que tange a definição do beneficiário, verificando a constitucionalidade do critério objetivo de aferição de miserabilidade previsto no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 – Lei Orgânica Assistência Social.

Por fim, dedica-se a responder se o critério objetivo previsto no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 é o único disponibilizado pelo legislador para aferir a miserabilidade do requerente para fins de concessão do benefício de prestação continuada.

CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

A seguridade social é direito de segunda geração ou dimensão ligada a ideia de *Welfare State* ou Estado do bem-estar social. O poder público através da figura do Estado passou a ter um papel ativo na realização dos direitos sociais, por meio da organização de serviços públicos.

O perfil institucional do Estado brasileiro está delineado no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e prescreve o dever de assegurar o exercício dos direitos sociais e o bem-estar, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Os valores consagrados no preâmbulo e os direitos garantidos nos demais dispositivos da Constituição devem nortear a formulação e execução das políticas públicas¹ relativas a seguridade social.

A política pública da seguridade social está submetida aos ditames do bem-estar e da justiça social tendo como base o primado do trabalho, nos termos do artigo 193 da CF, que inaugura o título da Ordem Social.

O bem-estar social traz a ideia de cooperação e solidariedade e ainda de acordo com o artigo 3º da CF, pode ser entendido como a erradicação da pobreza e da desigualdade social.

A justiça social é objetivo do desenvolvimento nacional constituindo-se numa diretriz da atuação governamental de modo a distribuir a riqueza nacional, buscando a tão aclamada justiça distributiva.

A Constituição de 1988 no seu artigo 194 define a Seguridade Social “como o conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, a previdência e a assistência social”.

A seguridade social nos termos da lei deve ser organizada, com base nos seguintes objetivos: a) universalidade da cobertura e do atendimento; b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; d) irredutibilidade do valor dos benefícios; e) equidade na forma de participação no custeio; f) diversidade da base de financiamento; g) caráter

¹ COMPARATO, Fábio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. Rio de Janeiro: José Olímpio editora. 1985. p. 20: “Políticas Públicas são instrumentos do Estado Social, para efetivação dos direitos fundamentais, trazendo o princípio da solidariedade como vetor para a solução desta tensão entre liberdade e igualdade.”

democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados, nos termos do artigo 194, parágrafo único, da CF.

A Constituição de 1988 trouxe a baila um novo paradigma de proteção social ao nosso ordenamento jurídico com a criação do Sistema Nacional de Seguridade Social que é subdividida em três subsistemas, da saúde, da assistência social e da previdência social, que possuem definição, objetivos e princípios próprios.

O subsistema da saúde está previsto a partir do artigo 196 da Constituição e é definido como direito de todos e dever do Estado, que deve ser assegurado por meio de ações que visem a redução de riscos de doenças e seus agravamentos. O Sistema Único de Saúde (SUS) é o responsável pelo seu gerenciamento.

A saúde é o subsistema que possui o objetivo mais amplo da seguridade social, uma vez que o seu acesso deve ser garantido a todos, de forma igual, sem qualquer exigência de contribuição, ou seja, é serviço gratuito lastreado pelos princípios da igualdade e universalidade de atendimento.

A assistência social traz um caráter antipobreza², que é antigo anseio da sociedade brasileira e está prevista a partir do artigo 203 da Constituição sendo prestada a quem dela necessitar. A União é responsável pelo gerenciamento deste subsistema e o faz por meio do Conselho Nacional de Assistência Social. Tem por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; amparo às crianças e adolescentes carentes; promoção da integração ao mercado de trabalho; habilitação das pessoas portadoras de deficiência, sua integração à vida e previsão do benefício de prestação continuada, independentemente de contribuição à seguridade social, conforme artigo 203, da CF.

O aspecto mais importante da previsão constitucional da assistência social é a sua ascensão a categoria de instrumento de efetivação dos direitos sociais, perdendo seu atributo de simples caridade.

² MORO, Sérgio Fernando. Temas atuais de direito previdenciário e assistência social. Organizado por Daniel Machado da Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003. p. 144: “Direito antipobreza é aquele voltado exclusivamente aos pobres e que tenha como objetivo o resgate do estado da pobreza. Assim não pode ser considerado direito antipobreza, por exemplo, o direito à assistência judiciária gratuita (ausência do objetivo resgate da pobreza), nem tampouco o direito à saúde ou à educação (destinatário não são apenas os exclusivamente pobres).”

Como observa Carlos Gustavo Moimaz Marques³, costuma-se apontar também como característica da assistência a solidariedade financeira, ou seja, os recursos não proveem dos destinatários, o que caracteriza seu caráter universalizante sob o aspecto do custeio.

Neste contexto merece destaque o benefício de prestação continuada (BPC) que é a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei, nos termos do inciso V, do artigo 203, da CF.

A assistência social assim como a saúde é um serviço gratuito, porém, tem por principal requisito a necessidade do assistido⁴.

Por sua vez, a previdência social tem por objetivo assegurar aos seus beneficiários os meios necessários a sua manutenção, protege os segurados dos chamados risco sociais, que podem se apresentar por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos familiares (salário maternidade e salário família), morte ou prisão.

A previdência social difere dos subsistemas da saúde e da assistência social, porque traz em si um caráter contributivo, assim somente os que contribuíram para o sistema da seguridade social terão acesso aos benefícios previdenciários.

O subsistema da previdência social possui os seguintes princípios: da contributividade, da compulsoriedade, da filiação prévia, da proteção do trabalhador dos riscos sociais, da manutenção limitada do nível de vida dos trabalhadores e do equilíbrio financeiro-atuarial.

1.1. Histórico Constitucional

A evolução histórica da proteção social no Brasil começou com a iniciativa privada e voluntária, depois houve a formação dos primeiros planos mutualistas com a intervenção cada vez mais forte do Estado.

Os mútuos do Brasil-colônia seguiram a tradição portuguesa das “misericórdias”, sob a influência de D. Leonor de Lencastre rainha viúva de D.João II.

³ MARQUES, Carlos Augusto Moimaz. O benefício assistencial de prestação continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social. São Paulo: Editora LTr. 2009. p. 24.

⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 18ª edição. Niterói. 2013. p. 12: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar (art. 203 da CRFB/88), ou seja, àquelas pessoas que não possuem condições de manutenção própria. Assim, como a saúde, independe de contribuição direta do beneficiário. O requisito para o auxílio assistencial é a necessidade do assistido.”.

Segundo Fábio Zambitte Ibrahim⁵, o exemplo mais antigo de proteção social que se tem notícia são as Santas Casas, que remontam a 1543, atuantes no segmento assistencial e o montepio para a guarda pessoal de D. João VI em 1808.

A proteção social é tema recorrente nas constituições brasileiras, a primeira a fazer menção foi a Constituição Imperial de 1824, outorgada por Dom Pedro I, que previa a criação dos socorros mútuos.

Os socorros mútuos proliferaram no Brasil como por exemplo o Socorro Mútuo Marquês de Pombal de 1882, que mediante o pagamento de uma mensalidade protegia os seus associados em caso de enfermidade ou necessidade.

O movimento mutualista proporcionou a criação dos montepios abertos com ingresso franqueado a qualquer pessoa e sem fins lucrativos, em nada se confundindo com as companhias de seguro, as quais passaram a visar o lucro em sua atuação no ramo previdenciário.

No período mutualista ocorreu ainda a criação do MONGERAL – Montepio Geral dos Servidores do Estado em 1835, que permitiu após a previsão do monopólio estatal dos Correios em 26 de março de 1888 pelo Decreto 9.912, a concessão de aposentadoria por invalidez ou por idade aos seus empregados.

A Constituição da República de 1891 foi a primeira a conter a expressão “aposentadoria”, que era concedida aos funcionários públicos em caso de invalidez, enquanto os demais trabalhadores não tinham direito a qualquer proteção.

A partir daí, surge o tratamento diferenciado dado à previdência social dos servidores e militares, que em geral sempre tiveram os benefícios custeados integralmente pelo Estado, ao passo que a proteção social dada aos demais trabalhadores desde o início possuía a natureza contributiva.

A Constituição de 1934 foi a primeira a estabelecer a forma tríplice da fonte de custeio previdenciária, com contribuições do Estado, empregador e empregados, sendo a primeira constituição a utilizar o termo previdência, sem o adjetivo social.

Por sua vez a Constituição de 1937 não trouxe novidade, mas passou a utilizar o termo seguro social como sinônimo de previdência social.

Já a Constituição de 1946 foi a primeira a utilizar a expressão previdência social. Sob sua égide houve a proibição de prestação de benefício sem a correspondente fonte de custeio,

⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p.54.

também surge nesta época a Lei 3.807/1960 que buscou a unificação da legislação previdenciária, ficando conhecida como LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social.

A Constituição de 1967 foi a primeira a prever o seguro-desemprego, ao passo que a EC nº 1/1969 não trouxe alterações às previsões previdenciárias no texto constitucional.

Sob a vigência da LOPS ocorreu a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS instituído pela Lei 6.439/1977, que se submetia à orientação e controle do Ministério da Previdência e Assistência Social, com a finalidade de integrar a concessão e manutenção de benefícios, a prestação de serviços, o custeio de atividades e programas de gestão administrativa, financeira e patrimonial.

O SINPAS era composto pelo Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, pela Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, pela Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM, pela Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social – DATAPREV, pelos Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS e pela Central de Medicamentos – CEME.

A Constituição Federal de 1988 em busca do Estado de bem-estar social possui inúmeras previsões sobre seguridade social, as quais podemos citar o preâmbulo que contém os valores supremos que visam a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, o artigo 5º sobre direitos individuais e coletivos, o artigo 6º trata dos direitos sociais, o artigo 7º que consagra o direito ao salário-família, salário-maternidade, aposentadoria, seguro contra acidentes de trabalho, o artigo 22, inciso XXIII determina que é competência privativa da União legislar sobre a seguridade social e os artigos 194 ao 204, que cuidam de forma específica da organização e dos princípios da seguridade social.

Após a promulgação da Constituição de 1988 a Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS continuou em vigor, embora não tenha sido recepcionada em grande parte pela nova ordem constitucional, porém, teve que ser utilizada eis que não existia outro diploma legal para regulamentar a seguridade social.

A mora legislativa deste período é fonte de inúmeros problemas que geraram uma quantidade enorme de ações judiciais que ainda tramitam no Poder Judiciário buscando a revisão dos valores dos benefícios concedidos durante este lapso de tempo conhecido como “buraco negro”.

O Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social foi extinto em 1990, com a edição da Lei 8.029/1990 que criou o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, autarquia federal que unificou o INPS com o IAPAS reunindo as funções arrecadatórias para o custeio e a de concessão dos benefícios sob a coordenação do Ministério da Previdência Social.

Apenas na década de 1990 entram em vigor os diplomas básicos que iriam disciplinar a Seguridade Social, sendo o primeiro que regulamentou o subsistema saúde com a criação do SUS pela Lei 8.080/1990, depois houve a edição das Leis 8.212/1991 (Plano de Custeio e Organização da Seguridade Social) e 8.213/1991 (Plano de Benefícios da Previdência Social) que revogaram integralmente a LOPS, e por fim, surge a Lei 8.742/1993 que regulamentou o subsistema da assistência social.

1.2.Assistência Social

O artigo 1º da Constituição estabeleceu que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamento dentre outros a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, ao passo que no seu artigo 3º elencou os objetivos da República brasileira consistente na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No artigo 6º, a Constituição trouxe a assistência social como direito social, tornando assim um marco histórico para este subsistema, pois o eleva a categoria dos direitos sociais pertencentes a cidadania. Buscando através de políticas públicas praticadas pelo Estado o enfrentamento da pobreza não como mero favor, como historicamente era tratado, mas como a obrigação de uma prestação devida ao cidadão.

Segundo Fábio Zambitte Ibrahim⁶ a Constituição de 1988 previu um Estado do Bem-Estar Social em nosso território. Desta forma, a proteção social é uma obrigação do Estado, que por sua vez impõe o pagamento de contribuições obrigatórias por parte dos trabalhadores com o objetivo de sustentar o sistema.

O legislador constitucional definiu claramente a atuação do Estado na execução de políticas públicas voltadas aos direitos sociais e a proteção de seus destinatários com a atribuição de um mínimo de cidadania, através de instrumentos de proteção social como por

⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p.3.

exemplo o benefício de prestação continuada. Infelizmente, verificou-se uma mora legislativa por parte do Estado, que apenas em 1993 com a edição da Lei 8.742 regulamentou o benefício de prestação continuada (BPC).

Além de ter sido regulamentado de forma tardia, este importante instrumento de proteção social sofreu inúmeras restrições para sua concessão, como a prevista no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/1993 que previa o critério objetivo de renda familiar per capita inferior a um quarto (1/4) do salário-mínimo.

A adoção deste critério tão rigoroso exclui uma grande quantidade de idosos hipossuficientes que deveriam receber tal proteção social, neste panorama o papel do Poder Judiciário tem sido importante na concretização dos direitos fundamentais, através de um exercício interpretativo aliado aos princípios constitucionais para fins de inclusão social.

Entretanto, cumpre ressaltar que a assistência social possui um caráter subsidiário, ou seja, os mecanismos de proteção social somente são acionados quando o indivíduo não se mostrar apto a prover sua própria subsistência em razão de circunstâncias internas ou externas.

A rede de proteção solidária deve iniciar a partir da menor célula de organização social que é a família até a maior que é o Estado. Nesse diapasão disserta Carlos Gustavo Moimaz Marques:

“Assim, a assistência deve ser prestada pela família (**assistência familiar** – nisto se retira o próprio dever de alimentos entre seus membros), por grupos ou pessoal de forma espontânea e circunstancial (**assistência particular** – nada mais é do que a caridade feita pelo particular) e por fim pelo próprio Estado (**assistência pública/social**).”⁷

A família tem a responsabilidade primordial de proteção de cada indivíduo na hipótese de impossibilidade desta ou sua inexistência, o ente estatal deve atuar. Como lembra Augusto Venturi⁸, a existência de intervenções individuais e coletivas em favor do indivíduo que se encontra em condições de penúria ou necessidade verifica-se inclusive na sociedade animal, corroborando a tese de que, mesmo quando não existia uma lei moral, a ajuda mútua constitui um impulso instintivo.

O legislador constituinte colocou em evidência este caráter subsidiário no artigo 203 ao afirmar que “assistência social será prestada a quem dela necessitar”. Reforça esta ideia no inciso V do artigo 203 ao estabelecer que o benefício assistencial de prestação continuada só

⁷ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Op. cit., p.31.

⁸ VENTURI, Augusto. I fondamenti scientifici della sicurezza sociale. Milão: Giuffrè, 1954. p. 21.

será devido àqueles que “comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”.

Desta forma, o indivíduo que possui recursos suficientes para sua manutenção não será destinatário das ações estatais no subsistema da assistência social. Isto porque, a intervenção injustificada do Estado violaria a autonomia individual ocasionando um superdimensionamento do mecanismo de proteção assistencial.

O dever de prestação da assistência social pelo Estado somente se impõe quando houver requerimento por parte do interessado, nesse sentido é o que dispõe o artigo 4º, inciso III, da Lei 8.742/1993⁹, que consagra a autonomia do idoso em postular ou não o benefício assistencial, portanto, não se admite a concessão de ofício ou a requerida por terceiro.

Além do caráter subsidiário, a assistência social tem um caráter de complementariedade do subsistema da previdência social, uma vez que esta só alcança os indivíduos que contribuem para o sistema. Nesse sentido leciona Fábio Zambitte Ibrahim:

“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.”¹⁰

O legislador brasileiro entendeu que a assistência social não pode ser imposta, mas prestada apenas quando o interessado manifestar sua vontade, evitando que um instrumento de proteção social se torne em fonte de humilhações, por esse motivo, a comprovação da necessidade também não pode ser obtida de forma vexatória.

1.2.1. Conceito e princípios da assistência social

A Lei 8.742/1993 também conhecida como a Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS foi promulgada cinco anos após a Constituição Federal de 1988 em 07/12/1993, estabelecendo os princípios, a organização, a divisão de competências, os benefícios, os serviços e os programas relativos a assistência social.

A assistência social é regulamentada pela Lei 8.742/1993, que traz sua definição jurídica. A saber:

⁹ “Art. 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;(...)”

¹⁰ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p.13.

“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.”

Os objetivos da assistência social estão expressos no artigo 203¹¹ da Constituição Federal de 1988 e no artigo 2º, da Lei 8.742/1993, com a nova redação dada pela Lei 12.435/2011.

Os objetivos consistem na proteção social à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; amparo às crianças e adolescentes carentes; promoção da integração ao mercado de trabalho; habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, sua integração à vida e a previsão do benefício de prestação continuada; bem como a vigilância socioassistencial e a defesa de direitos que visem a garantia de acesso aos direitos no conjunto das provisões sociassistenciais.

O objetivo básico da assistência social é prestar amparo aos hipossuficientes, independentemente de contribuições à seguridade social. Nesse sentido, o art. 1º da Lei 8.742/1993 ressalta a natureza não-contributiva desse subsistema da Seguridade Social e o seu caráter geral, quando destina sua prestação a qualquer pessoa que demonstrar incapacidade de prover seu próprio sustento.

Os princípios básicos da Assistência Social estão previstos no artigo 4º da Lei 8.742/1993¹² que é a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

¹¹ “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.”

¹² “Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

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

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

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

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

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

Observa-se que a intenção do legislador foi dar acesso igualitário no enfrentamento das condições de destituição de direitos, riscos sociais e pobreza através da concessão dos benefícios assistenciais.

1.2.2. Diretrizes e custeio da assistência social

As diretrizes da assistência social foram estabelecidas pelo legislador determinando o caminho a ser tomado pelos responsáveis pela prestação, assim constituem diretrizes da assistência social a descentralização político-administrativa para os Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação da população interessada na formulação e controle das políticas públicas e a primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social.

A prestação da Assistência Social pode ser feita por particulares, por meio de entidades de beneficência e de assistência social vinculadas ao Sistema de Único de Assistência Social - SUAS, desde que reconhecidas pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, após preenchidos os requisitos do artigo 6º-B, §2º, da Lei 8.742/1993¹³.

O Sistema de Único de Assistência Social - SUAS tem por finalidade trabalhar a política de assistência social de modo integrado e participativo, rumo à concretização plena dos direitos sociais previstos na Constituição.

O Sistema Único de Assistência Social - SUAS é o órgão gestor da assistência social, vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, possui atuação descentralizada, com a repartição de competências, estabelecendo que a União deve fixar normas gerais, instituídas pelo CNAS – Conselho Nacional da Assistência Social e conceder, bem como manter os benefícios de prestação continuada, geridos pelo INSS.

¹³ “Art. 6º -B. As proteções sociais básica e especial serão ofertadas pela rede socioassistencial, de forma integrada, diretamente pelos entes públicos e/ou pelas entidades e organizações de assistência social vinculadas ao Suas, respeitadas as especificidades de cada ação. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

(...)

§ 2º Para o reconhecimento referido no § 1º, a entidade deverá cumprir os seguintes requisitos: (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

I - constituir-se em conformidade com o disposto no art. 3º; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

II - inscrever-se em Conselho Municipal ou do Distrito Federal, na forma do art. 9º; (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

III - integrar o sistema de cadastro de entidades de que trata o inciso XI do art. 19. (Incluído pela Lei nº 12.435, de 2011)

(...)”

Por sua vez, os Estados-membros prestam auxílio financeiro aos Municípios e realizam atividades assistenciais em caráter de emergência, ao passo que os Municípios: prestam serviços assistenciais, como por exemplo o serviço social, a habilitação e a qualificação profissional. Efetuam o pagamento dos denominados benefícios eventuais e são responsáveis pela execução, em conjunto com entidades privadas, de projetos de enfrentamento da pobreza.

O custeio da assistência social segue a disciplina prevista no artigo 195 da Constituição, que se impõe como dever de toda a sociedade, de forma direta, pelo recolhimento de contribuições previstas no artigo 195, incisos I a IV, do PIS nos termos do artigo 231, do PASEP conforme artigo 239 ou de forma indireta, mediante o aporte de recursos proveniente dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei 8.212/1991 que estabelece o Plano de Custeio da Seguridade Social dispõe que o orçamento da seguridade social é composto por receitas da União, receitas de contribuições sociais e outras fontes, cabendo à União complementar nos casos de insuficiência para o pagamento dos benefícios¹⁴.

A Constituição e a Lei 8.212/1991 elencam as contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social e os sujeitos passivos da relação tributária. Segundo a Lei 8.212/1991 são contribuintes, o empregador, a empresa e entidade a ela equiparada, os empregadores domésticos, os trabalhadores e os demais segurados da previdência social, as associações desportivas que mantêm equipes de futebol profissional, o produtor rural, o importador de bens ou serviços, ou de quem a lei a ele equiparar, também incidem as contribuições sobre receitas de concursos de prognósticos.

O financiamento da seguridade social possui princípios próprios, dentre os mais importantes podemos citar o princípio do orçamento diferenciado, uma vez que o orçamento da Seguridade não pode se confundir com o orçamento da União, nos termos do artigo 165, § 5º, inciso III, da Constituição. O objetivo é impedir que os recursos da Seguridade sejam empregados em finalidades diversas do custeio de atividades dessa área, conforme artigo 167, inciso XI, da Constituição.

¹⁴ “Art. 16. A contribuição da União é constituída de recursos adicionais do Orçamento Fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual.
Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual.”

O princípio da precedência da fonte de custeio informa que a criação ou majoração de benefício depende de prévia determinação da sua fonte de custeio, a teor do artigo 195, § 5º, da Constituição. Esse princípio tem íntima relação com o equilíbrio financeiro e atuarial.

O princípio da compulsoriedade da contribuição afirma que a incidência das contribuições é determinada pela lei, de modo que todos aqueles a quem a lei impõe essa obrigação são responsáveis pelo financiamento do sistema, independentemente da própria vontade, conforme o artigo 195, *caput*, da Constituição.

O princípio da anterioridade nonagesimal em matéria de contribuições tem previsão expressa no artigo 195, § 6º, da Constituição e prevê que as forem criadas ou majoradas só podem ser exigidas noventa dias após o início da vigência da lei que as instituiu.

1.3. As espécies de benefícios na assistência social

A seguridade social após a Constituição de 1988 sofreu diversas reformas no subsistema da previdência social por meio da edição de algumas emendas constitucionais¹⁵, que ocasionaram a restrição ao acesso da proteção previdenciária para alguns grupos de trabalhadores.

Dentre tais medidas restritivas podemos citar o aumento da idade e a exigência de carência mínima para obtenção de alguns benefícios previdenciários, a substituição da comprovação de tempo de serviço por tempo de contribuição como requisito para o gozo de aposentadoria, a criação do fator previdenciário como redutor do valor de alguns benefícios.

O resultado da adoção destas medidas restritivas foi o crescimento do risco da perda da condição de segurado e a dificuldade em obter acesso aos benefícios previdenciário.

Por outro lado, a Constituição de 1988 foi um marco na criação de benefícios assistenciais com a ampliação da proteção social para a camada da população historicamente mais pobre e discriminada, como os idosos e portadores de deficiência.

As reformas na assistência social permitiram além do benefício de prestação continuada, que é objeto desta monografia, a criação e a posterior consolidação de novos

¹⁵Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998: Modifica o sistema de previdência social estabelecendo normas de transição e dá outras providências, altera os arts. 7º, 37, 40, 42, 73, 93, 100, 114, 142, 167, 194, 195, 201, 202, 248, 249, 250, 153 da CF.

Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003: Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências.

Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005: Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências.

benefícios, como os benefícios eventuais, que compreendem o pagamento de um auxílio aos cidadãos em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública, e ainda o benefício de transferência de renda, hoje reunido no programa bolsa família.

Os benefícios eventuais e de transferência de renda não contributivos surgiram de forma tardia na história do nosso país em contraposição aos benefícios previdenciários de caráter contributivo que já estavam regulamentados há longa data na nossa história constitucional.

Desta forma, as prestações da Assistência podem ser em pecúnia ou em serviço.

1.3.1. Benefício de prestação continuada para a pessoa com deficiência.

O benefício de prestação continuada foi instituído com o objetivo de auxiliar a pessoa com deficiência que demonstre hipossuficiência econômica, de forma a não prover a sua subsistência ou tê-la provida por sua família, nos termos do artigo 203, inciso V, da CF.

Assim, a concessão do benefício ao deficiente exige apenas dois requisitos: o impedimento de longo prazo para sua inserção no mercado de trabalho (incapacidade laboral) e a hipossuficiência econômica.

O artigo 20, da Lei 8.742/1993 regulamentou o benefício de prestação continuada para a pessoa com deficiência e idosa, no seu § 2º com nova redação dada pela Lei 12.470/2011, que define a pessoa com deficiência como “aquela que possua impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”.

A alteração trazida pela Lei 12.470/2011 há muito tempo era discutida pela doutrina, uma vez que o artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/1993 em sua redação original exigia a incapacidade para a vida independente, extrapolando sua função de regulamentar a norma constitucional, com a exigência de um novo requisito para a concessão do benefício de prestação continuada para a pessoa com deficiência.

Afirmava-se que o pretense assistido não necessitava ser de todo inválido, isto é, não era necessário que a pessoa não tivesse o mínimo de condições para realizar atos comuns da vida cotidiana, como tomar banho sem ajuda de terceiro ou alimentar-se sozinha. Era preciso analisar se a pessoa não possuía condições de prover o seu próprio sustento pelo trabalho.

Caso contrário, haveria pouquíssimas pessoas que teriam direito ao benefício, o que contraria o espírito da norma constitucional.

Segundo Carlos Gustavo Moimaz Marques¹⁶ o benefício de prestação continuada encontra-se dentro do subsistema assistência social, que justamente se caracteriza como mecanismo de proteção àqueles que não apresentam capacidade para o trabalho. Todo o sistema assistencial é feito única e exclusivamente para aqueles que não podem trabalhar em razão de deficiência física ou mental, não possuem meios de subsistência digna e, por isso, são assistidos pelo Estado para não virem a sofrer as consequências da miserabilidade.

Desta forma, a incapacidade para o trabalho deve ser mensurada por meio de uma análise biológica, com a verificação da deficiência física ou mental e uma análise social, com a observação do contexto social em que a pessoa está inserida para fins de integração ao mercado de trabalho.

Ainda no que se refere ao requisito deficiência houve calorosa discussão se seria correta a concessão do benefício de prestação continuada às crianças portadoras de deficiência. Houve uma corrente que entendeu ser o benefício indevido, pois toda e qualquer criança, sendo deficiente ou não, é incapacitada para o trabalho.

Corrente em sentido contrário entendeu que crianças deficientes exigem cuidados especiais, daí a justificativa para a proteção assistencial. Ademais, o artigo 203, da Constituição é expresso em reconhecer o direito ao benefício de prestação continuada à pessoa portadora de deficiência de forma genérica, não restringindo sua aplicabilidade por meio da idade. Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.¹⁷

¹⁶ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Op. cit., p.56.

¹⁷ Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>: “ASSISTENCIAL E CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO POR AUSÊNCIA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO (ART. 267, VI, DO CPC). REQUISITOS LEGAIS. CRIANÇA. POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO. ARTIGO 203, V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ARTIGO 515, §3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS. CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. ARTIGO 461 DO CPC. 1. Embora o conteúdo da decisão recorrida seja de caráter terminativo, eis que relacionado com a "ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo", é lícito que em sede ad quem a revisão possa ter conteúdo definitivo, observadas as condições de imediato julgamento, nos termos do artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 10.352, de 26.12.2001. 2. O benefício de prestação continuada tem o escopo de prestar amparo aos idosos e deficientes que, em razão da hipossuficiência, não tenham meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por outrem. 3. A Lei Maior abrigou em sua categoria de beneficiários da assistência social (o deficiente e o idoso), não excluindo de seu rol as crianças porventura carentes e que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provida por família. 4. O laudo pericial (fl. 59), atesta que o Autor sofre de hidrocefalia, registrando que houve necessidade de cirurgia para implante de válvula encefálica com drenagem de líquido para o abdômen. Registra, ainda, que se trata de menor com comprometimento do nível intelectual e mental, tendo desenvolvido crises convulsivas, necessitando de acompanhamento neurológico, psicológico, fisioterápico e medicamentoso, estando incapacitado de forma total e permanente. 5. Pelas informações expostas no estudo social (fl. 66), produzido em

1.3.2. Benefício de prestação continuada para o idoso

A Lei 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, no seu artigo 20 definia idoso como a pessoa com setenta anos ou mais, com a edição da Lei 9.720/1998 houve a alteração da redação do artigo 20 e a idade foi reduzida para sessenta e sete anos. Posteriormente com a edição da Lei 10.471/2003 o Estatuto do Idoso passou a considerar idoso aquele com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos.

Nesse sentido disserta Carlos Gustavo Moimaz Marques:

“Encontra-se desarrazoada qualquer argumentação no sentido de que ao diminuir a idade o Estatuto teria malferido o princípio da prévia fonte de custeio (art. 195, § 5º, da Constituição Federal). Isto por que a própria Lei da Assistência Social (8.742/93) já estabelecia em sua redação originária que a idade prevista no art. 20 desta lei reduzir-se-á, respectivamente, para 67 e 65 anos, após 24 meses e 48 meses de início da concessão do benefício (art. 38). O que de fato precisa ser reconhecido é o retrocesso jurídico produzido pela Lei n. 9.720/98, que revogou este dispositivo sem apresentar qualquer justificativa para a fixação da idade apenas aos 67 anos.”¹⁸

O Estatuto do Idoso no artigo 34, parágrafo único, dispõe ainda que o benefício de prestação continuada já concedido para qualquer membro da família não será computado para

20.07.2004 (salário mínimo de R\$ 260,00), o núcleo familiar é composto de cinco pessoas: o Autor, os pais e dois irmãos. A renda familiar mensal decorre do salário percebido pelo pai que trabalha em frigorífico, auferindo R\$ 500,00 (quinhentos reais) por mês. O imóvel é financiado, com 04 cômodos, piso frio e coberto por telhas simples. Ademais o Autor possui hidrocefalia associada a atraso neuropsicomotor, requerendo cuidados especiais, impossibilitando sua mãe de trabalhar e ajudar no sustento da família, pois seus irmãos também são crianças. 6. O benefício é devido no valor de um salário mínimo, a partir da data do requerimento administrativo em 26.04.2002 (fl. 13), nos termos do art. 49, inciso II, da Lei n.º 8.213/91. 7. Correção monetária fixada nos termos das Súmulas nº 148 do E. STJ e nº 8 do TRF da 3ª Região e da Resolução nº 242 do Conselho da Justiça Federal, acolhida pelo Provimento nº 26 da CGJF da 3ª Região. 8. Juros de mora devidos a partir da data da citação (18.07.2003 - fl. 30vº), no percentual de 1% (um por cento) ao mês. 9. Os honorários periciais, se devidos, devem ser arbitrados levando-se em conta o valor da causa, as condições financeiras das partes, a complexidade, a natureza e as dificuldades da perícia, além do tempo a ser utilizado para a sua realização, consoante os preceitos da Lei 9.289/96, cumprindo assinalar, outrossim, que é inconstitucional a sua fixação em números de salários mínimos (art. 7º, IV, da Constituição da República). Desta forma, razoável fixar-lhe o valor em R\$ 234,80 (duzentos e trinta e quatro reais e oitenta centavos), de acordo com a Resolução nº 281, de 2002. 10. Honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento), calculados sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação do acórdão, consoante o parágrafo 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil e Súmula nº 111 do STJ. 11. A Autarquia Previdenciária não está sujeita ao recolhimento de custas processuais, ressalvado o reembolso, por força da sucumbência, de custas e despesas comprovadamente realizadas pelo Autor. 12. O benefício deve ser implantado em 30 (trinta) dias a contar da publicação deste acórdão, independentemente do trânsito em julgado, tendo em vista nos termos da disposição contida no caput do artigo 461 do Código de Processo Civil, com redação determinada pela Lei n.º 10.444/02. 13. Apelação provida, e, nos termos do artigo 515, §3º, do Código de Processo Civil, julgar procedente o pedido.” (TRF3 - SÉTIMA TURMA, AC 00529990820054039999, relator DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, TRF3 - SÉTIMA TURMA, DJU DATA:07/12/2006).

¹⁸ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Op. cit., p.59.

os fins do cálculo da renda familiar “per capita” a que se refere o LOAS. A jurisprudência¹⁹ por meio da analogia tem permitido a aplicação desta norma também nas hipóteses em que o outro membro da família é idoso e recebe benefício previdenciário em valor mínimo.

O artigo 35 do Estatuto do Idoso permite que parcela do benefício de prestação continuada seja utilizada no sustento das entidades filantrópicas que abrigam idosos, o Decreto 3.048/1999 nos seus artigos 156 a 159 permite que a própria entidade assistencial seja a responsável pelo recebimento do benefício.

O benefício de prestação continuada é intransferível e extingue-se com a morte do idoso, portanto, não gera o direito a sucessão do benefício como se fosse pensão por morte.

1.3.3. Benefício de prestação continuada para o estrangeiro

Existe grande debate atualmente sobre a possibilidade de concessão do benefício de prestação continuada ao estrangeiro.

Os argumentos contrários a concessão se fundamentam em algumas leis infraconstitucionais, como o artigo 1º, da Lei 8.742/1993 – LOAS que dispõe que “a assistência social é direito do cidadão e dever do Estado”. Cidadão por ser um conceito ligado a ideia de nação, não abarcaria o estrangeiro, que não teria direito por não ser cidadão. Segundo esta argumentação, os nacionais e estrangeiros não estão em idêntica situação fática no país, pois se assim o fosse, não haveria motivos lógico-jurídico para se estender aos portugueses residentes no Brasil os mesmos direitos dos cidadãos brasileiros, nos termos do artigo 12, § 1º, da Constituição.

¹⁹Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>: “INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL PER CAPITA FAMILIAR. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PERCEBIDO POR MAIOR DE 65 ANOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/2003. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 1. A finalidade da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), ao excluir da renda do núcleo familiar o valor do benefício assistencial percebido pelo idoso, foi protegê-lo, destinando essa verba exclusivamente à sua subsistência. 2. Nessa linha de raciocínio, também o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo recebido por maior de 65 anos deve ser afastado para fins de apuração da renda mensal per capita objetivando a concessão de benefício de prestação continuada. 3. O entendimento de que somente o benefício assistencial não é considerado no cômputo da renda mensal per capita desprestigia o segurado que contribuiu para a Previdência Social e, por isso, faz jus a uma aposentadoria de valor mínimo, na medida em que este tem de compartilhar esse valor com seu grupo familiar. 4. Em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade, deve ser excluído do cálculo da renda familiar per capita qualquer benefício de valor mínimo recebido por maior de 65 anos, independentemente se assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso. 5. Incidente de uniformização a que se nega provimento.” (STJ - TERCEIRA SEÇÃO, PET 200900710966, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE DATA:11/10/2011).

Temos também o artigo 2º do Decreto Legislativo 451/2001 que é o Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercosul que afirma que “os direitos à Seguridade Social serão reconhecidos aos trabalhadores que prestem ou tenham prestado serviços em quaisquer dos Estados Partes”. Portanto, o acordo exclui os beneficiários da assistência social, uma vez que os trabalhadores são considerados segurados obrigatórios da previdência social.

Há outros argumentos de ordem econômica e política como a alegação que a concessão do benefício de prestação continuada acarretaria um gravame financeiro ao orçamento da União Federal, que é o ente responsável pela prestação da assistência social, podendo gerar a necessidade de se diminuir a proteção social que é dada aos próprios brasileiros.

O pagamento do benefício de prestação continuada poderia atrair uma emigração em massa de países que passam por situações de penúria financeira, como por exemplo o Haiti, que ainda sofre com as consequências de um terremoto ocorrido em 2010. Os defensores desta corrente afirmam que haveria um aumento expressivo no número de estrangeiros que emigram para o Brasil, com o objetivo de eventualmente conseguir obter o benefício de prestação continuada no valor de um salário-mínimo, propiciando uma melhoria na sua qualidade de vida e de sua família.

O Ministério da Justiça informa que o número de estrangeiros que buscam refúgio no Brasil triplicou em 2012 em comparação com 2010, conforme estatísticas colhidas pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), 2.008 pessoas pediram refúgio no país.²⁰

Outrossim, alegam que haveria consequências sociais com o aumento populacional trazendo uma maior demanda de saúde pública, educação, moradia, transporte, etc, sendo necessário um maior investimento em infraestrutura, sem a correspondente contraprestação.

Os argumentos favoráveis a concessão do benefício de prestação continuada ao estrangeiro gravitam em torno da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º e o direito à vida previsto no artigo 5º da Constituição Federal. Não basta que o Estado observe o direito à vida, mas é preciso que também garanta uma vida digna, com o mínimo necessário para viver, sendo designado pela doutrina pátria como o mínimo existencial.

O referido artigo 5º ainda dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, sendo garantido aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País todo o rol de direitos elencados nos seus incisos, inclusive o direito à vida. Portanto, alguns dos

²⁰ Publicação disponível no site do MJ no endereço: <http://portal.mj.gov.br/admin/data/Pages/MJ33FCEB63PTBRNN.htm>

direitos ali elencados seriam destinados, inclusive, aos estrangeiros sem residência permanente no Brasil, como ocorre com a possibilidade de utilização de habeas corpus, a observância do contraditório nos processos, o devido processo legal e etc.

Cumprido frisar que o Brasil é signatário de diversos tratados e acordos internacionais como o Mercosul e o Pacto de San José da Costa Rica, se obrigando a promover a igualdade entre os povos e defesa da dignidade da pessoa humana.

Apresentando argumentos favoráveis a concessão do benefício de prestação continuada leciona Fábio Zambitte Ibrahim:

“No entanto, se o Brasil acolheu tais estrangeiros, permitindo sua permanência legal no país, é certamente duvidoso que se possa excluí-los da seguridade social brasileira. Especialmente pelo singelo fato destas pessoas, inexoravelmente, participarem do custeio do sistema, haja vista a inclusão das contribuições sociais nos produtos que consomem e nos rendimentos, que porventura, venham a receber. (...) A exclusão somente poderia ser admitida se houvesse comprovação cabal, por parte da União, de flagrante falência do sistema (e não simples alegações), não havendo, hoje, qualquer motivação sustentável para a não extensão da prestação a estrangeiros legalmente residentes. Não há razoabilidade para tamanha discriminação, ainda mais ao se tratar de prestação necessária ao mínimo existencial.”²¹

Resta mencionar como argumento a favor da concessão, que o dispositivo constitucional presente no artigo 203, inciso V, da Constituição, não faz restrição quanto à pessoa que irá receber o benefício de prestação continuada ao afirmar que a “assistência social será prestada a quem dela necessitar”. O legislador não pode restringir onde o constituinte originário não o fez, porquanto isso violaria a Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal – STF²² reconheceu a repercussão geral a controvérsia sobre a matéria e a jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais inclinam-se pela possibilidade de concessão do benefício de prestação continuada ao estrangeiro²³.

²¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p.24/25.

²² Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>: “ASSISTÊNCIA SOCIAL - GARANTIA DE SALÁRIO MÍNIMO A MENOS AFORTUNADO - ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS - DIREITO RECONHECIDO NA ORIGEM - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de conceder a estrangeiros residentes no país o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Carta da República. (STF, RE 587970/SP, REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, relator Ministro MARCO AURÉLIO, Julgamento em 25/06/2009, DJe 01/10/2009, P. 742).

²³ Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>: “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. 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 da 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

1.3.4. Benefício de transferência de renda e o novo parâmetro para renda mensal *per capita* familiar do benefício de prestação continuada

Os benefícios de transferência de rendas são outras ações e programas que integram o Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

A Lei 9.533/1997 foi a primeira a instituir o Programa de Renda Mínima associado a ações socioeducativas, definindo a hipossuficiência econômica para fins de concessão do benefício de transferência de renda para a unidade familiar que auferisse renda mensal *per capita* inferior a meio (1/2) salário mínimo. A saber:

“Lei 9.533/1997 - Art. 5º Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente:
I - renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo;(...)”

Por sua vez, a Lei 10.689/2003 instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, determinando que os benefícios de transferência de renda serão concedidos para unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio (1/2) salário mínimo.

Neste período de criação de novos benefícios assistenciais de transferência de renda, que os juízes das instâncias inferiores, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça passaram a conceder o benefício de prestação continuada com base na Lei 9.533/1997 e na Lei 10.869/2003, uma vez que apresentavam um critério objetivo de aferição

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. IV - Ressalte-se que, embora tenha sido reconhecida a repercussão geral e a questão ainda esteja em análise no Supremo Tribunal Federal (RE 587.970), trata-se de posicionamento dominante nesta E. Corte a concessão do benefício ao estrangeiro, sendo plenamente aplicável a regra autorizadora prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil. V - Agravo a que se nega provimento.” (TRF3 - DÉCIMA TURMA, AC 00002189220074036004, relator DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/10/2012) e “PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ESTRANGEIRO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. 1. A condição de estrangeiro não impede a concessão de benefício assistencial ao idoso ou deficiente, eis que a Constituição Federal, em seu art. 5º, assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional. 2. Se a inicial não vem acompanhada da prova pré-constituída que permite a conclusão segura sobre os fatos e o respectivo juízo conclusivo a respeito do direito perseguido, impossível a análise do pleito na via eleita. 3. O rito célere do Mandado de Segurança não permite a dilação probatória, impondo-se o indeferimento da inicial.” (TRF4 - QUINTA TURMA, AC 200870010062258, relatora DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL PEZZI KLEIN, D.E. 28/09/2009).

de renda mais alargado que o da Lei 8.742/1993, além de utilizar outros critérios não objetivos com base em cada caso concreto.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal após inúmeras reclamações ajuizadas contra tais decisões judiciais passou também a admitir a interpretação sistemática das leis sobre o benefício de prestação continuada a fim de concedê-lo com base nas legislações posteriores a Lei 8.742/1993, sob o fundamento de que um quarto (1/4) de salário mínimo é um critério extremamente restritivo.

Com efeito, os benefícios de transferência de rendas são genericamente conhecidos sob a denominação de “Bolsa Família” e estão previstos na Lei 10.836/2004²⁴, que unificou a “gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação – Bolsa Escola, instituído pela Lei 10.219/2001, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, criado pela Lei 10.689/2003, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação, instituído pela Medida Provisória 2.206-1/2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto 4.102/2002, e do Cadastro Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto 3.877/2001.”

A maior crítica tecida contra este programa social é o fato de que seus beneficiários se mantêm muitas vezes no mercado informal de trabalho para continuarem a receber o benefício de transferência de renda juntamente com sua remuneração.

Entretanto, isso é decorrência da falta de uma educação formal em geral e uma educação previdenciária que assola o país, pois tais pessoas não entendem que ao ingressarem no mercado formal de trabalho irão desfrutar de uma proteção social maior com o pagamento de um benefício previdenciário, que apresenta maiores vantagens.

Em que pese as críticas, não podemos esquecer que o programa bolsa família retirou milhares de pessoas da extrema pobreza.

1.3.5. Benefícios eventuais e os serviços socioassistenciais

Os benefícios eventuais e os serviços socioassistenciais completam o quadro dos benefícios assistenciais prestados pelo Estado para a concretização dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão.

²⁴ Lei 10.839/2004 - Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa Bolsa Família, destinado às ações de transferência de renda com condicionalidades.

Antes da edição da Lei 8.742/1993, os benefícios eventuais eram prestados pelo subsistema da previdência social e eram conhecidos pelos nomes de auxílio-natalidade e auxílio-funeral. Atualmente, possuem tratamento único e sua concessão e valores são fixados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios por meio dos Conselhos de Assistência Social, nos termos do artigo 22, § 1º, da Lei 8.742/1993.

Os benefícios eventuais estão previstos no artigo 22, da Lei 8.742/1993²⁵ e compreendem o pagamento de auxílio aos cidadãos e às famílias com renda *per capita* inferior a um quarto (1/4) do salário mínimo em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública. Possuem caráter suplementar e provisório e junto com os serviços socioassistenciais integram organicamente o Sistema Único de Assistência Social – SUAS.

Os serviços socioassistenciais são verdadeiras prestações positivas em prol dos indivíduos e se consubstanciam em atividades continuadas que visam à melhoria de vida da população, observadas suas necessidades básicas, tendo em vista os objetivos, princípios e diretrizes da Assistência Social.

Os serviços socioassistenciais estão previstos na Resolução 109/2009 e foram organizados conforme o nível de complexidade determinado pelo Sistema Único de Assistência Social – SUAS em Proteção Social Básica, Proteção Social Especial de Média e Alta Complexidade²⁶.

²⁵ Art. 22. Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do SUAS e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública. (Redação dada pela Lei 12.435/2011).

§1º A concessão e o valor dos benefícios de que trata este artigo serão definidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e previstos nas respectivas leis orçamentárias anuais, com base em critérios e prazos definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social. (Redação dada pela Lei 12.435/2011).

§2º O CNAS, ouvidas as respectivas representações de Estados e Municípios dele participantes, poderá propor, na medida das disponibilidades orçamentárias das 3 (três) esferas de governo, a instituição de benefícios subsidiários no valor de até 25% (vinte e cinco por cento) do salário-mínimo para cada criança de até 6 (seis) anos de idade. (Redação dada pela Lei 12.435/2011).

§3º Os benefícios eventuais subsidiários não poderão ser cumulados com aqueles instituídos pelas Leis nº 10.954, de 29 de setembro de 2004, e nº 10.458, de 14 de maio de 2002. (Redação dada pela Lei 12.435/2011)

²⁶ “Art. 1º. Aprovar a Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais, conforme anexos, organizados por níveis de complexidade do SUAS: Proteção Social Básica e Proteção Social Especial de Média e Alta Complexidade, de acordo com a disposição abaixo:

I - Serviços de Proteção Social Básica:

a) Serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (PAIF);
b) Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos;
c) Serviço de Proteção Social Básica no domicílio para pessoas com deficiência e idosas.

II - Serviços de Proteção Social Especial de Média Complexidade:

a) Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI);
b) Serviço Especializado em Abordagem Social;

CAPÍTULO II - A ASSISTÊNCIA SOCIAL NO DIREITO ESTRANGEIRO

A proteção social tem sido uma preocupação constante para a humanidade, desde tempos remotos as pessoas buscavam reduzir os efeitos dos fatos adversos da vida como a doença, a velhice, a fome, etc.

A Inglaterra deu o primeiro passo na sistematização da assistência social com a *Poor Relief Act* de 1601, que criou uma contribuição obrigatória, arrecadada pelo Estado para fins sociais.

Outro avanço ocorreu na Alemanha em 1883 quando o Chanceler Otto von Bismarck conseguiu a aprovação do parlamento para seu projeto de seguro doença, o qual foi seguido pelo seguro de acidentes de trabalho em 1884 e pelo seguro de invalidez e velhice de 1889.

Posteriormente houve mais um avanço na Inglaterra em 1942 com o relatório Beveridge que deu lugar ao Plano Beveridge, responsável pela origem da Seguridade Social prevendo a responsabilidade do estado em manter ações na área da assistência social, saúde e previdência social.

Atualmente o modelo bismarckiano e o modelo beveridgiano de proteção social são dois principais modelos de proteção social que influenciam os demais países europeus e o sistema de seguridade social brasileiro.

2.1. Inglaterra

O Plano Beveridge em 1941 foi elaborado por uma comissão interministerial de seguro social e serviços afins, com o intuito de trazer alternativas para os problemas da reconstrução no período do pós-guerra.

-
- c) Serviço de Proteção Social a Adolescentes em Cumprimento de Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida (LA), e de Prestação de Serviços à Comunidade (PSC);
 - d) Serviço de Proteção Social Especial para Pessoas com Deficiência, Idosas e suas Famílias;
 - e) Serviço Especializado para Pessoas em Situação de Rua.
- III - Serviços de Proteção Social Especial de Alta Complexidade:
- a) Serviço de Acolhimento Institucional, nas seguintes modalidades:
 - abrigo institucional;
 - Casa-Lar;
 - Casa de Passagem;
 - Residência Inclusiva.
 - b) Serviço de Acolhimento em República;
 - c) Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora;
 - d) Serviço de Proteção em Situações de Calamidades Públicas e de Emergências.”

O grande mérito deste plano foi o estudo empreendido de todo o seguro social e serviços conexos na Inglaterra, questionando principalmente a exclusiva proteção social que era dada apenas aos trabalhadores, excluindo a maior parte da população.

Segundo Fábio Zambitte Ibrahim²⁷ os princípios previstos no Plano Beveridge eram aumentar a relevância do seguro social como fator de evolução social, sendo necessária à melhoria do sistema previdenciário, por ser este verdadeiro arcabouço de todo o sistema protetivo de um Estado.

A cooperação entre a sociedade e o Estado, sendo que as pessoas que se utilizavam do sistema são as principais interessadas em seu perfeito funcionamento de tal forma, que deveriam participar ativamente da administração do sistema da seguridade social e da formulação de novas estratégias para sua melhoria e expansão.

A criação de uma nova rede protetiva de alcance universal, atendendo toda a sociedade com o objetivo de proteger a população contra todo tipo de infortúnio, do nascimento até a morte.

A assistência social como um complemento da previdência social, criando novos mecanismos de proteção de forma a atender parcelas excluídas da sociedade, como as pessoas carentes e desempregadas.

2.2. Alemanha

O modelo alemão também conhecido como modelo bismarckiano foi a gênese da proteção social de responsabilidade do estado, que funcionava como um agente arrecadador de contribuições exigidas de forma compulsória dos seus participantes. Sendo caracterizado pela contributividade e compulsoriedade de filiação.

Após as duas grandes guerras mundiais, o modelo bismarckiano passa a sofrer influência do modelo beveridgiano com uma tendência universalizadora do seguro social, trazendo uma maior abrangência para atingir um número cada vez maior de pessoas.

As taxas de natalidade sobem nesse período e o crescimento econômico gera uma espécie de euforia protetora, com uma maior abrangência da clientela, privilegiando a solidariedade, de acordo com Fábio Zambitte Ibrahim²⁸, o “financiamento distancia-se da técnica de capitalização, com a repartição simples, trazendo enfraquecimento do aspecto atuarial do sistema protetivo”.

²⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p.48.

²⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p.51.

A Alemanha empreendeu algumas reformas no seu modelo de seguridade social a partir de 1992 de forma bem-sucedida, com a contenção de gastos dentro das possibilidades políticas existentes e de acordo com o consenso democrático através de um sólido debate técnico.

2.3. Espanha

O ordenamento jurídico Espanhol sofreu a influência dos dois modelos de seguridade social: o bismarckiano e o beveridgiano, assim, apresentam dois sistemas: o sistema complementar da seguridade social e a assistência pública.

A Assistência Pública abrange todos os membros da população, enquanto que a complementar beneficia apenas aqueles protegidos pela Seguridade Social, observa-se que a assistência pública se destina a proteger necessidades sociais variadas dos economicamente fracos, enquanto que a assistência complementar fica restrita à complementação da proteção de necessidades sociais, insuficientemente cobertas pelas prestações básicas da Seguridade Social.

O custeio da assistência social pública gira em torno dos recursos financeiros do estado, enquanto que a complementar é financiada pelo custeio da Seguridade Social à qual está vinculada.

2.4. Portugal

A Constituição Portuguesa é uma das mais avançadas em termos de reconhecimento dos direitos políticos, sociais e culturais. Segundo Beatriz González Moreno²⁹ o sistema constitucional português possui elementos que o diferenciam das demais Constituições sociais, carregando cláusulas de proibição de retrocesso social e prevendo ainda inconstitucionalidades por omissão.

Há uma exigência indiscutível do Estado Social Português na atribuição aos poderes públicos de um determinado nível de responsabilidade no marco econômico, social e cultural com o objetivo de assegurar um mínimo de prestações sociais necessárias para a subsistência da população.

²⁹ MORENO, Beatriz González. “El Estado Social – Naturaleza Jurídica y Estructura de los derechos sociales”. Madrid/España: Universidad de Vigo. Editora Civitas. 2002. p. 113/114.

A Assistência Social no sistema português busca proteger, dentre outros, o deficiente e o idoso. Desta forma existem algumas prestações não contributivas como o subsídio por inserção de jovens na vida ativa, o complemento social de pensões de invalidez e velhice e parcelas não contributivas que integram os valores mínimos garantidos nas prestações de doença, de desemprego e de maternidade.

2.5. França

A França além da herança dos princípios proclamados durante a Revolução Francesa também sofreu influências dos modelos bismarckiano e beveridgiano de proteção social.

Os países europeus em geral e a França em especial destinam uma grande parte do seu Produto Interno Bruto – PIB para os serviços de assistência social. O financiamento se dá pelo pagamento de contribuições, impostos e taxas pela população.

A assistência social e a seguridade social são dois ramos distintos, formando dois eixos de proteção social, na seguridade social existe um sistema de contribuição e retribuição do Estado, ao passo que na assistência social não há contrapartida do beneficiário.

O direito à assistência social na França é regulamentado pelo Código da Ação Social e das Famílias, sendo que todas as pessoas residentes no país, se cumprirem com os requisitos legais serão beneficiárias das prestações monetárias ou serviços da assistência social.

2.6. Itália

A Constituição italiana de 1947 apresenta uma configuração dos direitos sociais semelhante a nossa Constituição com a existência de normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada.

Desta forma, apresenta o mesmo dilema na execução de alguns direitos sociais, dentre os quais da assistência social, que dependem de norma regulamentadora para sua implementação.

Grande parte da doutrina italiana tem buscado distinguir o que são meros programas para o legislador e o que são normas jurídicas de conteúdo sociais constitucionalmente garantidas, como por exemplo, o direito a prestação social e a assistência social aos cidadãos incapacitados para o trabalho e desprovidos de meios de subsistência.

O debate tem origem em velhas discussões doutrinárias sobre a natureza dos chamados direitos civis, sobre as normas programáticas e sobre a teoria dos interesses constitucionalmente protegidos.

Beatriz González Moreno³⁰ afirma que a Constituição Italiana não define as garantias dos direitos fundamentais, entretanto, demonstra maior preocupação com a mora legislativa e as vias possíveis de fazer frente a omissão do legislador para fins de implementação da proteção dos direitos sociais nela reconhecidos, buscando para isso, a formulação de algumas teorias que tratam de diferenciar os direitos sociais condicionados e incondicionados do ponto de vista de sua exigibilidade judicial.

³⁰ MORENO, Beatriz González. Op. cit., p. 111/112.

CAPÍTULO III - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA O IDOSO

O Benefício de prestação continuada também chamado de benefício assistencial, renda mensal vitalícia, benefício de LOAS, ou simplesmente LOAS faz parte do Programa Nacional de Assistência Social e está integrado às políticas de assistência social com vistas ao enfrentamento da pobreza, à garantia da proteção social, ao provimento de condições para atender às situações de riscos que assolam o país, além de assegurar a universalização dos direitos sociais, nos termos do Artigo 1º, § 2º do Decreto 6.214/2007, regulamento do benefício de prestação continuada.

O Benefício de Prestação Continuada - BPC tem previsão no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal e no artigo 20 da Lei 8.742/1993 - LOAS e garante o pagamento de um salário mínimo mensal para a pessoa portadora de deficiência.

O legislador brasileiro tendo em vista o grande número de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco social manifestou sua preocupação em incluir o idoso no subsistema da assistência social com o objetivo de proporcionar uma proteção social.

O benefício de prestação continuada é direito personalíssimo que não gera direitos sucessórios, desta forma, o óbito do beneficiário acarreta o seu imediato cancelamento, com o pagamento do valor residual para os herdeiros na forma da lei civil.

O INSS tendo em vista o princípio da seletividade e com o intuito de coibir fraudes faz a revisão do benefício de prestação continuada a cada dois anos, verificando se as condições que ensejaram a sua concessão ainda permanecem inalteradas.

A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao recebimento do benefício, nos termos do artigo 5º, da Lei 8.742/1993, com nova redação dada pela Lei 12.435/2011.

3.1. Histórico legislativo.

Segundo Carlos Gustavo Moimaz Marques³¹ a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a prever o benefício de prestação continuada. Antes dela, havia o amparo previdenciário, previsto no artigo 1º, da Lei 6.179/1974³², que consistia no pagamento de

³¹ MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. Op. cit., p.47.

³² “Art 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma,

meio salário mínimo aos maiores de setenta anos de idade, desde que o requerente fosse previamente filiado ao Instituto Nacional de Previdência Social – INPS caso fosse trabalhador urbano ou ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - FUNRURAL caso se tratasse de trabalhador rural, mesmo após a perda da sua qualidade de segurado.

Portanto, a prestação não era propriamente um benefício assistencial, mas um benefício previsto no subsistema da previdência social.

O amparo previdenciário também era chamado de renda mensal vitalícia, a teor do artigo 2º, da Lei 6.179/1974³³. A prova da idade era feita por meio da apresentação da certidão do registro civil ou outros meios admitidos em direito, conforme previsão do artigo 75, do Decreto 77.077/1976, Consolidação das Leis da Previdência Social – CLPS.

A renda mensal vitalícia não gerava direito ao décimo terceiro salário ou abono anual, nos termos do artigo 79, § 2º, do Decreto 77.077/1976. O valor do benefício era equivalente à metade do maior salário-mínimo vigente no país, não podendo ultrapassar a sessenta por cento do salário-mínimo do local do pagamento.

A concessão do benefício com valor de meio salário mínimo esteve em vigência até o advento da Constituição Federal de 1988, que vedou expressamente a existência de qualquer benefício com valor inferior a um salário-mínimo.

superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural, conforme o caso, desde que:

- I - Tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado;
- II - Tenham exercido atividade remunerada atualmente incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não;
- III - Tenham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.”

³³ “Art 2º As pessoas que se enquadrem em qualquer das situações previstas nos itens I e III, do artigo 1º, terão direito a:

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

II - Assistência médica nos mesmos moldes da prestada aos demais beneficiários da Previdência Social urbana ou rural, conforme o caso.

§ 1º A renda mensal de que trata este artigo não poderá ser acumulada com qualquer tipo de benefício concedido pela Previdência Social urbana ou rural, por outro regime, salvo, na hipótese do item III, do artigo 1º, o pecúlio de que trata o § 3º, do artigo 5º, da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, na redação dada pelo artigo 1º, da Lei nº 5.890, de 8 junho de 1973.

§ 2º Será facultada a opção, se for o caso, pelo benefício, da Previdência Social urbana ou rural, ou de outro regime, a que venha a fazer jus o titular da renda mensal.”

A renda mensal vitalícia de acordo com o artigo 139, da Lei 8.213/1991³⁴ deveria continuar a integrar o elenco dos benefícios até que o artigo 203, inciso V, da Constituição recebesse nova regulamentação.

A renda mensal vitalícia continuaria sendo concedida à pessoa maior de setenta anos de idade ou inválida desde que não exercesse nenhum trabalho remunerado, não podendo auferir qualquer rendimento superior ao valor da renda mensal ou possuir outros meios de sustento. O valor do benefício foi majorado para um salário mínimo, sendo vedada a acumulação com qualquer outra espécie de benefício do subsistema da Previdência Social, ou mesmo de outro regime.

O artigo 40, da Lei 8.742/1993³⁵ determinou a implantação do Benefício de Prestação Continuada em substituição ao benefício da renda mensal vitalícia, sendo esta extinta definitivamente em 1º de janeiro de 1996. Cumpre ressaltar que a renda mensal vitalícia esteve em vigência de 1974 até 1995, quando houve a efetiva implantação do benefício de prestação continuada.

A Lei 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS regulamentou o benefício de prestação continuada no seu artigo 20. A saber:

³⁴ “Art. 139. A Renda Mensal Vitalícia continuará integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que seja regulamentado o inciso V do art. 203 da Constituição Federal.

§ 1º. A Renda Mensal Vitalícia será devida ao maior de 70 (setenta) anos de idade ou inválido que não exercer atividade remunerada, não auferir qualquer rendimento superior ao valor da sua renda mensal, não for mantido por pessoa de quem depende obrigatoriamente e não tiver outro meio de prover o próprio sustento, desde que:

I - tenha sido filiado à Previdência Social, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não;

II - tenha exercido atividade remunerada atualmente abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social, embora sem filiação a este ou à antiga Previdência Social Urbana ou Rural, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou

III - se tenha filiado à antiga Previdência Social Urbana após completar 60 (sessenta) anos de idade, sem direito aos benefícios regulamentares.

§ 2º O valor da Renda Mensal Vitalícia, inclusive para as concedidas antes da entrada em vigor desta lei, será de 1 (um) salário mínimo.

§ 3º A Renda Mensal Vitalícia será devida a contar da apresentação do requerimento.

§ 4º A Renda Mensal Vitalícia não pode ser acumulada com qualquer espécie de benefício do Regime Geral de Previdência Social, ou da antiga Previdência Social Urbana ou Rural, ou de outro regime.”

³⁵ “Art. 40. Com a implantação dos benefícios previstos nos arts. 20 e 22 desta lei, extinguem-se a renda mensal vitalícia, o auxílio-natalidade e o auxílio-funeral existentes no âmbito da Previdência Social, conforme o disposto na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 1º A transferência dos beneficiários do sistema previdenciário para a assistência social deve ser estabelecida de forma que o atendimento à população não sofra solução de continuidade. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.1998)

§ 2º É assegurado ao maior de setenta anos e ao inválido o direito de requerer a renda mensal vitalícia junto ao INSS até 31 de dezembro de 1995, desde que atenda, alternativamente, aos requisitos estabelecidos nos incisos I, II ou III do § 1º do art. 139 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.1998)”.

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

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, 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.

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

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

§ 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.

§ 5º A situação de internado não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício.

§ 6º A deficiência será comprovada através de avaliação e laudo expedido por serviço que conte com equipe multiprofissional do Sistema Único de Saúde (SUS) ou do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), credenciados para esse fim pelo Conselho Municipal de Assistência Social.

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

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

Embora, a Lei 8.742/1993 tivesse regulamentado o benefício de prestação continuada, houve ainda a necessidade de editar o Decreto 1.744/1995 com o objetivo de estabelecer medidas administrativas e financeiras para a execução da norma.

O Decreto 1.744/1995, por sua vez, inovou a ordem jurídica ao dispor sobre a idade a ser considerada do idoso reduzindo-a para sessenta e sete anos e, determinando que a partir do ano de 2000 seria de sessenta e cinco anos.

A idade de sessenta e cinco anos para ser considerado idoso foi repetida posteriormente no artigo 34, da Lei 10.741/2003³⁶, o Estatuto do Idoso.

Cumprir frisar, que embora o artigo 12, da Lei 8.742/1993 tenha atribuído à União a responsabilidade do pagamento dos benefícios de prestação continuada, o artigo 32, parágrafo único, do Decreto 1.744/1995 determinou que o Instituto Nacional de Seguro Social - INSS seria o responsável pelo deferimento ou indeferimento dos requerimentos administrativos de concessão do referido benefício.

Na hipótese de inexistência do posto de atendimento do Instituto Nacional de Seguro Social-INSS no Município de residência do beneficiário, fica assegurado o encaminhamento do idoso ao Município mais próximo, nos termos do artigo 20, § 7º, da Lei 8.742/1993 com a redação dada pela Lei 9.720/1998.

³⁶ “Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

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

O benefício de prestação continuada somente será deferido após avaliação médica e social que serão realizados pelos serviços de perícia do Instituto Nacional de Seguro Social-INSS, conforme preconizado pelo artigo 20, § 6º, da Lei 8.742/1993³⁷, fazendo-se necessária a sua revisão a cada dois anos para avaliação de sua continuidade.

As hipótese de cancelamento do benefício estão previstas nos §§ 1º e 2º e são: superação das condições que lhe deram origem; morte do beneficiário; morte presumida do beneficiário, declarada em juízo; ausência declarada do benefício, na forma da lei civil; falta de comparecimento do beneficiário com deficiência ao exame médico pericial, por ocasião de revisão do benefício; falta de apresentação pelo idoso ou pessoa com deficiência da declaração de composição do grupo e renda familiar por ocasião da revisão do benefício e constatação de irregularidades na concessão.

A Lei 8.742/1993 - LOAS sofreu forte influência dos sistemas assistenciais existentes na Inglaterra e na França.

3.2. O regime da Lei 8.742/1993 com as alterações da Lei 12.435/2011 e Lei 12.470/11.

A regulamentação do benefício de prestação continuada prevista no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal ocorreu por meio da Lei 8.742/1993, que disciplinou o subsistema da assistência social e dispôs especificamente sobre o benefício em seus artigos 20 e 21.

A lei utilizou dois requisitos para determinar quais seriam os destinatários do benefício de prestação continuada. O primeiro requisito para a pessoa com deficiência, seria a prova da incapacidade para a vida independente e para o trabalho, nos termos do artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/1993, ao passo que para o idoso, seria a idade mínima de setenta anos, a teor do artigo 20, *caput*, da Lei 8.742/1993.

O segundo requisito seria a comprovação de não possuírem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. A lei neste caso estabeleceu um critério objetivo de miserabilidade consistente na renda mensal *per capita* familiar inferior a um quarto (1/4) do salário mínimo.

No entanto, a forma como o benefício foi regulamentado causou inúmeros entraves para a sua concessão em razão dos rigorosos requisitos estabelecidos, o que provocou a

³⁷ “§ 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)”.

exclusão de um sem número de idosos e pessoas com deficiência do seu acesso. Segundo Wladimir Novaes Martinez “raramente um texto enfrentou um tema tão árido e se saiu tão mal quanto este. Revela preocupação com os proclamas da Carta Magna, os quais copia, mesmo quando a Lei Maior afirma categoricamente ser direito do cidadão e dever do Estado.”³⁸

O artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/1993³⁹ ainda extrapolou sua função de mera regulamentação da norma constitucional ao determinar que o benefício deveria ser concedido apenas as pessoas deficientes que tivessem incapacitadas para a vida independente, além de sua incapacidade laboral.

Sobreveio a Lei 12.435/2011 que alterou a redação da Lei 8.742/1993 considerando pessoa com deficiência apenas aquela com incapacidade para o trabalho, por um período superior a dois anos. Sobreveio nova alteração legislativa empreendida pela Lei 12.470/11⁴⁰ que não fala mais de incapacidade para o trabalho, mas de impedimento, o que permite uma aplicação mais abrangente, incluindo até as crianças para fins de recebimento do benefício assistencial.

Destarte, para fins de recebimento do benefício de prestação continuada a pessoa deficiente não precisa ser incapacitada para a vida independente, mas ter restrição a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas⁴¹.

O artigo 20, da Lei 8.742/1993 também extrapolou sua função de regulamentação no que tange à idade mínima do idoso, que previa o limite de setenta anos ou mais para a obtenção do benefício de prestação continuada.

Houve ainda a expedição do Decreto 1.744/1995, que regulamentou o procedimento administrativo para concessão do benefício de prestação continuada e inovou a Lei 8.742/1993 ao prever a redução da idade mínima de setenta para sessenta e sete anos, a partir

³⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo: Editora LTDA. 5ª edição. 2013. p. 183.

³⁹ “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

(...)

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

⁴⁰ “§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.(Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).”

⁴¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p.16.

de 1º de janeiro de 1998, e estabeleceu também uma segunda redução de sessenta e sete para sessenta e cinco anos a partir de 1º de janeiro de 2000, nos termos do artigo 42.

A Lei 10.741/2003 concretizou a segunda redução da idade mínima para o acesso ao benefício, que havia sido prevista pelo Decreto 1.744/1995, reduzindo-a para sessenta e cinco anos, nos termos do artigo 34, que disciplinou o referido benefício.

Por sua vez, a Lei 12.435/2011 consolidou a idade de sessenta e cinco anos ou mais para o idoso ter acesso ao benefício desde que comprove os demais requisitos exigidos na lei. Sendo assim, a evolução legislativa empreendida por esta lei trouxe resultado positivo na medida em que um maior número de idosos pode ter acesso ao benefício e ter uma maior inclusão social, reduzindo a quantidade de demandas judiciais que poderiam ser propostas perante o Poder Judiciário.

A Lei 12.435/2011 incluiu um novo conceito de família ao alterar a redação do artigo 20, § 1º, da Lei 8.742/1993, dispondo que a família é a composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, pelos pais e, na ausência de um deles, pela madrasta ou o padrasto, pelos irmãos solteiros, pelos filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

A inovação da Lei 12.435/2011 foi bem-vinda, porque permitiu na ausência dos pais considerarem a presença da madrasta ou padrasto, no que diz respeito aos filhos e irmãos, que antes deveriam ser menores de 21 anos ou inválidos, basta agora que sejam solteiros e residam sob o mesmo teto do requerente do benefício de prestação continuada.

A Lei 12.435/2011 também acrescentou ao rol da família os enteados solteiros e os menores tutelados que viva na mesma residência do requerente. A lei cometeu alguns equívocos, dentre eles foi a utilização do termo menor tutelado, porquanto teria sido mais proveitoso o legislador ter utilizado o termo menor sob guarda de fato ou judicial.

A pessoa que requer o benefício de prestação continuada geralmente não recorre ao Poder Judiciário para regularizar a situação jurídica do menor que está sob seus cuidados, o que corriqueiramente se observa na prática do dia-a-dia é a guarda de fato do menor.

Ademais, a tutela somente é requerida quando o menor possui bens em seu nome, o que se reputa uma situação rara para quem necessita de um benefício de prestação continuada.

Verifica-se que a Lei 12.435/2011 como acontecia com a redação original da Lei 8.742/1993 não permite ao intérprete o acréscimo de qualquer pessoa que não esteja arrolada no dispositivo legal, ou seja, qualquer pessoa que viva na mesma residência, mas esteja fora do rol legal deve ser imediatamente desconsiderada, tanto para o cálculo do número de

pessoas quanto para o cômputo da renda *per capita* do grupo familiar, o que gera inúmeras injustiças, eis que a opção legislativa acaba por ignorar as características peculiares da família brasileira.

O legislador perdeu a oportunidade de proporcionar uma abertura maior para a apreciação administrativa das circunstâncias peculiares de cada caso concreto, contribuindo neste caso apenas para o aumento do número de demandas judiciais que prejudicam a qualidade das decisões proferidas no Poder Judiciário e provocam a demora na resolução dos conflitos sociais.

A nova redação do artigo 20, § 4º, da Lei 8.742/1993 dada pela Lei 12.435/2011 foi restritiva ao não possibilitar a acumulação do benefício de prestação continuada com qualquer outro benefício em pecúnia que o idoso ou pessoa com deficiência ou alguém de sua família possa receber, no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

O artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 regulamentou essa questão de forma mais justa ao prever que o benefício concedido a qualquer membro da família não poderia ser computado para fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere o artigo 20 da Lei 8.742/1993.

A Lei 12.435/2011 trouxe o conceito de Proteção Social Básica, destinada à prevenção de situações de vulnerabilidade e risco social e de Proteção Social Especial, com destaque na reconstrução dos vínculos familiares e comunitários. Entretanto, este dispositivo não tem sido respeitado pelo poder público, pois na maioria das vezes o requerente para ter seu direito fundamental respeitado, precisa recorrer constantemente ao Poder Judiciário que na maioria dos casos determina que o poder público implemente a política pública.

Observa-se que um direito socioassistencial de natureza fundamental, garantido na legislação que deveria ser implementado na esfera administrativa pelas governanças públicas somente tem encontrado o devido amparo e o efetivo mecanismo de defesa no Poder Judiciário, uma vez que a assistência social como gestão de política pública não tem se empenhado em concretizar os direitos sociais no âmbito administrativo.

Por fim, embora as alterações promovidas pelas Leis 12.435/11 e 12.470/11 não sejam suficientes para dar ao benefício de prestação continuada a importância que lhe é devida como meio de assegurar o bem-estar e a justiça social. Ainda sim, surtiram alguns efeitos positivos com o aumento da concessão do benefício a um número maior de idosos e pessoas com deficiência.

3.3. Requisitos de concessão e beneficiários

O artigo 203, inciso V, da Constituição Federal regulamentado pelo artigo 20, da Lei 8.742/1993 com a nova redação dada pela Lei 12.435/2011 estabeleceu os requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada.

O artigo 20, da Lei 8.742/1993 fixou dois requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada: 1º ser a pessoa deficiente ou idosa com sessenta e cinco anos; 2º não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

O primeiro dos requisitos está relacionado ao sujeito ativo da relação jurídica assistencial, ou seja, o beneficiário, que no caso do benefício de prestação continuada é a pessoa idosa ou deficiente. A pessoa idosa, para fins de concessão do benefício é aquela que tem mais de sessenta e cinco anos de idade, de acordo com o artigo 34 da Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso e da Lei 12.435/2011 que alterou a redação do artigo 20⁴², da Lei 8.742/1993.

Outrossim, a pessoa deficiente para efeitos do artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/1993 com nova redação dada pela Lei 12.470/2011 é a que carrega o encargo mais elevado na realização da vida plena em sociedade⁴³. Observa-se que a Lei 12.470/2011 alterou a regra recente que havia sido criada pela Lei 12.435/2011, que exigia a incapacidade, a qual não poderia ultrapassar dois anos para ser qualificada de longo prazo. Já a nova redação da Lei 12.470/2011 mantém o prazo, mas não fala mais em incapacidade, a lei cunhou o termo impedimento, o que permite ao intérprete uma aplicação mais abrangente. A saber:

“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).”

O Instituto Nacional do Seguro Social – INSS costumava indeferir o benefício de prestação continuada para a criança com deficiência sustentando inexistir incapacidade para o trabalho. Entretanto, a deficiência para a criança é muito mais gravosa, uma vez que impede

⁴² “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).”

⁴³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p.15.

sua formação plena e inserção social. Desta forma, com a utilização do termo impedimento, a criança pode ser incluída para fins de recebimento do benefício.

Atualmente o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS deve proceder a uma avaliação médica e outra social para fins de aferição do impedimento de longo prazo para identificação da pessoa com deficiência, devendo obedecer aos critérios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde. Esta avaliação é mais ampla e permite verificar as limitações sociais no desempenho de atividades e a restrição na participação da vida em sociedade, que não seriam identificadas através de uma simples perícia médica.

No caso do pleito do benefício de prestação continuada por crianças e adolescentes menores de dezesesseis anos, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS deve avaliar a existência da deficiência necessariamente em conjunto com o impacto na limitação do desempenho de atividades e restrição na participação social, compatível com a idade do solicitante.

Noutro vértice, outro requisito a ser analisado para a concessão do benefício de prestação continuada é a vedação cumulativa com outro benefício do subsistema da Previdência Social ou decorrente de qualquer outro regime previdenciário, salvo os da assistência médica e da pensão especial devidas às vítimas da Hemodiálise de Caruaru, hanseníase, talidomida, pensão indenizatória a cargo da União, benefício indenizatório a cargo da União, pensão mensal vitalícia de seringueiro, benefício de qualquer outro regime previdenciário e seguro-desemprego.

Por último, o requisito mais controvertido do benefício de prestação continuada para a pessoa idosa e deficiente é a comprovação de não possuírem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O artigo 20, § 3º da Lei 8.742/1993 estabeleceu um critério objetivo de aferição da miserabilidade consistente na renda mensal *per capita* familiar inferior a um quarto (1/4) do salário mínimo, ou seja, para que a pessoa tenha acesso ao benefício é necessário comprovar que sua renda *per capita* familiar é inferior em números atuais a R\$ 181,00 (cento e oitenta e um reais) por mês⁴⁴.

Inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudenciais se originaram da interpretação dessa regra e perduram até hoje, em que se indaga se o auferimento de uma renda mensal familiar inferior ou superior a um quarto (1/4) de salário-mínimo constitui uma presunção

⁴⁴ Artigo 1º, do Decreto 8.166/2014 – A partir de 1º de janeiro de 2014, o salário mínimo será de R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais).

absoluta, ou seja, *juris et de jure* ou relativa, *juris tantum*, para a configuração da miserabilidade necessária para fins de pagamento do benefício de prestação continuada.

3.4. Aferição da renda familiar *per capita*.

O artigo 203, V, da Constituição Federal e o artigo 20, da Lei 8.742/1993 determina para fins de concessão do benefício de prestação continuada que o idoso e a pessoa com deficiência comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Desse modo, a lei exige não apenas a demonstração da miserabilidade da pessoa, mas também de sua família para ter direito a proteção social do subsistema da assistência social. O legislador deixou claro o caráter subsidiário do subsistema da assistência social, ao afirmar que a família deve ser a primeira responsável pela proteção social do indivíduo, ao passo que o Estado deve ter uma atuação secundária.

A norma vinculou o acesso ao benefício à situação econômica da família do idoso e da pessoa com deficiência. A redação original do artigo 20, § 1º, da Lei 8.742/1993 definia família: “§ 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.”

A Lei 9.720/1998 deu nova redação ao artigo 20, § 1º, a Lei 8.742/1993 alterando o conceito de família para restringi-lo aos dependentes previstos no artigo 16 da Lei 8.213/1991 do subsistema da previdência social. A saber:

“§ 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.”

“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 que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

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 que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; (...).”

A lei retirou do conceito de família os membros como filhos e irmãos maiores de vinte e um anos e outras pessoas como netos, noras, sobrinhos, padrastos, madrastas, etc, o

que acabou limitando o acesso do idoso e da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada e gerando uma avalanche de ações judiciais.

Sobreveio a Lei 12.435/2011 que alterou o conceito de família ampliando o rol do artigo 20, § 1º, da Lei 8.742/1993 retirando as restrições que existiam quanto aos irmãos e filhos maiores de vinte e um ano, atualmente, basta tais pessoas sejam solteiras e vivam sob o mesmo teto, também acrescentou a madrasta e o padrasto.

Entretanto, o legislador andou mal ao optar por um rol fechado de pessoas na composição do grupo familiar para fins de aferição da miserabilidade, poderia ter feito uma maior abertura do conceito de família para a apreciação administrativa e judicial das circunstâncias peculiares de cada caso concreto⁴⁵.

O artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 foi claro em determinar como critério objetivo de aferição da miserabilidade a renda mensal familiar *per capita* igual ou inferior a um quarto (1/4) do salário-mínimo. Destarte, observa-se que o conceito de família irá influenciar diretamente o cálculo para fins de aferição da miserabilidade e consequente concessão do benefício de prestação continuada.

Assim, para cálculo da renda, divide-se o total de rendimentos da família pelas pessoas que a compõe, incluindo o requerente, cônjuge ou companheiro, pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, irmãos solteiros, filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

O benefício de prestação continuada poderá ainda ser pago a mais de um membro do grupo familiar, desde que preenchidas as condições exigidas em lei e para o idoso o benefício concedido a qualquer membro da família não será computado para fins de cálculo da renda familiar, nos termos do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso. Todavia, a lei não faz ressalva quanto a pessoa com deficiência, logo, o valor concedido a outros membros do mesmo grupo familiar passa a integrar a renda, para efeito de cálculo da renda mensal familiar *per capita* do novo benefício requerido.

Ressalte-se que o benefício de prestação continuada não é um mero favor prestado pelo Estado para os idosos e para as pessoas com deficiência, mas é um direito social previsto Constitucionalmente, que desde a sua primeira regulamentação tem encontrado entraves por parte do poder público para sua efetivação.

O critério objetivo estipulado para aferir-se a miserabilidade familiar, consistente na necessidade de comprovação da renda familiar mensal *per capita* inferior a um quarto (1/4)

⁴⁵ PEREIRA, Luciano Meneguetti. Análise crítica do benefício de prestação continuada e a sua efetivação pelo judiciário. Brasília: Revista CEJ. Ano XVI. N. 56. Janeiro/abril 2012. p. 19.

do salário mínimo, já foi questionada inúmeras vezes e o Poder Judiciário passou a ter um papel cada vez mais importante na consolidação deste direito social.

3.4.1. Interpretação no âmbito administrativo

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da autonomia da vontade⁴⁶.”

O benefício de prestação continuada tendo em vista o princípio da autonomia da vontade e a dignidade do cidadão somente será concedido após expressa manifestação de vontade da pessoa que pretenda receber o benefício e que preencha os requisitos exigidos em lei.

O termo inicial de implantação do benefício de prestação continuada será a data do requerimento administrativo formulado junto a uma das agências do INSS, previamente agendado via telefone ou pelo site do Ministério do Desenvolvimento Social - MDS. Ocorrendo apenas a postulação judicial, o início do benefício será a data da juntada do laudo pericial em juízo, uma vez que somente a partir daí considera-se constatada a incapacidade ou segundo a jurisprudência a partir da data da citação⁴⁷.

A pessoa que formular o requerimento administrativo do benefício de prestação continuada junto ao INSS receberá comunicado do deferimento ou indeferimento no seu

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas. 22ª edição. 2009. p. 64.

⁴⁷ Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>: “PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL PER CAPITA FAMILIAR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

1. A solução integral da divergência, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O STJ decidiu, em julgamento de recurso representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC), que a renda per capita familiar não é a única forma de aferir a incapacidade de uma pessoa para prover sua própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

3. Contudo, no caso, o Tribunal a quo consignou não preenchido requisito essencial à concessão do benefício de prestação continuada, qual seja, a hipossuficiência, uma vez que, incluindo os rendimentos do filho maior e do esposo da pleiteante, que coabitam sob o mesmo teto, a renda per capita auferida afastaria a situação de miserabilidade.

4. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência 735.329/RJ, Rel. Ministro Jorge Mussi, pacificou o entendimento de que, na ausência de postulação na via administrativa, é a citação, e não a juntada do laudo pericial aos autos, que deve nortear o termo inicial dos benefícios.

5. Não se conhece de Recurso Especial quanto à matéria (art. 1º - F da Lei 9.494/1997, com redação dada pela Lei 11.960/2009), que não foi especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

6. Recurso Especial parcialmente provido.” (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 1392528 / MG, relator Ministro HERMAN BENJAMIN, Data do Julgamento 03/09/2013, DJe 17/09/2013).

domicílio. Ocorrendo o deferimento do benefício o pagamento será efetuado em até quarenta e cinco dias depois de cumpridas as exigências, por meio de depósito bancário ou por órgãos autorizados pelo INSS.

Na hipótese de indeferimento do benefício por ausência de comprovação das condições exigidas em lei, a pessoa que fez o requerimento pode entrar com o recurso administrativo na mesma agência do INSS em que solicitou inicialmente o benefício de prestação continuada à Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social - JR/CRPS, no prazo de trinta dias, a contar do recebimento da comunicação.

Segundo o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, o benefício de prestação continuada ao idoso corresponde à garantia de um salário mínimo, devido à pessoa com sessenta e cinco anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.

A autarquia federal elenca as pessoas que têm direito ao benefício de prestação continuada, como sendo o brasileiro nato ou naturalizado, idoso, residente e domiciliado no Brasil, que não receba qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, salvo o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória, bem como o indígena idoso, que não receba qualquer outro benefício no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica.

O Instituto Nacional do Seguro Social alerta sobre o requisito da hipossuficiência econômica previsto no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, aduzindo que somente possui direito ao benefício aquele cuja renda familiar ou grupo familiar mensal per capita seja inferior a um quarto (1/4) do salário mínimo. Não sendo devido o benefício de prestação continuada assistencial para aqueles que já recebem qualquer benefício previdenciário, exceto as pensões especiais e indenizatórias.

O benefício de prestação continuada ao idoso já concedido a um membro da família, mesmo aqueles que iniciaram antes do advento da Lei 10.741/2003, não será levado em consideração no cálculo da renda familiar *per capita* em caso de solicitação de um novo benefício por outro membro da família.

A condição de acolhimento em instituições de longa permanência, assim entendido como hospital, abrigo ou instituição congênere não prejudica o direito do idoso ao recebimento do benefício de prestação continuada.

O beneficiário recluso, devidamente comprovado, não fará jus ao benefício de prestação continuada da assistência social, uma vez que a sua manutenção está sendo provida pelo Estado.

O INSS sempre que constata por meio da perícia socioeconômica que a renda familiar supera a quantia máxima prevista no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 indefere o benefício ao requerente sob o fundamento de que a renda familiar não se adequa ao critério objetivo de um quarto (1/4) do salário mínimo.

A ausência de interposição de recurso administrativo ao INSS não impede que seja aacionada a Justiça Federal para intervir nestas situações, podendo o requerente ser encaminhado para o Juizado Especial Federal ou para a Defensoria Pública da União.

3.4.2. Interpretação no âmbito Judicial

O benefício de prestação continuada, no valor de um salário mínimo, pago ao idoso, nos termos do artigo 203, inciso V, da Constituição não deve ser confundido com os benefícios previdenciários também prestados pelo Instituto Nacional de Seguro Social-INSS.

As causas envolvendo o benefício assistencial são julgadas pela justiça federal, nos termos do artigo 109, I, da Constituição, uma vez que o INSS é autarquia federal e ocupa o pólo passivo da relação jurídica processual.

A competência dos juizados especiais federais será fixada em razão do valor da causa que não pode ultrapassar a quantia de 60 (sessenta) salários mínimos. Exceto na hipótese de não existir vara federal próxima ao domicílio do proponente da ação, assim, o valor da causa pode ultrapassar os sessenta salários mínimos, nos termos do artigo 20, da Lei 10.259/01.

A exceção prevista na lei veio consagrar o direito ao acesso à justiça, principalmente ao hipossuficiente, porquanto, sem tal acesso não há fala-se em materialização dos direitos sociais e concretização do próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Boaventura de Sousa Santos nos ensina:

“Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afecta como sendo problema jurídico. (...) Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a acção. (...) Em terceiro e último lugar, verifica-se que o reconhecimento do problema como problema jurídico e o desejo de recorrer aos tribunais para o

resolver não são suficientes para que a iniciativa seja de facto tomada. Quanto mais baixo é o estrato socio-económico do cidadão menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde e como e quando pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advogados e os tribunais.”⁴⁸

O acesso à justiça no Brasil sempre foi muito elitizado, sendo assim, cabe ao intérprete no campo do direito social uma maior atenção, levando em conta no caso do benefício de prestação continuada previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal os princípios norteadores de todo o sistema como a busca da erradicação da pobreza e a promoção de uma sociedade livre justa e solidária.

A interpretação no âmbito judicial é muito importante, devendo o julgador buscar o melhor sentido da norma, de forma a fazer cumprir os ditames da lei na tutela das pessoas que se encontram incapacitadas de integrar o mercado de trabalho, como por exemplo, os idosos e as pessoas com deficiência, para fins de evitar as situações de extrema pobreza e exclusão social.

3.4.2.1. Tribunais e Turma Nacional de Uniformização

O critério objetivo de aferição de miserabilidade consistente na comprovação da renda em valor igual ou inferior a um quarto do salário mínimo foi objeto de um enorme número de ações judiciais, principalmente, nos juizados especiais federais. Desta feita, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais publicou a Súmula nº 11, que previa o seguinte enunciado:

“A renda mensal, *per capita*, familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.”⁴⁹

Posteriormente esta súmula foi cancelada por contrariar a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Contudo, em diversos julgamentos restou reiterado o entendimento de que o critério objetivo fixado pelo artigo 20, § 3º, da Constituição Federal não seria o único válido para a comprovação da miserabilidade do requerente e de sua família para fins de pagamento do benefício de prestação continuada.

⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. São Paulo: Revista Crítica de Ciências Sociais. Nº. 21. Novembro de 1986. p. 11/44.

⁴⁹ Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>.

Poderiam ser levados em consideração outros fatores como a exclusão para fins de cálculo de renda mensal familiar *per capita* do valor do benefício previdenciário recebido por outro idoso ou pessoa com deficiência presente no grupo familiar, como também poderia ser levado em conta o fato de o requerente ser portadora de alguma enfermidade grave. Confira-se:

“BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. DOENÇA GRAVE. LIMINAR. Comprovada a gravidade da doença (câncer) e, de consequência, a incapacidade para o trabalho, presentes os requisitos para concessão da liminar para recebimento do benefício assistencial (art. 20, §2º, Lei 8.742/93).” (TNU - Turma Nacional de Uniformização, PEDILEF 200235007017728, MARIA DIVINA VITORIA, DJGO 30/10/2002).

“INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LOAS. RENDA *PER CAPITA* INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO-MÍNIMO - PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE MISERABILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DA TNU. INCIDENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Pedido de concessão de benefício assistencial. 2. Sentença de improcedência do pedido. 3. Desprovimento do recurso da parte autora pela 3ª Turma Recursal do Paraná, ao argumento de que, muito embora não se aplique ao caso dos autos as alterações promovidas pela Lei nº 12.435/11 ao conceito de grupo familiar, restando a renda da demandante resumida ao benefício previdenciário de valor mínimo percebido por seu cônjuge, sendo excluído do cálculo conforme a jurisprudência já firmada sobre o assunto, o laudo pericial demonstra que a autora possui condições de vida incompatíveis com o conceito de miserabilidade. 4. Incidente de uniformização de jurisprudência, interposto pela parte autora, com fundamento no art. 14, § 2º, da Lei nº 10.259/2001. 5. Alegação de que o acórdão é divergente de precedentes desta Turma Nacional de Uniformização (2008.70.53.001178-6 e 2008.70.65.001597-7) e de julgado da Turma Recursal de Mato Grosso (2006.36.00.700245-0). 6. Admissão do incidente pela Presidência da Turma Recursal de origem. 7. Restou consolidado no âmbito da jurisprudência tanto do STJ quanto desta TNU que a renda per capita inferior a ¼ do salário-mínimo faz presumir a situação de miserabilidade para fim de concessão de benefício assistencial, não se admitindo a utilização de outros critérios para verificação desse pressuposto. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. NÃO APLICAÇÃO. 1. (...) 2. “A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.” (REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 20/11/2009). 3. (...) 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1267161/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011)” (Grifei). Ainda a TNU: “PREVIDENCIÁRIO – BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (LOAS) – EXCLUSÃO DE APOSENTADORIA DE MEMBRO DO GRUPO FAMILIAR NO CÔMPUTO DA RENDA – MATÉRIA PACIFICADA NA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO – RENDA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO CONSTITUI PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE MISERABILIDADE - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO 1. Incidente de uniformização suscitado pela parte autora, em face de decisão que desconsiderou a condição de miserabilidade, em razão de, apesar de a renda mensal per capita ser inferior a ¼ do salário mínimo, as condições da residência da autora afastarem a presunção de miserabilidade. 2. A renda mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo denota presunção absoluta de miserabilidade, não sendo possível ser confrontada com os outros critérios. 3. Incidente de Uniformização Nacional conhecido e provido. (PEDILEF 200870650015977, JUIZ FEDERAL VLADIMIR SANTOS VITOVISKY, DOU 08/07/2011 SEÇÃO 1.)” (Grifei). 8. Voto para reafirmar

o entendimento do STJ e da TNU no sentido de que, uma vez demonstrada que a renda per capita do grupo familiar da parte autora é inferior a ¼ do salário-mínimo, deve ser presumida de forma absoluta sua situação de miserabilidade para fim de concessão de benefício assistencial. 9. Determinação de retorno dos autos à Turma Recursal de origem para adequação do julgado. 10. Incidente de uniformização de jurisprudência conhecido e parcialmente provido, nos termos acima.”(TNU, PEDILEF 50020344020124047000, JUIZ FEDERAL ADEL AMÉRICO DE OLIVEIRA, DJ 26/10/2012.)⁵⁰

A Turma Nacional de Uniformização firmou entendimento no sentido de que a renda mensal familiar *per capita* igual ou inferior a um quarto (1/4) do salário mínimo gera presunção absoluta de miserabilidade, mas não constitui um critério absoluto de aferição. Neste diapasão também é a orientação jurisprudencial dos Tribunais Regionais Federais. A saber:

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. MENOR DEFICIENTE. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA VIDA INDEPENDENTE. VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. 1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar. 2. O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor. Precedentes desta Corte e do STJ. 3. Laudo médico pericial concluiu que o autor possui lesão mental que o incapacita para o trabalho, necessitando de auxílio de terceiros para tarefas do seu dia a dia, sendo que, em virtude da doença, não há possibilidade de recuperação da capacidade laborativa em razão do decurso do tempo. 4. Testemunhas comprovam que a renda percebida pelo grupo familiar é insuficiente para o pagamento das despesas ordinárias declaradas, descrevendo situação de grave penúria a demandar a imediata concessão do benefício pleiteado. 5. Apelação do INSS a que se nega provimento.”(TRF1 - PRIMEIRA TURMA, AC 200901990376457, relator JUIZ FEDERAL CONVOCADO CHARLES RENAUD FRAZAO DE MORAES, e-DJF1 DATA:12/07/2011, P. 213.).

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REQUISITOS DO ART. 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREENCHIMENTO. DEFICIÊNCIA. PROVA INEQUÍVOCA DA INCAPACIDADE. EXISTÊNCIA. 1. O benefício de Amparo Social é devido a portador de deficiência incapacitado para a vida independente e para o trabalho e não possui meios para prover a subsistência própria e nem tê-la provida por familiares, além de possuir renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo (Lei nº 8.742/93, art. 20). 2. Embora gere presunção absoluta de miserabilidade, a renda familiar per capita de até ¼ (um quarto) do salário mínimo não é critério absoluto. A renda superior a esse patamar não afasta o direito ao benefício se a hipossuficiência econômica restar comprovada por outros meios de prova. 3. A pessoa com deficiência é aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, não configurando a incapacidade momentânea para a vida independente e para o trabalho no conceito previsto no art. 20, §2º, da Lei nº 8.742/93. 4. Presentes os requisitos cumulativos de existência de prova inequívoca e de receio de dano irreparável ou de difícil reparação (CPC, art. 273), cabe o deferimento antecipado de benefício assistencial de prestação continuada. 5. Agravo de instrumento provido.” (TRF2 - SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, AG

⁵⁰ Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>.

“PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REQUISITOS COMPROVADOS. AFERIÇÃO DE MISERABILIDADE. CONTEXTO SOCIAL FAVORÁVEL. AGRAVO LEGAL IMPROVIDO. - O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social está lastreado no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, cuja regulamentação se deu pela Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS nº 8.742/1993, nos artigos 20 a 21-A e consiste na garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais que estejam em condição de miserabilidade. - Afigura-se deficiente, para efeitos de concessão deste benefício, a pessoa considerada incapaz para a vida independente ou para o trabalho. Conforme previsão expressa do parágrafo 6º do artigo 20 da Lei Orgânica, a constatação da deficiência dependerá de uma avaliação médica realizada por médicos peritos do INSS, a qual será consubstanciada no competente Laudo Pericial. - Para fazer jus ao benefício, a lei impõe ao requerente a comprovação de possuir renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo (artigo 20, parágrafo 3º, da LOAS). É certo que, na ADIN nº 1.232-1, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem reconhecer a constitucionalidade do referido regramento. Não obstante, a aferição da miserabilidade para os fins de concessão do benefício assistencial pode ser feita de outras formas igualmente aptas e idôneas. Precedentes. - O legislador pode estabelecer hipótese objetiva para o efeito de concessão do benefício assistencial, não sendo vedada a possibilidade de outras hipóteses, também mediante lei, razão pela qual plenamente possível a concessão do benefício assistencial com base em legislação superveniente à Lei nº 8.742/93, a qual não foi objeto da ADIN 1232-1-DF (Recl 4280-RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.08.2006). - Dessarte, não há falar em afronta à cláusula da reserva do plenário, ou mesmo ao efeito vinculante inerente ao controle concentrado de constitucionalidade positivado no aludido art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, consoante iterativa jurisprudência. - Não incide, na espécie, o disposto no art. 195, § 5º, da Constituição Federal, o qual alberga o princípio da contrapartida, em relação ao benefício de assistência social previsto no inciso V do art. 203 da Constituição Federal. Isso porque a regra limitativa da criação de novos benefícios tem como destinatário o legislador ordinário, sendo inaplicável aos benefícios criados diretamente pela Constituição. Precedentes do E. STF. - No caso dos autos, a parte autora, que contava com 52 anos de idade na data do ajuizamento da ação (fls. 18), requereu benefício assistencial por ser deficiente, o que foi atestado no laudo médico pericial. - O estudo social de fls. 105/106 dá a conhecer que a autora reside com o marido (pescador) e a filha maior de 21 anos (desempregada), em imóvel próprio, simples, composto por cinco cômodos. No entanto, nos termos do art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93 c.c. o art. 16 da Lei nº 8.213/91, o núcleo familiar para fins de concessão do benefício assistencial é composto apenas pela autora e seu marido, que trabalha como pescador sem vínculo empregatício e auferir renda de aproximadamente R\$ 500,00 mensais. As despesas da família somam R\$ 400,00 com alimentação, R\$ 38,88 com água, R\$ 32,00 com gás, R\$ 113,12 com medicamentos, R\$ 54,00 com telefone e R\$ 150,00 com combustível para o carro (Belina II, ano 1980). - Cabe observar que para o cômputo da renda familiar devem ser considerados apenas os rendimentos estáveis, pois, se provenientes de fontes variáveis, não se pode inferir com certeza se continuariam a percebê-los ou se seu montante seria reduzido (TRF-3ª Reg., AC 2002.61.25.002271-9, AC 2007.03.99.036653-8). Dessa forma, evidente a condição de miserabilidade a justificar a concessão do benefício assistencial em questão. - Agravo legal improvido.” (TRF3 - SÉTIMA TURMA, AC 0000466-25.2007.4.03.6112/SP, relatora JUÍZA CONVOCADA CARLA RISTER, D.E. 17/12/2012).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS DE CABIMENTO. REJEIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. 1. Os embargos declaratórios têm o objetivo específico de provocar novo pronunciamento judicial de caráter integrativo e/ou interpretativo nas hipóteses de ambiguidade, omissão, contradição ou obscuridade, a teor do art. 535 do CPC, ou então, por construção pretoriana integrativa, quando constatado erro material no julgado ou este estiver fundado em premissas fáticas equivocadas. Eles não se prestam, contudo, a rediscutir matéria já enfrentada na decisão recorrida. 2. Quanto ao prequestionamento, a jurisprudência é assente no sentido de que é desnecessária a individualização numérica dos artigos em que se funda o decisório. É que a só referência a normas constitucionais ou legais, dando-as por prequestionadas, não significa que tenha havido efetiva decisão a respeito dos temas propostos; o que importa é que eles tenham sido debatidos e dissecados no julgamento, com expressão de posição clara e expressa acerca da pretensão deduzida (STF, RE 128.519/DF, rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno, DJ 08.03.91; STJ, REsp 434129/SC, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 17.10.2002, DJ 17.02.2003).

3. "O critério de aferição da renda mensal, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros fatores que digam respeito à situação econômico-financeira do beneficiário e que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família (AgRg no REsp 938.279/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 22/03/2010) 4. O Magistrado não está obrigado a fundamentar sua decisão nos exatos termos em que solicitado pelas partes, sendo suficiente o explicitamento acerca de suas razões de convencimento. Admite-se a rejeição implícita de tese jurídica quando o decisum restar evidentemente conflitante com a pretensão da parte. 5. Embargos de declaração rejeitados."(TRF4 - QUINTA TURMA, AC 200971990026470, relator Desembargador Federal HERMES SIEDLER DA CONCEIÇÃO JÚNIOR, D.E. 31/05/2010.).

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. INCAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE E PARA O TRABALHO. CONSTATAÇÃO. PERÍCIA MÉDICA JUDICIAL E ESTUDO SOCIAL. MARCO INICIAL DO BENEFÍCIO. JUROS MORATÓRIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Trata-se de remessa oficial e de apelação pelo INSS contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Estadual da Comarca de Capela/SE, que julgou procedente o pedido de concessão do benefício de prestação continuada, a contar da data da citação da parte Ré (DER: 06/04/2010), com a devida correção monetária, na forma do Manual de Cálculo da Justiça Federal e condenou a autarquia-ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10%(dez por cento) sobre o valor das Parcelas vencidas, conforme a súmula 111 do STJ. 2. De acordo com a perícia médica judicial, a autora padece de atrofia da musculatura da fossa supra espinhal e dor apalpação dos ombros, com os movimentos de abdução limitados a 30º, e a rotação interna e externa limitados em 20º, - ombro congelado bilateralmente - encontrando-se total e permanentemente limitada para as atividades que lhe garantam subsistência. 3. Além disso, sua baixa condição social (a miserabilidade foi comprovada por estudo social, realizado pela assistente social), juntamente com seu baixo grau de instrução e o local onde reside representam óbice à inserção no mercado de trabalho. 4. Impõe-se a concessão do amparo social, a contar da data do ajuizamento da ação (DER: 01/08/12), em consonância com o entendimento majoritário deste Egrégio Tribunal. 5. Juros moratórios com percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, desde a citação (Súmula nº 204 do STJ), devendo a correção monetária ser calculada conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a contar do ajuizamento da ação (Súmula nº 148 do STJ). A partir do dia 30 de junho de 2009, contam-se de acordo com o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/2009. 6. Honorários advocatícios mantidos em 10% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil, observada a Súmula nº 111 do Superior Tribunal de Justiça. 7. Apelação do INSS improvida. Remessa oficial, tida por interposta, parcialmente provida. Recurso adesivo provido.”(TRF5 - Primeira Turma, AC 00030432220124059999, relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJE 07/12/2012, Página 37).⁵¹

A análise desses julgados dos Tribunais Regionais Federais e das decisões das demais instâncias judiciais demonstra que prevaleceu o entendimento de que o benefício de prestação continuada consistente no pagamento de um salário mínimo para as pessoas que dele necessitem é um direito social que deve ser concretizado e não deve ser obstado por qualquer critério desarrazoado previsto em lei.

3.4.2.2. Superior Tribunal de Justiça.

⁵¹ Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>.

A principal discussão judicial envolvendo os requisitos para o deferimento do benefício de prestação continuada tem sido o critério de aferição da miserabilidade, nos termos do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

Diante deste cenário ocorreu a propositura da ADI 1.232 perante o Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente o pedido e declarou a constitucionalidade do dispositivo legal que definiu como único critério de aferição de miserabilidade a renda mensal familiar *per capita* igual ou inferior a um quarto (1/4) do salário-mínimo.

O Superior Tribunal de Justiça aliado aos Tribunais Regionais Federais afirmaram a necessidade de utilização de outros critérios para verificação da miserabilidade do indivíduo e de sua família. Sustentaram que ao artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 deveria ser interpretado conforme a Constituição para que a aferição da miserabilidade fosse constatada por outros meios e de acordo com cada caso concreto.

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que o legislador se omitiu na regulamentação do artigo 203, inciso V, da Constituição Federal. Desse modo, ao julgador competia a compatibilização do § 3º com a Constituição apurando-se a miserabilidade por outros critérios que poderiam ser observados no caso concreto. Nesse diapasão:

“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.” (STJ - TERCEIRA SEÇÃO, RESP 200900409999, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE DATA:20/11/2009 RSTJ VOL.:00217 PG:00963).

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal às pessoas portadoras de deficiência ou idosas, desde que estas comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. 2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento de recurso especial repetitivo (REsp. 1.112.557/MG), firmou entendimento de que 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. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ - SEXTA TURMA, AGA 201000456550, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJE DATA:02/08/2010).

“PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 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. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO. 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. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp. 1.112.557/MG, representativo de controvérsia, pacificou o entendimento de que 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. 4. No presente caso, ainda que não se exclua do cálculo da renda familiar o benefício previdenciário recebido por um dos membros do grupo, como pretende o recorrente, restou consignado pelas instâncias ordinárias, com base no conjunto fático-probatório dos autos, a condição de miserabilidade do recorrido e, por conseguinte, o pedido de concessão do benefício assistencial foi julgado procedente. 5. A alteração dessa conclusão somente seria possível através do reexame de prova, o que, entretanto, encontra óbice na Súmula 07/STJ. 6. Agravo Regimental do INSS desprovido.” (STJ - QUINTA TURMA, AGA 200702261266, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE DATA:21/06/2010).

Segundo esta orientação a interpretação do julgador ultrapassa os limites feitos pelo legislador ordinário de forma a resguardar as diretrizes constitucionais, ou seja, o julgador deve buscar uma interpretação conforme a constituição.

Pedro Lenza ao discorrer sobre o princípio da interpretação conforme a constituição leciona que “diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição.”⁵²

⁵² LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Editora Saraiva. 13ª edição. 2009. p. 96.

Ainda de acordo com o Superior Tribunal de Justiça o critério objetivo de aferição de miserabilidade se for o único critério a ser considerado nega o princípio da dignidade da pessoa humana, por ferir o núcleo essencial da Constituição Federal.

O critério objetivo de um quarto (1/4) do salário mínimo não deve ser considerado absoluto, podendo o intérprete se valer de outros elementos de prova para formar sua convicção ante o caso concreto.

CAPÍTULO IV - EVOLUÇÃO NO ENTENDIMENTO DO STF DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.232 ATÉ A RECLAMAÇÃO 4.374 E OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 567.985 E 580.963

O benefício de prestação continuada previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988 e regulamentado no artigo 20, da Lei 8.742/1993 determina o pagamento de um salário-mínimo mensal para a pessoa idosa com idade igual ou maior a sessenta e cinco anos e para a pessoa com deficiência, incapazes de prover a própria manutenção e que tenham renda mensal familiar per capita inferior a um quarto do salário-mínimo vigente.

O critério objetivo de aferição do estado de miserabilidade estabelecido pelo artigo 20, da Lei 8.742/1993 foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em suas primeiras manifestações acerca do tema. Confira-se:

EMENTA: “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”. (STF - Tribunal Pleno, ADI 1232/DF, relator Ministro ILMAR GALVÃO, Julgamento em 27/08/1998, DJ 01/06/2001, P.75).

O Procurador Geral da República ajuizou a ação direta de inconstitucionalidade nº 1.232 sustentando que o artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 restringia o direito garantido na norma constitucional, sendo portanto, incompatível com o disposto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal. Antes desta ação havia requerido medida cautelar de suspensão de eficácia da norma, que foi indeferida pelo então Ministro Maurício Corrêa sob o fundamento de que “o legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional.”

O Supremo Tribunal Federal não deixou dúvidas ao confirmar que o único e exclusivo critério para aferição da miserabilidade para fins de pagamento do benefício de prestação continuada seria o descrito no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

Ressalte-se que o voto vencido do Ministro Ilmar Galvão relator da ação era a única voz discordante da decisão, ao julgar parcialmente procedente o pedido para emprestar ao texto impugnado interpretação conforme a Constituição, de forma a não considerar como regra absoluta a aferição da miserabilidade prevista no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

Todavia, os demais ministros votaram pela improcedência do pedido acompanhando o voto vencedor proferido pelo Ministro Nelson Jobim. A saber:

“Sr. Presidente, data vênica do eminente Relator, compete à lei dispor a forma de 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 desta 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.”

Durante o período de mais ou menos uma década, o Supremo Tribunal Federal continuou a sustentar o entendimento de que o único critério de aferição da miserabilidade era o previsto no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. Conforme os seguintes julgados:

EMENTA: “RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203. CF. A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232. Reclamação procedente.” (STF - Tribunal Pleno, Rcl-AgR 2303/RS, relatora Ministra ELLEN GRACIE, Julgamento em 13/05/2004, DJ 01/04/2005, P.195).

DECISÃO: “Trata-se de Reclamação contra o Juízo da 1ª Vara Federal de Araraquara - 20ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo - que declarou inconstitucional o § 3º do art. 20, da L. 8742/93. Alega-se, em síntese, ofensa à decisão proferida na ADIn 1232. O em. Ministro Nelson Jobim, no período do recesso, requisitou informações, que foram prestadas. O parecer do Ministério Público é pela procedência da reclamação. Decido. Em recente decisão, o Plenário desta Corte julgou procedente a Rcl 2303-AgRg, que tratou de caso análogo. Como no precedente, verifica-se (Ellen Gracie, j. 13.5.2004) que ao declarar inconstitucional o § 3º, do art. 20, da L. 8742/93, a sentença violou a autoridade da decisão proferida na ADIn 1232 que, ao ser julgada improcedente, declarou a constitucionalidade da norma impugnada. No mesmo sentido, a Rcl 2298. Assim, julgo procedente a reclamação para cassar a sentença reclamada na parte que concede benefício assistencial em desacordo com o requisito objetivo previsto no § 3º, do art. 20 (Gilmar Mendes, DJ 04.6.2004). 20, da L. 8742/93. Brasília, 1º de dezembro de 2004. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE – Relator” (STF, Rcl 2733/DF, relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento em 01/12/2004, DJ 07/12/2004, P.20).

EMENTA: “PREVIDÊNCIA SOCIAL. Benefício assistencial. Lei nº 8.742/93. Necessitado. Deficiente físico. Renda familiar mensal per capita. Valor superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo. Concessão da verba. Inadmissibilidade. Ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI nº 1.232. Liminar deferida em reclamação. Agravo improvido. Ofende a autoridade do acórdão do Supremo na ADI nº 1.232, a decisão que concede benefício assistencial a necessitado, cuja renda mensal familiar per capita supere o limite estabelecido pelo § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742/93.” (STF - Tribunal Pleno, Rcl 4427 MC-AgR/RS, relator Ministro CEZAR PELUSO, Julgamento em 06/06/2007, DJ 28/06/2007, P.814).⁵³

A interpretação do Supremo Tribunal Federal era a de que o legislador vedou a utilização de qualquer outro critério para constatação da miserabilidade exceto o da renda mensal *per capita* familiar. Não havendo espaço para qualquer outra interpretação que pudesse ser extraída da lei.

⁵³ Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>

O raciocínio desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento em análise é de que todo o Sistema da Seguridade Social será organizado pelo Poder Público “nos termos da lei”, segundo o artigo 194, parágrafo único da Constituição Federal, desta forma, o princípio da legalidade seria de observância obrigatória. Assim, na aferição da miserabilidade a atividade do intérprete se restringe a subsunção do fato à norma.

Interessante observar que mesmo com a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição, responsável por dizer a última palavra na interpretação e validade das leis, os demais tribunais e juízes, incluindo o Superior Tribunal de Justiça continuavam a se rebelar e a questionar a constitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

A discussão doutrinária e jurisprudencial tendia para a adoção da interpretação do voto vencido do Ministro Ilmar Galvão. Segundo Fabio Zambitte Ibrahim:

“De fato, ainda que o legislador frequentemente utilize-se de parâmetros objetivos para a fixação dos 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.”⁵⁴

O Superior Tribunal de Justiça continuava a manter o seu posicionamento em sentido oposto ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme acórdãos colacionados a seguir:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. COMPROVAÇÃO DE RENDA PER CAPITA NÃO SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. DESNECESSIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. 1. “1. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar *per capita* mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas.” (REsp 464.774/SC, da minha Relatoria, in DJ 4/8/2003). 2. “Não se conhece do recurso especial, pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 83). 3. Agravo regimental improvido.” (STJ - SEXTA TURMA, AGRESP 200300355173, relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ DATA:28/10/2003 PG:00372).

“PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 203, V, DA CF/88. ART. 20, § 3º, DA LEI 8.742/93. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES 7 E 83/STJ. PRECEDENTES. 1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar *per capita* não-superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial. 2. A reapreciação do contexto fático-probatório em que se baseou o Tribunal de origem para deferir o benefício pleiteado, pela via do recurso especial, esbarra no óbice

⁵⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p.14.

do enunciado sumular nº 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido.”(STJ - QUINTA TURMA, AGRESP 200300729020, ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ DATA:03/04/2006 P. 389).

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AFERIÇÃO DO ESTADO DE MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS QUE NÃO A RENDA FAMILIAR "PER CAPITA" INFERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. MATÉRIA DECIDIDA PELO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. RECURSO INADMISSÍVEL, A ENSEJAR A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 557, § 2º, DO CPC. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no regime do Art. 543-C CPC, uniformizou o entendimento de que possível a aferição da condição de hipossuficiência econômica do idoso ou do portador de deficiência, por outros meios que não apenas a comprovação da renda familiar mensal "per capita" inferior a 1/4 do salário mínimo. 2. O entendimento adotado pelo e. Tribunal de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça. 3. A interposição de agravo manifestamente inadmissível enseja aplicação da multa prevista no artigo 557 § 2º do Código de Processo Civil. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ - QUINTA TURMA, AGA 200900474583, DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, DJE DATA:16/11/2010).⁵⁵

O Supremo Tribunal Federal recebeu reiteradas reclamações ajuizadas contra decisões provenientes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais que mediante uma interpretação sistemática das leis sobre a matéria, acabavam por conceder o benefício de prestação continuada com base na legislação posterior referente a outros benefícios assistenciais que possuíam um critério de renda mais alargado, como por exemplo o Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Educação – Bolsa Escola (Lei 10.219/2001), o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA (Lei 10.689/2003); o Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Saúde – Bolsa Alimentação (Medida Provisória 2.206-1/2001), etc.

Depois de certo tempo o Supremo Tribunal Federal começou a indeferir as reclamações interpostas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em contradição ao seu próprio entendimento na ADI 1.232/DF, para isso utilizou diferentes fundamentos com base nas legislações posteriores que criaram outros benefícios assistenciais e também o de que o critério objetivo de aferição de miserabilidade era ineficiente e muito restritivo.

Nesse clima de mudanças o Ministro Gilmar Mendes analisou a Reclamação 4.374 e afirmou:

“Com a criação do Bolsa Família, outros programas e ações de transferência de renda do Governo Federal foram unificados: Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Educação – Bolsa Escola (Lei 10.219/2001); Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA (Lei 10.689 de 2003); Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Saúde – Bolsa Alimentação (MP 2.206-1/2001) Programa Auxílio-Gás (Decreto n.º 4.102/2002); Cadastramento Único do Governo Federal (Decreto 3.811/2001).

Portanto, os programas de assistência social no Brasil utilizam, atualmente, o valor de ½ salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios. Tal fato representa,

⁵⁵Publicação disponível no site do Portal da Justiça Federal no endereço: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>.

em primeiro lugar, um indicador bastante razoável de que o critério de ¼ do salário mínimo utilizado pela LOAS está completamente defasado e mostra-se atualmente inadequado para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial. Em segundo lugar, constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização.

Portanto, além do já constatado estado de omissão inconstitucional, estado este que é originário em relação à edição da LOAS em 1993 (uma inconstitucionalidade originária, portanto), hoje se pode verificar também a inconstitucionalidade (superveniente) do próprio critério definido pelo § 3º do art. 20 da LOAS. Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um 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).⁵⁶

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se modificou a partir desta decisão e depois de quase dez anos de insistente jurisprudência em sentido contrário à ADI 1.232/DF e da alteração da composição de sua Corte com a saída de seis membros que compunham o plenário, houve o julgamento do RE 567.985/MT em 18/04/2013 que confirmou esta tendência. Nesse sentido interessante a afirmação do Ministro Gilmar Mendes:

“Eu ressalto, então, todos esses aspectos e digo mesmo: o fato é que hoje o Supremo, muito provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida em 1998 na ADI n. 1.232, a partir desses robustos indícios que estão aí. A jurisprudência atual supera, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados pelo Tribunal quanto ao tratamento da omissão inconstitucional, inclusive quanto à possibilidade de, por exemplo, em caso de omissão parcial, nos valermos da modulação de efeitos, por exemplo, de aplicarmos o artigo 27, deixarmos a lei em vigor, mas não declararmos sua nulidade, que é um ponto importante para o qual chama a atenção o ministro Marco Aurélio, declarar a nulidade aqui é agravar o estado de inconstitucionalidade, distanciar-se ainda mais. Mas, hoje, já dispomos, então, dessa alternativa.”⁵⁷

A alteração de sua orientação jurisprudencial se consolidou com a declaração de repercussão geral no Recurso Extraordinário 567.985/MT, de relatoria do Ministro Marco Aurélio que levou a questão novamente ao pleno. A saber:

“REPERCUSSÃO GERAL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - IDOSO - RENDA *PER CAPITA* FAMILIAR INFERIOR A MEIO SALÁRIO MÍNIMO - ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Admissão pelo Colegiado Maior.” (STF - Tribunal Pleno, RE 567985/MT, relator Ministro MARCO AURÉLIO, Julgamento em 08/02/2008, DJ 10/04/2008, P.1661).⁵⁸

⁵⁶ Publicação disponível no site do Supremo Tribunal Federal no endereço: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4374.pdf>

⁵⁷ Publicação disponível no site do Supremo Tribunal Federal no endereço: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>

⁵⁸ Publicação disponível no site do Supremo Tribunal Federal no endereço: <http://www.stf.jus.br/>.

O Supremo Tribunal Federal ainda demorou certo tempo para proferir a decisão que alterou sua jurisprudência:

Ementa: 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 os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem 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. 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 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. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a 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 dos 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). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.”(STF, Tribunal Pleno, RE 567985/MT, relator Ministro MARCO AURÉLIO, relator para Acórdão Ministro GILMAR MENDES, Julgamento em 18/04/2013, DJe 02/10/2013).

Cumprе ressaltar que o RE 567.985/MT não discutiu apenas a alteração do critério de aferição de miserabilidade, mas também a possibilidade de se apurar a condição de miserabilidade em cada caso concreto.

A demora da decisão do Supremo Tribunal Federal foi explicada posteriormente pelo Ministro Marco Aurélio, que chamou a atenção em seu voto para o perigo da omissão por parte do legislador, caso fosse declarada a inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, com a nulidade da norma. Assim, as pessoas idosas e com deficiência ficariam sem nenhuma proteção social, ante a inexistência de regulamentação do artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, com a cessação do pagamento do benefício de prestação continuada. Nestes termos afirmou:

“Não chego ao extremo de sugerir a superação da decisão proferida pelo Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232, por crer que o parâmetro abstrato possui valia. A declaração de

inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 teria o condão imediato de retirar o suporte de legalidade que deve nortear a atividade administrativa – artigo 37, cabeça, da Carta Federal. O Supremo vem se negando a proclamar a nulidade de lei que padece de vício de inconstitucionalidade por omissão parcial, pois significaria piorar situação que já não se adequa plenamente à Constituição.”⁵⁹

Por seu turno, o Ministro Gilmar Mendes sustentou em seu voto a insegurança jurídica que a declaração de inconstitucionalidade sem a nulidade do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 traria para o ordenamento jurídico, uma vez que cada julgador poderia utilizar um critério diferente para apurar a condição de miserabilidade em cada caso concreto. Aduziu:

“Por isso, Presidente, fazendo um rápido resumo, eu chego à conclusão também consistente do voto do Ministro Marco Aurélio, mas eu estou afirmando que houve um processo de inconstitucionalização que se deflagrou, um processo de inconstitucionalização do parágrafo 3º, e cito, então, todas essas bolsas com base num quarto do salário mínimo: A criação do Bolsa Família, outros programas de ações de transferência da renda do governo foram unificados, Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação, Bolsa Escola, Programa Nacional de Acesso a Alimentação, Programa Nacional de Renda Mínima, todos esses agora com o critério de meio salário mínimo. Porque também eu entendo, louvo a solução do Ministro Marco Aurélio, mas eu gostaria de opor um reparo: é que a solução de Sua Excelência devolve ao juiz a adoção de critérios, e, obviamente, retira aquilo que da tribuna se aponta, retira a possibilidade de que o legislador fixe um critério, quer dizer, estabelecendo um mínimo de segurança jurídica.”⁶⁰

Revedo a posição anterior e com fundamento nas decisões proferidas nas instâncias ordinárias e mesmo com base nas diversas regulamentações sobre o subsistema da assistência social, o Supremo Tribunal Federal optou por declarar a inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, quanto ao critério objetivo de aferição de miserabilidade, sem nulidade da norma.

O Supremo Tribunal Federal também examinou a inconstitucionalidade por omissão do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, eis que restringia a proteção social apenas ao idoso, não abrangendo a pessoa com deficiência. A saber:

Ementa: “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 os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem 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

⁵⁹ Publicação disponível no site do Supremo Tribunal Federal no endereço: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>

⁶⁰ Publicação disponível no site do Supremo Tribunal Federal no endereço: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>

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. 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 de 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 dos 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). 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional. 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento”. (STF, Tribunal Pleno, RE 580963/PR, relator Ministro GILMAR MENDES, Julgamento em 18/04/2013, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, DJe-225 13/11/2013).⁶¹

Verifica-se que o artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 viola o princípio da isonomia, ao excluir a pessoa com deficiência da exceção legal que permite uma maior proteção social. Nesses casos, cabe ao Poder Judiciário na aplicação do direito social como prestação positiva do Estado intervir e declarar a inconstitucionalidade da norma por omissão quando o texto demonstrar incompatibilidade com a Constituição. Pedro Lenza discorre sobre o tema:

“O que se busca através da ADI por omissão é combater uma doença chamada pela doutrina de síndrome de inefetividade das normas constitucionais.

O art. 103, § 2º, da CF/88 estabelece que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. O que se busca é tornar efetiva norma constitucional destituída de efetividade, ou seja, somente as normas constitucionais de eficácia limitada.

Nesse sentido, devendo o Poder Público ou órgão administrativo regulamentar norma constitucional de eficácia limitada e não o fazendo, surge a doença, a omissão, que poderá ser combatida através de um remédio chamado ADI por omissão, de forma concentrada no STF.”⁶²

⁶¹ Publicação disponível no site do Supremo Tribunal Federal no endereço: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>.

⁶² LENZA, Pedro. Op. cit., p.257.

Adotando a “teoria da lei ainda constitucional” o Supremo Tribunal Federal optou por declarar os dispositivos do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 normas inconstitucionais, mas sem nulidade, preservando-as na ordem jurídica enquanto não sobrevier nova lei regulamentadora do artigo 203, inciso V, da Constituição Federal pelo legislador infraconstitucional.

CONCLUSÃO

A seguridade social é composta pelos três subsistemas da saúde, previdência social e assistência social.

O subsistema da assistência social permitiu ao Estado desempenhar um papel mais ativo na realização dos direitos sociais para fins de erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, tendo como base o primado do trabalho, objetivando o bem-estar e a justiça social.

A constitucionalização da assistência social permitiu transformar o auxílio prestado pelo Estado em direito fundamental do cidadão, notadamente, direito de segunda geração ou dimensão, que reclama prestação positiva em prol dos indivíduos como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

O benefício de prestação continuada foi o primeiro instrumento de proteção social que materializou a política de assistência social no país. Sendo o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal regulamentado pelo artigo 20, da Lei 8.742/1993 que estabeleceu os requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada.

O artigo 20, da Lei 8.742/1993 fixou dois requisitos para a concessão do benefício: 1º ser a pessoa deficiente ou idosa com sessenta e cinco anos; 2º não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

A principal discussão jurisprudencial envolvendo os requisitos para o deferimento do benefício de prestação continuada tem sido o critério de aferição da miserabilidade, nos termos do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.232/DF havia firmado o entendimento de que o único e exclusivo critério para aferição da miserabilidade para fins de pagamento do benefício de prestação continuada seria o descrito no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal alterou tal entendimento, após reiteradas reclamações ajuizadas contra decisões provenientes do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais que mediante uma interpretação sistemática das leis sobre a matéria, acabavam por conceder o benefício de prestação continuada com base em legislação posterior que previa outros benefícios assistenciais com critérios de renda mais alargados.

O Supremo Tribunal Federal revendo a posição anterior e com fundamento nas decisões proferidas nas instâncias ordinárias e mesmo com base nas diversas regulamentações

sobre o subsistema da assistência social, optou por declarar a inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, quanto ao critério objetivo de aferição de miserabilidade, sem nulidade da norma no julgamento da Reclamação nº 4.374 e nos Recursos Extraordinários nº 567.985 e nº 580.963.

A jurisprudência de uma forma geral entendeu que o critério objetivo previsto no artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 não foi o único utilizado para aferição de miserabilidade do idoso ou da pessoa com deficiência que requer a concessão do benefício de prestação continuada.

O legislador utilizou diferentes critérios para aferir a miserabilidade conforme se observa nos outros programas assistenciais como Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Educação – Bolsa Escola (Lei 10.219/2001); Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA (Lei 10.689 de 2003); Programa Nacional de Renda Mínima Vinculado à Saúde – Bolsa Alimentação (MP 2.206-1/2001) Programa Auxílio-Gás (Decreto n.º 4.102/2002); Cadastramento Único do Governo Federal (Decreto 3.811/2001).

O Supremo Tribunal Federal em recente decisão adotou a “teoria da lei ainda constitucional” e optou por declarar os dispositivos do artigo 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e do artigo 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 normas inconstitucionais, mas sem nulidade, preservando-as na ordem jurídica enquanto não sobrevier nova lei regulamentadora do artigo 203, inciso V, da Constituição Federal pelo legislador infraconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

.COMPARATO, Fábio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. Rio de Janeiro: José Olímpio editora. 1985.

.DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas. 22ª edição. 2009.

.IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 18ª edição. Niterói. 2013.

.LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Editora Saraiva. 13ª edição. 2009.

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

.MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. São Paulo: Editora LTDA. 5ª edição. 2013.

.MORENO, Beatriz González. “El Estado Social – Naturaleza Jurídica y Estructura de los derechos sociales”. Madrid/España: Universidad de Vigo. Editora Civitas. 2002.

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

.PEREIRA, Luciano Meneguetti. Análise crítica do benefício de prestação continuada e a sua efetivação pelo judiciário. Brasília: Revista CEJ. Ano XVI. N. 56. Janeiro/abril 2012.

.SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. São Paulo: Revista Crítica de Ciências Sociais. N°. 21. Novembro de 1986.

.VENTURI, Augusto. I fondamenti scientifici della sicurezza sociale. Milão: Giuffrè, 1954.