



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS DE CAMPINA GRANDE - PB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUZIA DARC DE MEDEIROS LUCENA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRITÉRIOS DE
COMPROVAÇÃO DE MISERABILIDADE PREVISTOS
NA LEI Nº 8.742/93 - LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

LUZIA DARC DE MEDEIROS LUCENA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRITÉRIOS DE
COMPROVAÇÃO DE MISERABILIDADE PREVISTOS
NA LEI Nº 8.742/93 - LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, em cumprimento à
exigência para obtenção do grau de
Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Jaime Clementino
de Araujo

CAMPINA GRANDE – PB
2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

L935i Lucena, Luzia Darc de Medeiros
A inconstitucionalidade dos critérios de comprovação de miserabilidade previstos na lei nº 8.742/93 - Lei Orgânica da Assistência Social [manuscrito] / Luzia Darc de Medeiros Lucena.
- 2014.
54 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

"Orientação: Prof. Esp. Jaime Clementino de Araújo,
Departamento de Direito Público".

1. Seguridade Social. 2. Benefício de Prestação Continuada.
3. Assistência Social. I. Título.


21. ed. CDD 344.02

LUZIA DARC DE MEDEIROS LUCENA

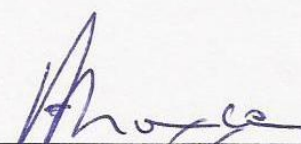
**A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRITÉRIOS DE
COMPROVAÇÃO DE MISERABILIDADE PREVISTOS
NA LEI Nº 8.742/93 - LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, em cumprimento à
exigência para obtenção do grau de
Bacharela em Direito.

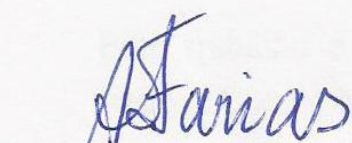
Aprovada em 04/07/2014



Prof. Esp. Jaime Clementino de Araujo / UEPB
Orientador



Prof. Msc. Amilton de França
Examinador



Prof.ª Dr.ª Aureci Gonzaga Faria
Examinadora

Esse trabalho é dedicado aos meus pais Zé de Neco e Creuza Moisés, que semeiam diariamente o amor que une, enobrece e enaltece nossa família. A ELES minha sincera gratidão.

AGRADECIMENTO

A DEUS pela salvação, saúde e proteção diária.

RESUMO

O presente trabalho é resultado de um estudo sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a validade ou inconstitucionalidade dos critérios de comprovação de miserabilidade para concessão de benefício de prestação continuada, previsto constitucionalmente no art. 203, V, da CF/88 e instituído pela Lei nº 8.742/93 - Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). Para tanto, é preciso que se compreenda a evolução histórica da seguridade social no nosso ordenamento, em específico da assistência social, bem como o contexto em que essa Lei foi promulgada, visto que o benefício de prestação continuada é um benefício de cunho assistencial e para sua concessão leva-se em consideração o cálculo da renda *per capita* familiar. Outros critérios supervenientes à Lei nº 8.742/93 passaram a ser adotados pelos juízes federais de primeira instância para a concessão desse benefício a exemplo da flexibilização do cálculo da renda *per capita* nas famílias com mais de um requerente, o que levou a Suprema Corte a rever seu posicionamento quando do recente julgamento da Reclamação 4.374-PE. O objetivo geral do presente estudo foi apresentar o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal acerca da (in) constitucionalidade do critério de aferição da miserabilidade previsto no art. 20, §3º, da LOAS, para a concessão do benefício de prestação continuada. Para atender ao objetivo geral foi utilizada uma metodologia de pesquisa bibliográfica cujas fontes jurídicas foram a doutrina, a legislação e a jurisprudência.

Palavras-chave: Seguridade Social. Miserabilidade. Benefício de Prestação Continuada. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

This work is the result of a study on the understanding of the Supreme Court on the validity or constitutionality of the criteria for proof of misery for grant of benefit of continued provision constitutionally provided for in art. 203, V, and CF/88 established by Law n°. 8.742/93 - Organic Law Organic Law of Social Assistance (Invalidity). Therefore, it is necessary to understand the historical development of social security in our planning, in particular social assistance, as well as the context in which this law was enacted, since the benefit of continued provision of care is a benefit to nature and their grant takes into account the calculation of family income per capita. Other incidental to Law n° 8.742/93 criteria began to be adopted by federal judges of first instance for such benefits such as the easing of calculating the per capita Rendar in families with more than one applicant, which led the Supreme Court to review their positioning in the recent judgment of the Complaint 4,374-PE. The overall objective of this study was to present the legal understanding of the Supreme Court about the (un) constitutionality of criteria for measuring the misery laid down in art. 20, § 3, of Invalidity for granting the benefit of continuing provision. To meet the overall objective methodology of literature whose sources were legal doctrine, legislation and case law was used.

Key-words: Social Security. Misery. Continued Benefit. Unconstitutional.

LISTA DE ABREVIACÕES

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
BPC	Benefício de Prestação Continuada
CF	Constituição Federal
FONAJEF	Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais
INPS	Instituto Nacional de Previdência Social
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
MDS	Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome
PNAA	Programa Nacional de Acesso à Alimentação
PNAS	Política Nacional de Desenvolvimento Social
Rel	Reclamação
RMV	Renda Mensal Vitalícia
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUAS	Sistema Único de Assistência Social

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A SEGURIDADE SOCIAL	13
1.1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO UM DOS PILARES DA SEGURIDADE SOCIAL	16
1.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS.....	20
1.2.1. Os Benefícios Eventuais	21
1.2.2. O Benefício de Prestação Continuada – BPC	23
1.2.2.1 A prova da miserabilidade como critério de concessão do BPC	27
1.2.2.2 A definição de família prevista pela Lei nº 8.742/93	30
1.2.2.3 A flexibilização do cálculo da renda per capita nas famílias com mais de um requerente.....	31
2 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE PREVISTOS PELA LEI Nº 8.742/93	35
2.1 A UTILIZAÇÃO DE OUTROS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE NÃO PREVISTOS NA LEI Nº 8.742/93.....	41
2.1.1 A Legislação Superveniente e Sua Relevância Em Face Dos Critérios de Aferição da Miserabilidade	43
2.2 PERSPECTIVAS DE MUDANÇA PELO STF NA INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.742/93	46
3 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A assistência social é regida pela Lei nº 8.742/93 – Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), e direciona os benefícios assistenciais às pessoas necessitadas que não se enquadram nas possibilidades de receber benefícios previdenciários. A assistência social, nesse caso, apenas preenche a lacuna deixada pela previdência social e acoberta os cidadãos em situação de miserabilidade.

As políticas sociais de cunho assistencialista visam primordialmente, sendo inclusive o objetivo previsto no art. 2º da Lei nº 8.742/93 e no art. 203 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a criação de políticas públicas cuja finalidade seja atender as necessidades básicas das famílias, à maternidade, à criança, o adolescente e à velhice; o amparo às crianças carentes; a integração ao mercado de trabalho; a habilitação ou reabilitação dos deficientes.

Para atingir tais objetivos a assistência social disponibiliza alguns benefícios que são divididos em duas categorias: a primeira se trata dos benefícios eventuais e a segunda do benefício de prestação continuada (BPC).

No que se refere ao BPC, que é previsto pelo art. 203, V, CF/88, e regulamentado pelo art. 20, da Lei nº 8.742/93 este pode ser concedido aos idosos com idade igual ou superior a 65 anos e aos deficientes incapazes de prover a sua manutenção, cuja renda mensal familiar *per capita* seja inferior a 1/4 de um salário mínimo.

Na prática a aplicação do critério da comprovação da miserabilidade baseado na renda *per capita* familiar de 1/4 do salário mínimo, conforme disposto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 tem sido alvo de grandes discussões. O fato é que, em determinadas situações a aplicação desse critério não se mostra coerente, uma vez que não é capaz de demonstrar a real situação econômica de uma determinada família.

Tendo em vista essa realidade, juízes federais de todo o Brasil passaram a conceder o benefício de prestação continuada (BPC) em descompasso com a lei, ou seja, alguns não levavam em consideração apenas os dois critérios previstos pela Lei nº 8.742/93, mas também tinham como base para a concessão do benefício outras formas de comprovação da miserabilidade. Tal fato fez com que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) recorresse dessas decisões.

A celeuma jurídica gerada através dessa inconstância hermenêutica acabou colocando como alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal (STF) a validade ou a

constitucionalidade desse dispositivo legal e, neste trabalho monográfico analisaremos os caminhos trilhados pela jurisprudência brasileira para que se chegasse a um ponto de equilíbrio ou a uma solução definitiva desse problema.

Assim, pretende-se demonstrar no desdobramento deste trabalho o estudo da seguinte problemática: Qual é o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte acerca da (in) constitucionalidade do critério de aferição da miserabilidade previsto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 para a concessão do Benefício de Prestação Continuada?

A problemática se baseia, inicialmente, através de uma análise superficial da delimitação quântica trazida pelo art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 que condiciona normativamente o INSS, órgão imbuído de competência para analisar os casos e conceder o benefício, bem como o próprio judiciário que deverá levar em consideração a força normativa do dispositivo em apreço, porém sopesando com outras formas de interpretação da lei.

O fato é que existe uma grande discussão acerca do requisito quântico da renda *per capita* determinada pela Lei nº 8.742/93 e o STF vem se manifestando acerca dessa matéria trazendo pontos de vistas diferentes.

Assim, o objetivo geral do presente trabalho é apresentar o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte acerca da (in) constitucionalidade do critério de aferição da miserabilidade previsto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 para a concessão do BPC. Já os objetivos específicos consistem em revisar a doutrina previdenciária sobre a temática em questão; estudar a legislação pertinente; e analisar o entendimento jurisprudencial acerca da matéria.

Por fim, devemos destacar que para a realização do presente estudo foi necessário, antes de iniciá-lo, entender a classificação metodológica da pesquisa jurídica, visto que esta se apresenta com múltiplas finalidades, sendo a principal delas encontrar uma resposta plausível, baseada na análise jurisprudencial, para a problemática em questão.

Dessa forma, podemos afirmar que uma das principais finalidades, ao se classificar uma pesquisa científica, é esclarecer todo o seu trajeto metodológico, sendo esta classificação um meio utilizado pelos pesquisadores para facilitar a elaboração da pesquisa.

Sendo assim, o trabalho monográfico aqui predisposto, se baseou numa pesquisa descritiva, que é aquela que apresenta dados de determinado fenômeno sem haver manipulação, no caso dessa pesquisa a análise foi voltada para o entendimento jurisprudencial do STF acerca do critério de miserabilidade disposto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93.

O método utilizado foi o indutivo, que no dizer de Fachin (200, p.30) “é um procedimento de raciocínio que, a partir de uma análise de dados particulares, se encaminha para noções gerais”.

Quanto à tipologia, ou seja, quanto ao procedimento técnico utilizado para a realização do presente trabalho, foi empregado o estilo científico de pesquisa bibliográfica e empírica, cujas fontes jurídicas admitidas são a doutrina e a legislação.

O procedimento da identificação das fontes bibliográficas foi através do estudo das publicações oficiais sobre a temática investigada, identificadas e reunidas em livros, artigos de periódicos em revistas especializadas.

Além da pesquisa bibliográfica foi também de primordial importância a utilização da pesquisa de jurisprudência que conforme Gonçalves (2009, p. 162) “consiste em uma das mais ricas fontes para os operadores do direito. Dominar a técnica de análise de investigação do pensamento do tribunal e das altas cortes por meio de sua produção e julgados se apresenta como um elevado instrumento do saber”. E também a utilização da pesquisa legislativa que conforme Gonçalves (2009, p. 164) “consiste em uma das mais abrangentes das modalidades de pesquisa na seara do direito, pois implica um amplo conhecimento dos problemas sociais e do encaminhamento da sociedade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A SEGURIDADE SOCIAL

Para atingirmos a pretensão proposta nesta monografia, devemos iniciar de forma analítica um estudo epistemológico do que venha a ser seguridade social, isso porque tal conceito, na sua essência, determina a abrangência da previdência social, da saúde e da assistência social no atual contexto normativo.

Disposta no capítulo II do título VIII da Constituição Federal de 1988, a seguridade social surgiu como um dos ditames legais garantidor da ordem social, cujo principal objetivo foi integrar um sistema protetivo que pudesse garantir aos cidadãos o mínimo existencial, combatendo em todos os âmbitos as desigualdades sociais e com isso garantindo também a paz social.

A concepção de seguridade social na atualidade deve ser analisada sob o viés do desenvolvimento socioeconômico do povo brasileiro, isso porque a ideia de necessidade ou até mesmo o parâmetro do que venha a ser pobreza está em constante modificação. Na verdade, o que se observa, de um modo geral, é que a definição de pobreza ou miséria deve ser relativizada, tendo em vista os fatores e as condições sociais ora enfrentadas por determinada sociedade. Assim, num contexto geral foi que estabeleceram os conceitos, atualmente em desuso, de países desenvolvidos, em desenvolvimento e subdesenvolvidos, o que leva a crer que o desenvolvimento socioeconômico de um país pode ser um dos pontos determinantes do seu nível de pobreza ou miséria.

Dessa forma, a pobreza, em sentido geral, pode ter suas explicações na ordem econômica, como a instabilidade do desemprego ou a variação salarial, por exemplo: no desenvolvimento humano, através da educação e conscientização das pessoas; como também no desenvolvimento ambiental, quando levado em consideração o saneamento básico e as condições de moradia, além de outros fatores sociais que podem definir o nível de pobreza de determinada sociedade.

Com isso, pode-se afirmar que a ideia de pobreza, miséria ou de necessidade não está estagnada ao ponto de não sofrer alterações conceituais nas suas interpretações. A própria Constituição Federal de 1998, denominada de constituição cidadã, foi elaborada sob um contexto histórico e social que em determinados fatores evoluíram fazendo com que a aplicação atual do texto legal seja balizado a fim de buscar uma adequação dos ditames

outrora estabelecidos pelo constituinte na aplicação do conteúdo constitucional, tal como ocorre com o capítulo que prevê a ordem social.

Conquanto estabelecido na Constituição Federal de 1988 a ordem social, atributo indispensável para a manutenção de uma sociedade faz parte de um aparato governamental que insurge da necessidade de se obter e estabelecer a paz social, fundada na solidariedade da coletividade e na atuação do próprio Estado perante os problemas de cunho existencialista, como a moradia, a alimentação, a segurança, a saúde, sem os quais comprometeria a própria ordem social.

É nesse diapasão que a seguridade social passa a figurar como sendo um dos núcleos sociais de extrema relevância para a sociedade, garantindo além da ordem social, a concretização dos objetivos fundamentais dispostos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988 e dos direitos sociais dispostos no artigo 6º do mesmo texto legal.

Percebe-se, que no âmago da seguridade social está contida uma grande carga de responsabilidade política por parte do Estado e, acima de tudo, uma grande demonstração de que o Estado reconhece a situação socioeconômica da grande maioria da sociedade, se responsabilizando pela busca do seu desenvolvimento.

Nesse contexto buscaremos pontuar algumas definições dispostas pela doutrina acerca da seguridade social. De início, grande parte da doutrina indica como o conceito da seguridade social a disposição legal do art. 194, CF/88, que prevê que “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Questionamentos doutrinários como por exemplo, o de Fábio Zambitte Ibrahim, apontam para um entendimento de que o art. 194, CF/88, não se trata da definição da seguridade social, mas sim a pontuação dos elementos que integram e contextualizam a seguridade social. Observemos o texto a seguir:

Como lembra Wladimir Novaes Martinez, é interessante observar que tecnicamente, não se trata de uma definição, já que a Constituição meramente relacionou os componentes da seguridade, embora seja muito comum a norma constitucional ser encarada como a definição da seguridade social brasileira. (MARTINEZ, apud, IBRAHIM, 2012, p. 5).

A priori, é bem verdade que através da interpretação gramatical chegamos ao entendimento de que o artigo 194 da Constituição Federal está conceituando a seguridade

social, contudo, se partirmos para uma análise ou interpretação sistemática poderemos também chegar à conclusão de que este dispositivo legal está apenas apresentando os elementos que compõem a seguridade social, tais como as ações integradas do poder público em parceria com a sociedade.

Porém, apesar desse ponto de vista, a qual não vislumbra o art. 194, CF/88, como sendo um artigo que define a seguridade social, a própria doutrina se encarregou de trazer definições mais elaboradas acerca do tema, inclusive tomando como base o citado artigo, que como visto pode ser interpretado sob diferentes ângulos hermenêuticos, conforme analisamos a seguir:

A Seguridade Social engloba, portanto, um conceito amplo, abrangente, universal, destinado a todos que dela necessitem, desde que haja previsão na lei sobre determinado evento a ser coberto. É na verdade, o gênero do qual são espécies a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde. (MARTINS, apud, GOES, 2011, p. 7).

O conceito acima citado, apresenta uma síntese elementar do artigo 194 da Constituição Federal, e a forma que nos foi direcionada nos indica que a seguridade social atua como sendo a base fundamental das elementares: previdência, assistência social e saúde. Dessa forma, o autor buscou, de forma abrangente, resumir a seguridade social como sendo ações universais previstas por leis específicas a fim de dar efetividade à saúde, à previdência e à assistência social. Adiante nos deparamos com mais uma conceituação doutrinária:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna. (IBRAHIM, 2012, p. 5).

Na verdade, há também um desdobramento interpretativo do art. 194 da Constituição Federal, o que é de se esperar. Mas, nesta conceituação é observado que a seguridade social é tratada como uma rede protetiva, ou seja, é um aparato governamental e/ou social que objetiva garantir a ordem social, pois se pretende com esta rede protetiva a manutenção de um padrão mínimo de vida digna. Salienta-se que nesta definição o autor deixou bem explícito a composição da seguridade social, enfatizando a assistência social, através do termo: “sustento de pessoas carentes”; a previdência social, através do termo:

“trabalhadores em geral e seus dependentes”; e também enfatizando a saúde, quando afirmou o seguinte: “providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna”. Outro conceito que merece ser analisado é o disposto logo abaixo:

A seguridade social é o conjunto de ações e instrumentos por meio do qual se pretende alcançar uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Essas são diretrizes fixadas na própria Constituição Federal no artigo 3º. Ou seja, o sistema de seguridade social, em seu conjunto, visa a garantir que o cidadão se sinta seguro e protegido ao longo de sua existência, provendo-lhe a assistência e recursos necessários para os momentos de infortúnios. É a segurança social, segurança do indivíduo como parte integrante de uma sociedade. (TORRES, 2012, p. 1).

A disposição conceitual trazida por Fábio Camacho Dell’Amore Torres, tem um maior alcance. A base nuclear da seguridade social é bem reverenciada quando o autor deste conceito descreve as pretensões ou finalidades buscadas pelo constituinte ao estabelecer a seguridade social. Trata-se de uma fundante busca do sentido real do termo seguridade, que tem na sua matriz o termo “segurança”, que para a temática em questão seria a segurança social, ou a proteção da sociedade contra os possíveis maus causados pela própria sociedade em situações de desamparo e abandono governamental.

Dessa forma, ao conceituarmos a seguridade social, devemos, antes de tudo, sopesar a definição do que venha a ser justiça social, pobreza, necessidade, bem estar social, ordem social, previdência, assistência e saúde, tendo em vista que a própria seguridade social abrange todas essas conceituações e balizar essas definições nos permite trazer uma maior aproximação do real sentido deste termo. Não obstante a abrangência da seguridade social, no presente trabalho teremos como foco, tão somente, a assistência social a qual se integra como um sub ramo da seguridade social, ao lado da previdência e da saúde.

1.1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO UM DOS PILARES DA SEGURIDADE SOCIAL

A assistência social está prevista nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal e é regulamentada especificamente pela Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS). Porém, mais do que a simples previsão normativa a assistência social deve ser entendida no seu âmago como uma ferramenta disponível ao Estado para se conseguir um nivelamento social no que diz respeito à distribuição de renda.

A sociedade brasileira como algumas outras sociedades, surgiu como resultado de um processo exploratório, e na sua formação as desigualdades sociais, tendo em vista toda a questão histórica, maculou a ordem do desenvolvimento humano, isso talvez se deva a vários fatores, como a escravização, a exploração das terras dos indígenas, a retirada de riquezas socioeconômicas da recente terra descoberta, enfim, o Brasil na sua origem é um país que já nasceu semeando as desigualdades sociais.

Assim, o próprio desenvolvimento da sociedade brasileira foi pautado no constante desequilíbrio, tomando contornos drásticos e dimensões irretratáveis e como resultado tivemos o crescimento e constante distanciamento dos dois extremos sociais, figurando de um lado a burguesia e aristocracia e do outro a escravidão e a miséria. Dessa forma, quanticamente falando, houve uma maior concentração de riquezas nas mãos de uma pequena parcela da sociedade, o que ainda acontece, enquanto a outra grande parcela sofria com a falta de recursos. Esses parâmetros pontuados apenas ilustram o surgimento e a atual realidade socioeconômica da nação brasileira.

Essa breve reflexão feita acerca do desenvolvimento socioeconômico do povo brasileiro, tem como propósito estabelecer, neste capítulo, o nosso núcleo de discussão, que é a necessidade financeira ou mesmo a pobreza. Desta feita, analisaremos a assistência social, como um meio utilizado para diminuir as desigualdades sociais, isto é, diminuir a pobreza.

Antes de darmos seguimento à temática, se faz necessário advertir que não abordaremos a assistência social sob um viés assistencialista, ou seja, não será dado ênfase ao que se conhece atualmente como “práticas filantrópicas”, apesar da assistência social ter sua origem nesta. O motivo é simples, a assistência social, atualmente deve ser enxergada como um meio hábil a ser utilizado pelo Estado para proteger e garantir os direitos fundamentais e sociais das pessoas que dele necessitam. Não se trata mais de caridade, mas sim obrigação social do Estado. Não é à toa que a própria Lei Orgânica da Assistência Social – Lei nº 8.742/93 define a assistência social como sendo “um direito do cidadão e dever do Estado, de 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”. Dessa forma, em observância a doutrina, temos que a assistência social é:

[...] um conjunto de princípios, de regras e instituições destinados a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado. (MARTINS, 2007, p. X).

Segundo Elisa Maria Rudge Ramos a assistência social é:

[...] o mecanismo apto a concretizar tal direito fundamental social, bem como o direito fundamental à vida digna, pois consiste em política social que tem por objetivo o amparo e proteção aos grupos vulneráveis da sociedade, *‘visando ao enfrentamento da pobreza, à garantia dos mínimos sociais, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais’*, conforme o parágrafo único do art. 2º da Lei 8.742/93. (RAMOS, 2009, p. 1).

Analisando essas definições sob o prisma constitucional vislumbramos que a assistência social é também uma das formas que o constituinte encontrou para atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º da nossa Carta Magna. Os incisos elencados no citado artigo são os ideais sociais almejados e buscados também pela estrutura governamental assistencialista.

Além do mais, a assistência social faz parte do rol das garantias fundamentais, previstas também pela Constituição Federal. Basta apenas observar o texto do artigo 6º do citado diploma legal que dispõe “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Com isso a norma constitucional ao ser analisada na sua integralidade apresenta pontos de interligação em que determinado capítulo complementa ou interage com disposições de um determinado título. A grande prova dessa sistematização é a relação existente entre o título VIII que prevê a ordem social, com o capítulo II que prevê os direitos sociais. Hermeneuticamente é notório o propósito do constituinte em balizar a proteção estatal como forma de garantia social e como forma de se manter a ordem social. Esse vínculo é umbilical e o objetivo de um, será atendido se obedecidos às normas do outro.

Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 expressa os direitos fundamentais tanto de ordem individual como os sociais, neste último se enquadrando os direitos assistencialistas, já que as garantias sociais compreendem a proteção ao trabalho, à saúde, ao lazer, e também a assistência social, cuja diferenciação em relação aos demais direitos sociais é a cobertura dos indivíduos, ou seja, nem todos os cidadãos terão direito à assistência social, mas sim aqueles mais necessitados.

Conforme o art. 203, CF/88, “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social”. Como bem esboçado “a

assistência social é direito fundamental social que protege os necessitados, garantindo-lhes o mínimo para uma vida digna, sem que haja contraprestação direta por parte dos beneficiários”. (PIERDONA, 2009).

Com a promulgação da Lei nº 8.742/93 a assistência social, além de ser prevista constitucionalmente passou a ser regulamentada também por lei infraconstitucional. Dessa forma, as normas que regem esta matéria, como qualquer outra norma jurídica devem ser pautadas nos princípios constitucionais e também em princípios específicos os quais analisaremos de forma concisa e objetiva a seguir.

Os princípios que regem a assistência social estão dispostos no artigo 4º da Lei 8.742/93 e analisando cada inciso podemos observar que o inciso I traz à baila uma questão de grande relevância para a prestação da assistência social que é “a supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica”. Esse princípio coloca a assistência social numa posição de prioridade governamental, pois tem como foco atender as principais necessidades sociais que é diminuir a pobreza, garantindo alimentação, renda, moradia, sobrepondo essas necessidades sociais às exigências de rentabilidade econômica.

O inciso II especifica o princípio da “universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas”. Esse princípio tem como finalidade abranger os serviços, programas e benefícios oferecidos pelo Estado, com o intuito de oferecer a todas as pessoas que se encaixam nos critérios de concessão. Esse princípio é incorporado pelo princípio da isonomia, garantindo igualdade entre todos os que se encontram na mesma situação econômica.

O próximo princípio é o do inciso III que trata do “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”. Aqui fica enaltecido o compromisso do Estado brasileiro de cumprir e respeitar os direitos humanos, garantindo uma vida digna ao cidadão, como também a prestação de serviços de qualidade e a proibição de comprovação vexatória do estado de pobreza da pessoa requerente.

O princípio do inciso IV garante a “igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais”. Por trás desse princípio encontramos novamente a aplicação do princípio da isonomia,

colocando todos os beneficiários no mesmo patamar, independentemente da região ou das condições pessoais.

E por fim temos o princípio do inciso V que dispõe sobre a “divulgação ampla dos benefícios e serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos, oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão”. Este princípio está intimamente relacionado ao princípio da publicidade que permeia e orienta a administração pública. Na verdade não teria sentido o poder público criar um benefício ou programa social e não divulgá-lo para o seu público alvo.

1.2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS BENEFÍCIOS ASSISTENCIAIS

Como vimos a assistência social é um dos núcleos fundamentais da seguridade social, cuja finalidade é a de estabelecer a ordem social, através de ações integradas do Estado com a sociedade, tendo como um dos principais objetivos a distribuição de renda entre os mais necessitados os quais se encontram em situação de risco.

Apenas para nos servir de parâmetro devemos entender que situação de risco engloba um conjunto de necessidades sociais que podem ser estabelecidas por fatores externos ou individuais. Como fatores externos podemos entender aqueles que são ocasionados por situações alheias à vontade da sociedade ou do indivíduo, como por exemplo, os desastres ambientais, mas também podendo se originar através de decisões do próprio Estado, como por exemplo, crises econômicas, sociais ou políticas; falta de atuação dos entes públicos competentes, se enquadrando neste caso, a falta de políticas de desenvolvimento, de educação, emprego, saúde, segurança etc.

Já os fatores individuais são aqueles que partem da vontade ou condição física intrínseca do próprio indivíduo. Em alguns casos podemos apontar como sendo uma falta de interesse de crescimento pessoal, como por exemplo, o desinteresse em estudar, em procurar um emprego; e em outros casos podem se configurar como, por exemplo, a instabilidade familiar; as condições físicas, sendo neste caso as decorrentes da idade ou as ocasionadas por questões de saúde, inclusive psicológica, dentre outros fatores.

Nessa perspectiva, a assistência social estabeleceu duas modalidades ou espécies de benefícios assistenciais, cuja finalidade seria a de atender as mais variadas vertentes da

situação considerada de risco. Essas duas modalidades de benefícios são: os benefícios eventuais e o benefício de prestação continuada.

1.2.1 Os Benefícios Eventuais

Os benefícios eventuais surgiram através do Decreto nº 35.448 de 1954 que regulamentava os institutos de aposentadorias e pensões, sendo intitulado inicialmente como “auxílio maternidade e auxílio funeral”. Esses benefícios eram vinculados à previdência social e consistiam no pagamento de um salário mínimo vigente à época.

Na verdade, o auxílio maternidade e o auxílio funeral não se tratavam de benefícios assistenciais, primeiramente porque estavam previstos como sendo benefícios previdenciários assim dispostos no artigo 20 do Decreto 35.448/54, e também porque a abrangência era limitada aos contribuintes da previdência social.

A ideia de que os benefícios sociais eventuais surgiram com o Decreto 35.448/54 se deve ao fato de que houve um desmembramento ou migração do auxílio maternidade e do auxílio funeral para a assistência social. Contudo, no decorrer das décadas, antes de haver tal migração esses benefícios que eram considerados previdenciários passaram por modificações peculiares tanto terminológicas quanto estruturais e só vieram se configurar como benefícios assistenciais na modalidade eventual com o surgimento da Lei nº 8.742 de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS.

Nesse contexto os benefícios sociais eventuais eram segmentos dos benefícios previdenciários e como tal eram prestados aos segurados da previdência social que estivessem inscritos nesse órgão e que tivessem um período mínimo de contribuição de doze meses. Mas, algumas décadas depois tais benefícios previdenciários passaram a integrar a assistência social atendendo aos necessitados.

Assim, atualmente, o artigo 22 da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, entende os benefícios eventuais como sendo “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”.

O artigo citado é o resultado da alteração legislativa da Lei 8.742/93 – LOAS, feita pela Lei nº 12.435/2011. Essa alteração garantiu uma maior abrangência dos benefícios

eventuais já que no texto antigo tais benefícios eram previstos às famílias cuja renda mensal *per capita* fosse inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Além de eliminar a condição da renda *per capita* familiar, a referida lei estabeleceu o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), como um dos órgãos competentes para gerenciar e organizar os serviços socioassistenciais. Conforme o Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) define:

O Sistema Único de Assistência Social (SUAS) é um sistema público que organiza, de forma descentralizada, os serviços socioassistenciais no Brasil. Com um modelo de gestão participativa, ele articula os esforços e recursos dos três níveis de governo para a execução e o financiamento da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), envolvendo diretamente as estruturas e marcos regulatórios nacionais, estaduais, municipais e do Distrito Federal.

[...] O Suas organiza as ações da assistência social em dois tipos de proteção social. A primeira é a Proteção Social Básica, destinada à prevenção de riscos sociais e pessoais, por meio da oferta de programas, projetos, serviços e benefícios a indivíduos e famílias em situação de vulnerabilidade social. A segunda é a Proteção Social Especial, destinada a famílias e indivíduos que já se encontram em situação de risco e que tiveram seus direitos violados por ocorrência de abandono, maus-tratos, abuso sexual, uso de drogas, entre outros aspectos.

O Suas engloba também a oferta de Benefícios Assistenciais, prestados a públicos específicos de forma articulada aos serviços, contribuindo para a superação de situações de vulnerabilidade. Também gerencia a vinculação de entidades e organizações de assistência social ao Sistema, mantendo atualizado o Cadastro Nacional de Entidades e Organizações de Assistência Social e concedendo certificação a entidades beneficentes, quando é o caso. (MDS, 2013, p. 1).

Além do *caput*, o artigo 22 da Lei nº 8.742/93 – LOAS, traz também três parágrafos que complementam a previsão normativa dos benefícios eventuais. Vejamos:

§ 1º A concessão e o valor dos benefícios de que trata este art. 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.

§ 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.

§ 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 (BRASIL, 1993, p. 1).

Conquanto seja identificada de forma expressa nos parágrafos acima transcritos a competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para reger os benefícios assistenciais

eventuais, na realidade o que se constata é que há grandes dificuldades de se colocar em prática, ou seja, de se conceder tais benefícios. O fato é que com a migração dos auxílios natalidade e funeral para a seara assistencialista, o legislador apenas incumbiu a estes órgãos a obrigação de conceder tais benefícios.

O grande problema, sob o ponto de vista legal, é que não há uma lei específica regulamentando esta matéria, isto é, a assistência social na modalidade eventual é desprovida de regulamentação, sendo prevista tão somente no art. 22 da Lei nº 8.742/93 – LOAS. E segundo podemos observar no trecho a seguir:

Face à Loas, a Previdência Social (sem justificativas ou argumentos) deixou, simplesmente, de conceder o auxílio-natalidade e auxílio-funeral para o qual o trabalhador formal contribuiu e que vinha sendo reduzido desde 1991 pelo corte salarial. Do mesmo modo, até hoje eles não foram devidamente fixados no campo da assistência social, isto é, foram transferidos e tornaram-se por vezes esquecidos no conjunto dos municípios brasileiros. Sua trajetória mostra que são benefícios construídos historicamente e legalmente constituídos em legislações, destinados *a priori* à categoria formal de trabalho e ampliados *a posteriori* pela Lei Orgânica da Assistência Social aos usuários e/ou público-alvo dessa política pública. (BOVOLENTA, 2011, p. 372).

A repercussão da não regulamentação dos benefícios assistenciais eventuais coloca em xeque a própria funcionalidade e finalidade dos benefícios assistenciais eventuais previstos no art. 22 da Lei nº 8.742/93 – LOAS, pois é comum que estados e municípios, como também o Distrito Federal, não coloquem em prática e não concedam os benefícios eventuais a quem necessita, não porque não se queira conceder, mas sim por não terem procedimentos adequados para isto.

A problemática da não regulamentação dos benefícios eventuais dificulta, inclusive, em saber qual é a abrangência desses benefícios, pois, apesar de neste trabalho estarmos nos atendo aos auxílios natalidade e funeral, também existem outros benefícios que são concedidos sob a óptica assistencialista na modalidade eventual, tais como os decorrentes de desastres ambientais. O fato é que não há uma relação específica, nem exemplificativa informando quais são os benefícios eventuais, o que gera confusões de entendimento do que venha a ser benefícios assistenciais eventuais ou programas governamentais assistenciais, como por exemplo, o bolsa família.

Assim, constata-se que sem uma regulamentação específica os benefícios assistenciais eventuais continuarão sendo operacionalizados de forma, muitas vezes, irregular

e sem atingir os objetivos da assistência social dispostos no art. 2º da Lei nº 8.742/93 – LOAS.

1.2.2 O Benefício de Prestação Continuada - BPC

Antes da figura do Benefício de Prestação Continuada (BPC) existia a Renda Mensal Vitalícia (RMV) que era regulamentada pela Lei nº 6.179/1974. A Renda Mensal Vitalícia tinha como objetivo a provisão básica de pessoas cuja idade avançada ou condições físicas não permitiam o exercício laboral.

Na sua previsão legal a Lei nº 6.179/1974, no art. 1º, estipulou os requisitos ou condições básicas para que os indivíduos pudessem requerer tal benefício, conforme podemos observar a seguir:

Art. 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no art. 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; ou

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; ou ainda

III - Tenham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares. (BRASIL, 1974, p.1).

Nesse diapasão, constata-se através da análise do artigo 1º acima transcrito que a RMV tratava-se de uma prestação de cunho eminentemente previdenciário haja vista a necessidade de filiação, de no mínimo 12 meses, ou do exercício de atividade remunerada por no mínimo 5 anos, ou ainda o próprio ingresso do idoso ao regime do antigo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Doravante às suas características, tal benefício previdenciário, naquela época, se consagrou ao trazer a concepção de proteção social em face das pessoas hipossuficientes, e a

sua abrangência que antes estava restrita aos filiados da previdência social, foi alargada com a criação do BPC, ao integrar esta forma de prestação a assistência social.

O BPC previsto constitucionalmente pelo art. 203, V, CF/88 e instituído pela Lei nº 8.742/1993 surgiu sob os mesmos parâmetros dos benefícios eventuais, ao migrarem, em tese, da seara previdenciária para se firmarem no âmbito assistencialista.

Regulamentado também pelo Decreto nº 6.214 de 2007 este benefício visa conforme estabelecido no artigo 2º do decreto ora citado, o enfrentamento da pobreza, à garantia da proteção social, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais.

As principais características do Benefício de Prestação Continuada são: a não contributividade, pois se trata de um benefício de cunho assistencialista; a não vitaliciedade, uma vez que caso cessem as condições de concessão do benefício estipuladas pela lei, o benefício também será cessado; individualidade, essa característica demonstra que o Benefício de Prestação Continuada recai exclusivamente perante uma pessoa e não sob um grupo de dependentes; e é intransferível, não podendo ser prolongado após a morte para os dependentes, caso existam.

Em síntese devemos colocar o Benefício de Prestação Continuada na categoria de direito personalíssimo, tendo em vista que praticamente todas as características deste benefício estão intrinsecamente relacionadas ao próprio beneficiário, seja em relação às condições naturais, tais como a idade avançada ou a invalidez que incapacita para o trabalho, ou em termos econômicos, tendo em vista que a hipossuficiência financeira do indivíduo é o que também determina o surgimento deste direito, apesar, é bem verdade, de haver a necessidade de também analisar o ceio familiar, cujo indivíduo esteja integrado, para comprovar tal condição.

O Benefício de Prestação Continuada, conforme dispõe o artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, consiste na transferência mensal de renda, no valor de um salário mínimo, direcionado aos idosos com idade igual ou superior aos 65 anos, ou a pessoas portadoras de deficiência física ou mental incapacitante para o trabalho, que comprovem não possuir meios de renda capaz de garantir a própria subsistência nem de tê-la provida pela própria família.

A idade do idoso, no texto original da Lei nº 8.742/1993 era de 70 anos, pois seguia a mesma lógica da Renda Mensal Vitalícia. Em 2003 a Lei nº 9.720/1998 alterou esse dispositivo estipulando a idade mínima para os 67 anos. Contudo, com o surgimento do Estatuto do Idoso – Lei nº 10.741 de 2003, que entrou em vigor em 2004, a idade mínima

novamente foi alterada, com vistas a padronizar os conceitos normativos das leis em comento, estipulando, por fim, os 65 anos como idade mínima para ter direito ao benefício.

Outro ponto que merece destaque é com relação a ideia de pessoa portadora de deficiência física cuja definição para os fins assistenciais é dada pela própria Lei nº 8.742/93 no art. 20, § 2º, que assim dispõe “pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho, em razão de anomalias ou lesões irreversíveis, de natureza hereditária, congênita ou adquirida”.

Assim, a principal questão acerca da deficiência física é a comprovação da incapacidade para a vida independente e para o trabalho, isso porque existem certas deficiências físicas que incapacitam determinada pessoa para um trabalho específico, mas por outro lado a possibilita de exercer outras funções, mesmo com a deficiência. Inclusive o próprio poder público, levando em conta o princípio da igualdade, disponibiliza em alguns certames de concursos públicos, vagas exclusivas para portadores de necessidades especiais, ou seja, deficientes.

Já com relação aos deficientes mentais há de se entender que após todos os exames, os laudos médicos são por si sós capazes de confirmar a deficiência e a consequente incapacidade para o trabalho e a vida independente, já que as deficiências mentais, geralmente diminuem a capacidade cognitiva dos indivíduos, impossibilitando inclusive, ações físicas voluntárias.

Outro quesito de suma importância e que é o nosso foco de estudo neste trabalho monográfico é a comprovação da necessidade financeira ou o grau de miserabilidade da família que deveria garantir a manutenção da pessoa portadora de deficiência física ou do idoso. A esse quesito nos deteremos em capítulo específico no qual abordaremos de forma aprofundada algumas das principais celeumas jurídicas levantadas acerca deste tema.

Mas ainda em relação ao Benefício de Prestação Continuada devemos salientar a forma de concessão deste benefício, como também de quem é a competência para fazer tal concessão.

Logo de plano observamos na prática que é através do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que é feito a concessão do Benefício de Prestação Continuada, autarquia encarregada de administrar e conceder os benefícios previdenciários.

Mas, o que leva o INSS a conceder o Benefício de Prestação Continuada se este não se trata de benefício previdenciário, mas sim assistencial? A resposta é a aplicação do princípio da eficiência administrativa que neste caso garante, inclusive, uma maior

abrangência territorial em termos de utilização da estrutura do INSS, como bem salienta IBRAHIM (2012), “a concessão é feita pelo INSS devido a preceitos práticos – se o INSS já possui estrutura própria espalhada por todo o país, em condição de atender à clientela assistida, não haveria necessidade da manutenção em paralelo de outra estrutura”.

Já o artigo 12, I, da Lei nº 8.742/93 dispõe a competência da União para a concessão e manutenção deste benefício.

A Lei nº 8.742/93 regulariza no art. 21, a questão da revisão bienal das condições que ensejaram o benefício. Trata-se de uma avaliação das capacidades físicas, laborativas e financeiras dos deficientes bem como as dos idosos. Caso tais mudança sejam constatadas haverá a cessação do Benefício de Prestação Continuada que também poderá acontecer com a morte do beneficiário; morte presumida do beneficiário declarada em juízo; ausência declarada do beneficiário, na forma da lei civil; falta de comparecimento do beneficiário portador com deficiência ao exame médico pericial, por ocasião de revisão de benefício e pela falta de apresentação pelo idoso ou pela pessoa portadora de deficiência da declaração de composição do grupo e renda familiar por ocasião de revisão do benefício.

Assim, em linhas gerais pudemos estudar neste tópico os benefícios assistenciais tanto na espécie eventual quanto na continuada, ressaltando algumas qualidades e deficiências existentes em ambos os institutos assistencialistas. Nos tópicos vindouros daremos enfoque a outros pontos que permeiam o Benefício de Prestação Continuada.

1.2.2.1 A prova da miserabilidade como critério de concessão do BPC

Como visto no tópico anterior a Lei nº 8.742/93 estabelece no artigo 20 os requisitos necessários para a concessão do Benefício de Prestação Continuada, dentre eles temos a comprovação de deficiência física ou mental que incapacite para o trabalho ou a idade de 65 anos, e a comprovação de não possuir meios para prover a própria manutenção nem de tê-la provida pela própria família.

Como os primeiros requisitos já foram devidamente analisados, passaremos a estudar a comprovação da necessidade econômica ou da miserabilidade, como sendo o segundo requisito, conforme apontam alguns doutrinadores.

Na análise do artigo 20 da Lei 8.742/93 fica claro que este dispositivo legal preceitua duas variantes objetivas para a concessão do BPC, quais sejam, a idade avançada e a

incapacidade física, condições essas que podem ser constatadas de forma direta, uma vez que o simples registro de nascimento comprova a idade do cidadão e os laudos médicos comprovam a capacidade física ou deficiência do indivíduo.

Contudo, a segunda condição imposta pelo artigo 20 é a comprovação da miserabilidade do cidadão e também da família que este está inserido. Essa condição, por sua vez, tem o caráter subjetivo, pois há uma nítida dificuldade, por variados motivos, de se estabelecer parâmetros capazes de enquadrar todos os requerentes do BPC nesta condição.

Acontece que, de certa forma, para tornar o segundo requisito também objetivo, a Lei nº 8.742/93 disponibilizou no parágrafo terceiro uma espécie de complementação do caput do artigo 20 prevendo de forma objetiva o que seria família incapacitada financeiramente para prover a manutenção do deficiente ou do idoso: “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”.

Assim, a subjetividade do referido requisito seria sanada, já que pessoas que vivessem com famílias que tivessem a renda per capita superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo ficariam impossibilitadas de receber o amparo assistencial.

Para a doutrina, o que se constata art.20, § 3º da Lei nº 8.742/93 é a indicação da presunção absoluta da miserabilidade, ou seja, as famílias que tiverem uma renda per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo serão objetivamente consideradas de baixa renda e incapazes de prover o sustento de idosos ou deficientes. Por outro lado, as famílias que não se enquadrarem neste requisito legal poderão questionar judicialmente a sua condição devendo comprovar a sua miserabilidade com base na subjetividade do caput do artigo 20 da LOAS.

Contudo, vale ressaltar que o critério da miserabilidade já foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232/DF interposta no Supremo Tribunal Federal (STF) que a priori considerou o § 3º do artigo 20 da LOAS constitucional, indicando que tal requisito deve ser analisado pelos juízes de forma objetiva, ou seja, tendo em vista apenas os parâmetros aritméticos estipulados naquele parágrafo. A questão da constitucionalidade desse dispositivo será tratado de forma específica neste trabalho monográfico.

Por outro lado, o enunciado de nº 50 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF) dispõe que “sem prejuízo de outros meios, a comprovação da condição sócio-econômica do autor pode ser feita por laudo técnico confeccionado por assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou através de oitiva de testemunha”.

O que podemos compreender é que há a possibilidade da flexibilização na aplicação do requisito da miserabilidade conforme observa-se no texto a seguir:

[...] se a renda familiar per capita for igual ou maior que $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, abre-se a oportunidade para que a miserabilidade seja comprovada por outros meios, tais como despesas com medicamentos, tratamentos ambulatoriais, aluguel para moradia, entre outros. Isto não significa infringir o critério estabelecido no art. 20 § 3º da Lei nº 8.742/93, mas apenas flexibilizar as formas de se constatar a miserabilidade.

De fato, não se pode desconsiderar a existência e a constitucionalidade do critério da renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ salário mínimo, sob pena de ofensa à autoridade da decisão proferida nos autos da ADI 1232/DF pelo Supremo Tribunal Federal; por outro lado, este critério pode ser flexibilizado, admitindo-se a comprovação da miserabilidade por outras formas, sem afastar a aplicabilidade do disposto no art. 20 § 3º da LOAS. (MESQUITA, 2010, p. 1).

Além do mais, quando se trata do valor aritmético que estipula a condição de miserabilidade das famílias, levam-se em conta algumas contestações aferidas por outros dispositivos legais tais como a Lei nº 9.533/97 que dispõe sobre a garantia de renda mínima e a Lei nº 10.689/2003 que cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. Em ambas as leis é disposto que os benefícios previstos por elas devem ser concedidos às famílias cuja renda per capita seja inferior a $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, o que de certa forma contradiz com o disposto no parágrafo terceiro da Lei nº 8.742/93. Conforme se constata no texto a seguir:

Ambas as leis acima citadas estão inseridas no sistema da Assistência Social e, ao regulamentarem os requisitos para concessão dos benefícios assistenciais da renda mínima e do acesso à alimentação, previram como critério para aferição da hipossuficiência econômica a renda familiar per capita inferior a meio salário mínimo. Passou-se então a defender que, por uma questão de isonomia e diálogo das fontes, não haveria razão para, dentro da Assistência Social, haver critérios diferenciados para considerar-se uma família miserável e outra não, a depender do tipo de benefício postulado. (MESQUITA, 2010, p. 1).

Dessa forma poderíamos apontar uma incongruência legal já que tanto as leis acima expostas como a Lei nº 8.742/93 englobam o mesmo sistema de proteção e amparo aos necessitados, ou seja, fazem parte da assistência social, e assim deviam estabelecer regras similares para a concessão dos respectivos benefícios.

Contudo, os questionamentos levantados indicam que a afirmação ora feita não tem sentido já que cada lei prevê benefícios específicos baseados no princípio da

especialidade. Ainda vale salientar, que o art. 203, V, CF/88 por ser norma constitucional de eficácia limitada necessitava de uma lei específica que estabelecesse as regras de concessão do Benefício de Prestação Continuada, o que de fato ocorreu com a edição da Lei nº 8.742/93.

1.2.2.2 A definição de família prevista pela Lei nº 8.742/93

Superados os posicionamentos referentes aos critérios da objetividade dos requisitos estabelecidos pelo artigo 20 da Lei 8.742/93 (LOAS), nos deparamos com o conceito de família estabelecido pelo parágrafo primeiro do também artigo 20 da mesma lei, estabelecendo que “[...] a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”.

O legislador percebeu, ao elaborar a Lei Orgânica de Assistência Social, a necessidade legal de expressar um conceito específico de família, isso porque a nossa sociedade é composta por várias culturas familiares, as quais não têm padrões de composição pré-estabelecidas. Assim, é comum encontrar em diversas áreas do Brasil famílias compostas por avós, pais, netos, genros, noras, cunhados, todos convivendo no mesmo ambiente domiciliar.

Leis, como a de nº 10.219/2001 que criou o Bolsa Escola e a Lei nº 10.689/2003 que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA, estabelecem conceitos amplos e uníssomos do que venha a ser família, ambas assegurando que família é “a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e mantendo sua economia pela contribuição de seus membros”.

Assim, conforme o conceito acima exposto, os fatores determinantes para a composição familiar seriam a formação de um grupo doméstico vivendo num mesmo ambiente domiciliar, cuja renda individual de cada membro fosse entre esta distribuída e cuja afinidade parental pudesse ser naturalmente aferida.

Apesar da amplitude do conceito de família estabelecido pelas mais variadas áreas de estudos, tais como a sociologia, antropologia, psicologia e até mesmo a jurídica, estas não são levadas em consideração tendo em vista a própria especificidade da Lei nº 8.742/93, conforme evidenciado no trecho a seguir:

A LOAS possui conceito específico para os fins do benefício assistencial de prestação continuada, e a tentativa de adoção de conceitos outros, ainda que previstos em leis assistenciais diversas, é evidente tentativa de restringir uma garantia social assegurada pela Constituição. (IBRAHIM, 2012, p. 21).

O parágrafo primeiro do artigo 20 da Lei 8.742/93 estabelece que deverão ser considerados como membros da família, o cônjuge ou companheiro do requerente. Na atualidade a lei se precaveu de prever a condição de companheiro tendo em vista a própria determinação da Constituição Federal no parágrafo terceiro do artigo 226 acerca da união estável. Ainda em relação a este tema, tem-se o questionamento das uniões homoafetivas que também se adequam à mesma previsão legal.

Os pais, madrasta e padrastos, também englobam o conceito de família, mais precisamente em face das crianças incapacitadas que requerem o BPC. Neste caso não há nenhum questionamento já que os padrastos e madrastas efetivamente têm a função de atuar como se pais naturais fossem.

Ainda podem compor o mesmo núcleo familiar, conforme o parágrafo primeiro em análise, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados. Observa-se desde já que a principal condição para que os filhos, irmãos e enteados sejam considerados membros da família do requerente é a situação de solteiro, assim, a título de esclarecimento, cunhados, genros, e noras não fazem parte do membro familiar do requerente segundo estabelecido na lei. Os tutelados, por sua vez, devem ser aqueles cujos cuidados foram judicialmente transferidos para os tutores, através de sentença judicial.

Além do mais, a questão da adoção e da guarda, em relação às famílias amplia a visão jurídica do que venha a ser os integrantes de uma família. Dessa forma a composição familiar deve ser constantemente revista tendo sempre como fundamento a própria Constituição Federal que estabelece no artigo 226 que a família é a base da sociedade, além de garantir assistência a cada integrante familiar, conforme é estabelecido no parágrafo oitavo do mesmo artigo

1.2.2.3 A flexibilização do cálculo da renda per capita nas famílias com mais de um requerente

Outro ponto que merece destaque neste trabalho é o que diz respeito à concessão do BPC a mais de um membro da mesma família. Como visto, a cultura familiar brasileira é

bastante diversificada, o que levou o legislador a estabelecer um conceito próprio de família na Lei nº 8.742/93.

Acontece que não há nenhum impedimento legal para a concessão do mesmo benefício a outro membro familiar, bastando apenas que este outro membro comprove se encaixar em todas as exigências estabelecidas no art. 20 da lei 8.742/93.

O fato de existirem famílias cuja composição se estende aos parâmetros legais acarreta situações como a de mais de um membro desta família ter a necessidade de também requerer o Benefício de Prestação Continuada. Isto implica, dessa forma, numa nova composição financeira familiar, em termos *per capita*, pois a renda seria aumentada em face do benefício já recebido por um desses membros.

Assim, uma das questões discutidas pela doutrina, no que se refere ao recebimento do Benefício de Prestação Continuada por membros da mesma família, é o do acúmulo da renda *per capita* familiar. Uma das problemáticas levantadas é se o valor recebido por um dos membros da família deve ser incluído ou não na renda *per capita* familiar, quando o outro membro da mesma família for requerer o mesmo benefício.

Esse quesito deve ser analisado tendo como base as condições do novo requerente, ou seja, o benefício concedido a outro membro da família só integrará a renda *per capita* da família para fins de requerimento de benefício caso o novo requerente seja um inválido. Sendo este um idoso o valor do Benefício de Prestação Continuada já recebido por outro membro familiar não integrará a renda *per capita* da família.

Esse tratamento diferenciado tem fundamento na Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso, o qual no artigo 34, parágrafo único, estabelece que “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.”

Em face do incapacitado, este tratamento diferenciado teria o condão de ferir o princípio da isonomia, pois a concessão do benefício em apreço não deveria distinguir e nem realçar a necessidade dos beneficiados, conquanto existem casos nos quais pessoas incapacitadas têm necessidades superiores às dos idosos, e, às vezes, por ter um membro da família já beneficiada corre o risco de na contagem da renda per capita familiar o valor ser superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, por conta da inclusão do valor do benefício já concedido ao outro membro familiar. Neste sentido observa-se no texto a seguir que:

O requisito da hipossuficiência econômica é exigido de forma semelhante para idosos e deficientes no art. 20 § 3º da Lei nº 8.742/93, não havendo razões para distinção neste sentido. De fato, as dificuldades financeiras enfrentadas pelo grupo familiar de um idoso são as mesmas do grupo familiar do deficiente, uma vez que ambos estão impossibilitados de ingressar no mercado de trabalho e requerem cuidados constantes e especiais. (MESQUITA, 2010, p. 2)

Contudo, a aplicação deste dispositivo legal em face dos incapacitados recebeu guarida do próprio Poder Judiciário o qual vem aplicando-o de forma analógica, sendo dessa maneira excluído o valor do Benefício de Prestação Continuada já recebido por outro membro familiar nos casos em que o novo beneficiário seja um incapacitado. Assim inclusive vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme podemos visualizar na decisão adiante transcrita:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. CÁLCULO DA RENDA FAMILIAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DO ESTATUTO DO IDOSO. SÚMULA 83/STJ.

1. Esta Corte Superior firmou o entendimento no sentido de que é permitida a concessão do benefício a segurados que comprovem, a despeito da renda, outros meios caracterizadores da condição de hipossuficiência, o que ocorreu na hipótese dos autos.

2. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, para fins de concessão de benefício assistencial, deve ser excluído do cálculo familiar per capita qualquer benefício de valor mínimo independentemente de se tratar de benefício social ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso. Agravo regimental improvido. Processo: AgRg no AREsp 227619 PR 2012/0187047-6 Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS. Julgamento: 09/10/2012. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicação: DJe 19/10/2012. (MARTINS, 2012, p. 1).

Essa flexibilização da renda per capita familiar, por outro lado, ainda encontra algumas incongruências, pois há uma aparente limitação da abrangência do dispositivo legal do Estatuto do Idoso. Assim outros benefícios como a própria aposentadoria no valor de um salário mínimo estariam inclusos na contagem da renda per capita para fins do recebimento do Benefício de Prestação Continuada.

O que podemos notar neste fato é que o que está em voga é a natureza da renda auferida. Então fazendo uma interpretação gramatical concluiremos que o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso apenas se refere à renda assistencialista e não a previdenciária, o que de certa forma soa como injusto já que segrega o tratamento igualitário entre os idosos,

pois poderá haver casos onde em uma casa que more apenas dois idosos, sendo um deles aposentado no patamar de uma salário mínimo, o outro não poderá receber o Benefício de Prestação Continuada, pois a renda per capita extrapolará 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Já se for numa casa onde tenha apenas dois idosos e um desses receba o Benefício de Prestação Continuada, o outro idoso poderá requerê-la também, pois o valor já recebido pelo outro não será calculado para os fins da renda per capita familiar.

A seguir podemos observar o ponto de vista de Fábio Zambitte Ibrahim o qual pontua de forma enfática a discrepância dessa temática:

[...] Acredito que, nessas situações, sempre que um idoso for aposentado e outro não, inexistindo outra fonte de renda do casal, e desde que a aposentadoria seja igual ao salário-mínimo, o BPC deva ser concedido para o cônjuge necessitado. Se foi intenção do legislador privilegiar o idoso, que se faça isso com igualdade de tratamento. Do contrário, o idoso que contribuiu durante a vida e obteve sua aposentadoria poderá situar-se em estado pior frente àquele que nada verteu ao sistema. Ou assim se procede ou se reconhece a impossibilidade de extensão para ambas as hipóteses, em razão de ausência de custeio (art. 195, § 5º, CRFB/88). (IBRAHIM, 2012, p. 20).

Com isso fica claro que essa contextualização da contagem da renda per capita familiar deve ser analisada com as devidas cautelas, já que a prática forense demonstra outras faces não contempladas pela lei que regulamenta a concessão deste benefício, o que sugere a possibilidade do crescimento de demandas voltadas para a solução de problemas como os relatados. Até porque, em muitos casos, há um nítido descompasso desses imperativos legais, tais como o do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, com a lógica social, fazendo com que haja, em certos casos, um desequilíbrio assistencial.

2 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE PREVISTO PELO ART. 20 § 3º DA LEI Nº 8.742/93

A Constituição Federal de 1988 atua no cenário nacional como sendo a principal regra de composição do sistema normativo. O seu alcance está intimamente atrelado às bases principiológicas de cunho social, econômico, moral, político e jurídico. Podemos afirmar que é do texto da Constituição Federal que provém os ditames legais para a criação das demais normas, isso porque, tais artigos servem de parâmetro para as normas vindouras. Assim conforme Pedro Lenza (2012, p. 239) “a ideia de controle, então, emanada da rigidez, pressupõe a noção de um escalonamento normativo, ocupando a Constituição o grau máximo na aludida relação hierárquica, caracterizando-se como norma de validade para os demais atos normativos do sistema”.

Com isso, o alcance das chamadas normas infraconstitucionais, assim designadas, pois em termos hierárquicos se encontram abaixo da Constituição Federal, está limitado pelos preceitos previstos nos artigos da Constituição Federal, devendo as normas que não se enquadrarem a tais preceitos passarem pelo crivo do controle de constitucionalidade. Para corroborar tal afirmativa observamos que:

[...] a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. Desse princípio, [...] resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores (SILVA, reputad, FERREIRA, apud, LENZA, 2012, p.239-240)

Assim, é a partir desse contexto que o artigo 203 da Constituição Federal de 1988, que trata da assistência social, passará a ser analisado neste tópico, uma vez que foi este dispositivo constitucional que, no inciso V deu respaldo para a criação da Lei nº 8.742/93, e seu consequente art. 20, § 3º.

A redação do artigo 203 da Constituição Federal de 1988 ao expressar o termo “a quem dela necessitar”, delimitou o âmbito de atuação da assistência social, ou seja, a assistência social será voltada apenas às pessoas que se encontrarem em situação de risco social, o que, numa ótica principiológica dá respaldo para aplicação do princípio da isonomia.

O inciso V desse artigo trouxe à baila a previsão do Benefício de Prestação Continuada, garantindo o pagamento de um salário mínimo, como forma de benefício mensal, aos idosos ou deficientes que comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de não tê-la provida pela sua família, conforme disposição legal. Em relação ao texto desse inciso, merece destaque os termos “comprovem” e “conforme dispuser a lei”.

A ideia geral trazida no inciso V do artigo 203 da CF/88 é de que para se ter direito ao benefício, antes de mais nada o indivíduo deverá comprovar formalmente a sua baixa condição financeira. O fato é que há interpretações que apontam para uma relativização do que venha a ser “não possuir meios de prover a própria manutenção”.

Ora o que se constata, numa interpretação puramente gramatical é que não importa quanto de renda tenha o cidadão que requer o benefício, mas sim, a sua real situação financeira, ou seja, se um indivíduo que se enquadre nos demais requisitos conviva em uma família que recebe no total, três salários mínimos, e sua família seja composta por quatro pessoas, sendo que duas necessitem de um tratamento médico terapêutico que comprometa 50% desse salário; ainda levando em conta que os outros 50% serão distribuídos para a alimentação básica, remédios e a manutenção do lar, essa família que apesar de possuir uma renda bruta relativamente considerável, poderá passar por necessidades financeiras, tendo em vista a sua real situação.

Por outro lado, no final desse inciso existe o termo “conforme disposição legal” o que faz essa norma constitucional ter eficácia limitada, pois direciona o aprofundamento dos requisitos para a concessão do BPC à outra lei de cunho infraconstitucional, neste caso, a Lei nº 8.742/93 que se encarregou de traçar, baseado na Constituição Federal de 1988, todos os parâmetros legais para a concessão deste benefício.

Com base no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal de 1988, o art. 20, § 3º da Lei 8.742/93 dispôs sobre os requisitos para a concessão do BPC, os quais já foram analisados nos tópicos anteriores desse trabalho monográfico. Contudo, o que devemos questionar de forma pragmática é a ponderação do quantitativo de 1/4 do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º da LOAS.

Como visto, um dos requisitos estabelecidos pela Constituição Federal é a “comprovação” por parte do requerente da sua baixa situação financeira, observamos inclusive uma possível relativização desse critério. Todavia, o art. 20, § 3º da LOAS tornou esse critério objetivo ao estipular o valor de 1/4 do salário mínimo como sendo o parâmetro legal de comprovação da condição de miserabilidade. Assim, no exemplo acima esboçado, uma família composta por quatro pessoas e que tenha uma renda de três salários mínimos, mesmo sendo esta renda praticamente toda comprometida com tratamentos médicos e alimentação e manutenção básica, não poderá se enquadrar na situação de baixa renda estipulada pela Constituição Federal a qual prevê expressamente o quesito “não possuir meios de prover a própria manutenção ou de não tê-la provida pela sua família”.

Situações como a que fora apresentada são corriqueiras, e o que se percebe na prática são casos mais próximos da situação de miserabilidade, nos quais famílias que possuem de dois a três salários mínimos, têm a sua renda quase que integralmente comprometida por situações peculiares, e mesmo que um dos integrantes, preenchendo os demais requisitos, requeira o benefício, apresentando provas formais, como recibos, atestados, e outros comprovantes, têm o seu pedido negado.

Foi baseado nessa relativização da comprovação da baixa renda familiar e na estipulação do critério objetivo de 1/4 do salário mínimo que o art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93 foi alvo da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1.232-1 DF, impetrado pela Procuradoria Geral da República e julgada no plenário do STF no dia 27 de agosto de 1998. A ementa da ADI 1.232-1 DF indica o seguinte:

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. ADI 1232-1 – DF.Relator Min. Ilmar Galvão. Julgamento em 27 de agosto de 1998)

No seu parecer a Procuradoria Geral da República afirmou que houve um equívoco, por parte do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 ao estabelecer um parâmetro objetivo para aferição do benefício assistencial, já que o art. 203 da CF/88 estabelece que a assistência social haverá de ser conferida a quem dela necessitar. Portanto, A Procuradoria Geral da

República entende que a regra estabelecida na Lei nº 8.742/93 “deve ser tida inconstitucional na medida em que se terá revelado flagrantemente limitadora de garantia constitucional ilimitada” afirmou ainda que o art. 20, § 3º da referida lei “ao contrário de estar instituindo caso único de possibilidade de prova de tal falta de meios e de estar excluindo outras possibilidades, nada mais fez do que meramente instituir caso de PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE de insuficiência de meios familiares”.

O que a Procuradoria Geral da República quis afirmar é que nos casos de famílias que têm renda per capita de até 1/4 do salário mínimo serão consideradas, de imediato, famílias incapazes de manter a própria subsistência, ou seja, serão dispensados qualquer tipo de prova formal para a comprovação dessa situação. Por outro lado, as famílias que não se enquadrarem na situação estabelecida pela lei deverão se submeter à regra geral de comprovação da miserabilidade, adequando o valor que extrapolou aos preceitos normativos.

A conclusão do parecer da Procuradoria Geral da República foi a seguinte:

O parecer é, por conseguinte, de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade deva ser julgada procedente, porém exclusivamente para efeito de ser proclamada a interpretação conforme a Constituição, segundo a qual, o § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742 de 1993, limitou-se a instituir caso de presunção juris et de jure, sem excluir a possibilidade de serem comprovados outros casos de efetiva falta de meios para que o portador de deficiência possa prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. (STF. ADI 1232-1 – DF.Relator Min. Ilmar Galvão. Julgamento em 27 de agosto de 1998)

Ainda vale ressaltar que a Procuradoria Geral da República requereu medida cautelar para que fosse suspensa a eficácia do art. 20, § 3º da Lei 8.742/93, sendo esta indeferida pelo Ministro Maurício Corrêa, sob o argumento de ser “axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores, de um lado a necessidade do beneficiário e de outro a possibilidade de quem arca com o encargo”.

Com base nessa dicotomia o Ministro Maurício Corrêa enfatizou, no indeferimento da medida cautelar, um ponto bastante ressaltado pelo Poder Público que é a aplicação do princípio da reserva do possível, o qual estabelece limites para a atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos, tais como o assistencialismo, já que o Estado também está condicionado à disponibilidade de recursos públicos.

Baseado na ideia de que o Estado possui recursos limitados o princípio da reserva do possível surgiu na Alemanha e a sua aplicação garante ao Estado uma certa limitação na obrigação positiva de prestar ou efetivar algum direito. Segundo entende Cézar Pereira de Souza Júnior (2013, p. 1) “A mera disponibilidade orçamentária não obrigaria o Estado a prestar o direito se a referida solicitação não se mantivesse nos limites da razoabilidade”.

Ainda concernente ao princípio da reserva do possível podemos enfatizar a citação a seguir, que estabelece critérios para uma razoável limitação do conceito de reserva do possível, pois há de se entender que a aferição da capacidade do Estado em delimitar os seus recursos também não segue um padrão objetivo. Assim, podemos enumerar como limites da reserva do possível:

[...] a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais [...] a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas [...] já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET, apud SOUZA JÚNIOR, 2013, p. 1).

Nesse caso, ponderar a necessidade com a possibilidade acaba trazendo um equilíbrio entre os argumentos das partes envolvidas na relação jurídica, pois ao passo em que existem várias pessoas necessitando do Benefício de Prestação Continuada, o Estado talvez não tenha capacidade financeira de arcar com a crescente demanda, sem por outro lado, comprometer outros setores sociais, como a saúde e a educação.

O que, de fato, preponderou na decisão do Ministro Maurício Corrêa foi que segundo ele “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 que podemos entender é que a decisão do Ministro Maurício Corrêa se baseou na questão pragmática da lei, ou seja, a Constituição Federal prevê no final do art.203, V, a estipulação de uma norma específica que regulamente os critérios de aferição do Benefício de Prestação Continuada. Já que a norma elaborada - Lei nº 8.742/93 - trouxe os critérios ora abordados neste trabalho, então, segundo o Ministro, não há que se questionar sobre a própria previsão legal que dá eficácia ao artigo 203, V da Constituição Federal.

Com o indeferimento da medida cautelar requerida pela Procuradoria Geral da União, a ADI 1.232 – DF seguiu seus trâmites processuais, com prolação dos votos dos Ministros, os quais analisaremos a seguir de forma sucinta.

O relator da referida ADI foi o Ministro Ilmar Galvão e este seguiu o parecer da Procuradoria Geral da República, afirmando em outras palavras que o texto legal do art. 20, § 3º da Lei nº 8742/93 não pode ser considerado inconstitucional, uma vez que revela uma verdade irrefutável, já que uma família cuja renda per capita seja igual ou inferior a 1/4 do salário mínimo, de fato, não é capaz de manter a subsistência de um idoso ou deficiente.

Contudo, o ponto analisado pelo Ministro foi se o critério estabelecido pela norma que regulamenta o Benefício de Prestação Continuada seria a única hipótese a ser observada capaz de caracterizar a insuficiência financeira da família do requerente, chegando ele a seguinte conclusão:

Revelando-se manifesta a possibilidade da resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso. (STF. ADI 1232-1 – DF.Relator Min. Ilmar Galvão. Julgamento em 27 de agosto de 1998)

Nessa esteira tem-se que o Ministro Ilmar Galvão votou parcialmente procedente o pedido da Procuradoria Geral da República, já que considerou o texto do art. 20, § 3º da Lei 8.742/93 limitador do critério de miserabilidade, apesar de também ter entendido que a regra estipulada pelo referido dispositivo condiz com a realidade social da miserabilidade. Seguindo entendimento similar, também votou pela procedência parcial da ADI o Ministro Néri da Silveira.

Por outro lado, o Ministro Nelson Jobim entendeu de forma adversa, afirmando que “compete à lei dispor a forma de comprovação”. No seu entender o dispositivo legal não se configura como inconstitucional, pois atende às expectativas da Constituição Federal, já que apresenta o critério que deverá ser obedecido para a concessão do benefício. Segundo o Ministro Nelson Jobim “o gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu comprovar dessa forma”.

Também em sentido contrário o Ministro Sepúlveda Pertence, que apesar de achar pertinente o entendimento do Ministro Relator no que diz respeito à necessidade da norma estabelecer outras situações caracterizadoras da incapacidade financeira com o fim de trazer

mais efetividade ao programa assistencialista, acredita não ser inconstitucional tal dispositivo, pois nele está disposto de forma literal uma hipótese de concessão a ser seguida pelo Estado. Em relação ao texto legal da norma federal o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou que “isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado”.

Com isso, votaram pela improcedência da ADI 1.232 – DF, os Ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence e o Ministro Maurício Corrêa, que acompanhou o voto do Ministro Nelson Jobim, pontuando que este foi coerente com o seu voto na ocasião em que decidiu a medida cautelar.

Dessa forma, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 1.232 – DF foi julgada improcedente, tendo em vista não ferir os preceitos constitucionais estabelecidos pelo art. 203 da Constituição Federal. Assim, em tese, foi colocado um fim nas discussões judiciais sobre este assunto, fim este, que perdurou por pouco tempo, pois passaram a surgir Reclamações no STF, com alegações de que tal decisão vinha sendo descumprida.

2.1 A UTILIZAÇÃO DE OUTROS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE NÃO PREVISTOS NA LEI Nº 8.742/93

Após o julgamento da ADI 1.232 – DF, esperava-se que os posicionamentos das demais instâncias judiciais fossem, de certa forma, unificados, ou melhor, padronizados, já que havia uma decisão paradigma prolatada pela Suprema Corte.

Contudo, o que se aconteceu foi o surgimento de Reclamações interpostas ao STF subjugando, em muitos casos, o descumprimento do entendimento ora prolatado pelo STF em relação à ADI 1.232 – DF. Um dos principais pontos abordados em algumas Reclamações foi o do reconhecimento da utilização de outros critérios não previstos na lei, capazes de demonstrar ou aferir a miserabilidade de alguns indivíduos.

Nesse sentido, a principal Reclamação julgada pelo Supremo Tribunal Federal foi a de nº 2.303-6 do Rio Grande do Sul, que teve como relatora a Ministra Ellen Gracie. A ementa da citada Reclamação ficou da seguinte forma “RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203 CF.”

A Reclamação 2.303-6 RS foi proposta pelo INSS, em face do Juizado Especial Federal Adjunto à Vara Única de Bagé – RS. O principal argumento para a propositura da

referida Reclamação foi que a decisão do magistrado teria se contraposto ao que fora decidido na ADI 1.232 – DF, já que o magistrado adotou outros critérios para atestar a miserabilidade, sendo estes não especificados pela lei. Para entendermos o motivo da Reclamação proposta pelo INSS se faz necessário transcrevermos alguns trechos da sentença que julgou procedente o pedido do autor:

[...] esse requisito legal deve ser tomado apenas como parâmetro para examinar as condições econômicas da família e não como um requisito impeditivo, por si só, para a concessão do benefício [...] a situação econômica financeira dependerá do exame de outros fatores, como tipo de deficiência da autora, as suas necessidades e as condições de vida dela e de sua família, que não podem ser reunidos em um fator numérico aleatório. [...] De tudo, conclui-se que, mesmo que em casos onde a renda per capita resulte um pouco superior ao limite estabelecido no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, a miserabilidade do grupo familiar poderá ser demonstrada de modo a ensejar o deferimento do benefício assistencial, quando ficar comprovado que os ganhos são insuficientes à manutenção da família, tal como no caso. (STF. Rcl. AgR 2.303-6 RS. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento 13 de maio de 2004).

Ainda tendo como finalidade fundamentar os argumentos da sua decisão, o magistrado do Juizado Especial Federal da Vara Única de Bajé-RS, que proferiu a sentença, prestou informações ao STF com o seguinte teor:

A sentença não considerou inconstitucional o limite de renda de ¼ do salário mínimo previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, não descumprindo, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, mas tão somente, com base no princípio da razoabilidade e através de uma interpretação tópico-sistemática, avaliou tal parâmetro como um *quantum* objetivo considerado pela própria legislação como indicativo de insuficiência econômica (signo presuntivo de pobreza) para assegurar-se a subsistência ao portador de deficiência e ao idoso, que não afasta contudo, a possibilidade de sua conjugação com outros fatores indicadores de miserabilidade no caso concreto, face às peculiaridades deste. (STF. Rcl. AgR 2.303-6 RS. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento 13 de maio de 2004).

Tendo em vista os argumentos do juiz federal de Bajé - RS, a sua decisão não tinha o objetivo de se contrapor à decisão referente à ADI 1.232 – DF, mas sim de trazer apenas novas perspectivas acerca do requisito da miserabilidade, no que tange aos valores aritméticos. Além do mais, essa foi a interpretação do magistrado em relação à norma federal, ou seja, o juiz não é limitado ao mesmo entendimento da Suprema Corte, quando esta própria não aponta as diretrizes para o julgamento de determinado assunto.

Após o pedido de vista, pelo Ministro Carlos Ayres Britto, a Reclamação 2.303-6 – RS, passou a ser analisada e discutida pelos demais Ministros presentes na sessão. No teor do voto do Ministro Carlos Ayres Britto podemos destacar o seu posicionamento à favor da decisão prolatada pelo juiz federal de Bajé-RS:

Bem, se a decisão tribunalícia em apreço proclamou a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da lei federal, dispositivo que erige critério de concessão do benefício mensal previsto no inciso V do art. 203 da Constituição Federal, quer me parecer que somente se patentearia o desrespeito a tal decisório se a sentença reclamada: a) incorresse em declaração de invalidade do que se decidiu nesta nossa Casa de Justiça; b) proclamasse um parâmetro de avaliação da carência material do reclamado que fosse realmente insuscetível de absorção pelo acórdão aqui apontado como paradigma da reclamatória *jub judge*. E o fato é que em tal interdito proceder o ilustrado juiz monocrático não incorreu. (STF. Rcl. AgR 2.303-6 RS. Relatora Min. Ellen Gracie. Julgamento 13 de maio de 2004).

Apesar dos argumentos pontuados pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Gilmar Mendes, que julgaram improcedente a Reclamação 2.303-6 – RS, os demais Ministros seguiram o voto da Ministra Relatora Ellen Gracie e julgaram procedente a referida Reclamação, considerando, portanto, que no caso em questão, a decisão do juiz federal de Bajé-RS, afrontou a decisão do STF em relação à ADI 1.232 – DF, sendo esta considerada inválida.

2.1.1 A Legislação Superveniente e Sua Relevância em Face dos Critérios de Aferição da Miserabilidade

A capacidade de mutabilidade das normas jurídicas é uma característica que se adequa ao próprio ritmo de desenvolvimento da sociedade, isso porque o Poder Legislativo busca atender às necessidades reais de determinada época.

O surgimento de novas normas traz consigo, muitas vezes, a necessidade de uma modulação acerca do entendimento de determinado ponto de vista sobre certo texto legal. Isso acontece com as normas penais, tributárias, cíveis, trabalhistas, previdenciárias e assim por diante. A constância dessa modulação pode ser percebida no próprio STJ ou STF quando se discute o cabimento do ponto de vista de um texto normativo sobre uma matéria específica.

Neste tópico, analisaremos a influência do surgimento de leis supervenientes à Lei nº 8.742/93, que trazem em seu bojo a possibilidade de se discutir a aplicação de novos

critérios de comprovação da miserabilidade, como por exemplo a Lei nº 10.689/03 que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.

A Lei nº 10.689/2004 surgiu na perspectiva de amenizar os impactos causados pela má distribuição de renda, principalmente, em relação ao acesso à alimentação. O art. 1º da referida lei vincula o Programa Nacional de Acesso à Alimentação às ações destinadas ao combate à fome e à proteção da segurança alimentar.

Para fins desse tópico, daremos ênfase ao texto do art. 2º, § 2º da Lei nº 10.689/04 que preconiza que “os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal per capita inferior a meio salário mínimo”. Esse dispositivo legal traz, em relação ao disposto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, uma nova configuração do cálculo aritmético que pode delimitar a posição social de certas famílias consideradas de baixa renda.

A celeuma causada por essa discrepância aritmética em torno dessas leis e de outras que trazem o mesmo parâmetro de meio salário mínimo, foi surgindo, pois alguns juízes passaram a considerá-la como um outro critério para a concessão do Benefício de Prestação Continuada. Tal fato ocasionou discussões jurídicas que terminaram chegando ao STF, como por exemplo, o caso da Reclamação nº 2.323 – PR.

A Reclamação 2.323 – PR foi interposta pela União em face do juiz federal da 2ª Vara de Londrina da seção judiciária do estado do Paraná com o argumento de que a sentença prolatada por este juízo teria afrontado a autoridade da decisão da Suprema Corte em relação à ADI 1.232 – DF. O Relator foi o Ministro Eros Grau e a ementa da referida Reclamação é a seguinte: “Reclamação. Art. 20 da Lei nº 8.742/93. Desrespeito à decisão proferida quando do julgamento da ADI nº 1.232”.

A decisão do juiz federal de Londrina que deu origem à Reclamação 2.323 – PR foi uma antecipação de tutela numa ação civil pública determinando que fosse:

Reconhecido o direito ao benefício do art. 203, inciso V, da Constituição a todos os portadores de deficiência e idosos domiciliados na Circunscrição Judiciária de Londrina – PR, que atendam ao requisito legal de renda mensal ‘per capita’ inferior a 1/2 (metade) do salário mínimo, bem como as demais condições legais previstas no art. 20 da Lei nº 8.742/93, bem como a revisão dos benefícios indeferidos por motivo de renda familiar desde a data de ajuizamento da ação, no prazo de seis meses. (STF. Rcl. 2.323-1 PR. Relator Min. Eros Grau. Julgamento 07 de abril de 2005).

Nas informações prestadas ao STF o juiz federal pontuou que:

A sentença nunca declarou a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 e, desse modo, não desacatou a decisão emanada do ínclito STF. A decisão teve como fundamento alterações legislativas posteriores ao julgamento da ADIN – 1.232 -1/DF, numa interpretação infralegal e sistemática do conjunto de normas que vieram a compor o ordenamento jurídico. (STF. Rcl. 2.323-1 PR. Relator Min. Eros Grau. Julgamento 07 de abril de 2005).

A base central da decisão do magistrado federal de Londrina seria uma nova adequação do critério que estabelece o *quantum* do salário mínimo estabelecido na Lei nº 9.533/97 que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados à ações socioeducativas; e a na Lei nº 10.219/01 que instituiu o Programa Bolsa Escola. Essas normas trazem como variável definidor da baixa renda 1/2 (meio) salário mínimo, diferentemente da Lei nº 8.742/93, que prevê 1/4 do salário mínimo.

A utilização do critério quantitativo de comprovação de baixa renda trazido pelas referidas leis e que foi adotado pelo magistrado de Londrina se confronta com a aplicação do princípio da especialidade normativa. Apesar de ter sido um ato benevolente, o magistrado deveria atender aos requisitos legais de forma individual, uma vez que cada norma traça de forma distinta a definição do que venha a ser família de baixa renda.

Assim, cada lei deve ser utilizada de forma específica para a aplicação do seu teor, ou seja, a Lei nº 8.742/93 deve ser aplicada para a concessão do Benefício de Prestação Continuada; a Lei nº 10.219/01 para a concessão do Bolsa Escola; e a Lei nº 10.689/03 para garantir o cesso à alimentação.

O Ministro Eros Grau julgou pela procedência da Reclamação 2.323 – PR afirmando que “Leis que disciplinam outros benefícios não tem o condão de alterar as disposições da Lei nº 8.742/93, que tem como fim específico regulamentar aquele benefício constitucionalmente previsto”.

Na outra esteira, o Ministro Marco Aurélio decidiu pela procedência da Reclamação 2.323 – PR com o seguinte fundamento:

[...] o comando do texto constitucional alusivo à garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso está na referência, na própria Carta da República, àqueles que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. É certo que existe uma cláusula final remetendo ao que dispuser a lei, mas há de se considerar o princípio da realidade. A lei, evidentemente,

não pode colocar em segundo plano a premissa do direito à assistência social. (STF. Rcl. 2.323-1 PR. Relator Min. Eros Grau. Julgamento 07 de abril de 2005).

Apesar do voto contrário do Ministro Marco Aurélio, a Suprema Corte considerou que houve violação ao seu entendimento, referente à ADI 1.232 – DF. A Reclamação 2.323 foi julgada procedente e a questão da utilização de disposições de leis supervenientes em relação aos critérios da Lei nº 8.742/93 foi superada. Uma nova lei só poderá mudar o teor dos critérios estabelecidos na Lei nº 8.742/93 se esta for a sua finalidade. Apesar de ter surgido a Lei nº 12.435/2011, que alterou alguns art.s da Lei nº 8.742/93, nenhuma alteração foi trazida para o texto do art. 20, § 3º da referida norma.

2.2 PERSPECTIVAS DE MUDANÇA PELO STF NA INTERPRETAÇÃO DA LEI 8.742/93

A expressiva quantidade de Reclamações interpostas no STF com a finalidade de alterar decisões de juízes federais de primeira instância, que concediam o BPC baseados em critérios não expressos pela Lei nº 8.742/93, gerou um problema de cunho hermenêutico que necessitava de uma solução.

A análise de alguns casos de Reclamações nos apresentou uma constância de entendimento nas decisões dos magistrados de primeira instância que ficou caracterizada pela aplicação dos ditames constitucionais, tais como o princípio da dignidade humana, em face dos preceitos normativos da Lei nº 8.742/93. Esse ajuste hermenêutico, depreendido por vários juízes federais de todo o Brasil, acabou reconstruindo uma nova lógica jurídica acerca do conceito de baixa renda.

O Poder Legislativo, por outro lado, não se pronunciou sobre essa temática, inclusive aprovou a Lei nº 12.435/2011, que alterou alguns dispositivos da Lei nº 8.742/93, mas não alterou nenhum dos dispositivos que tratam dos critérios de concessão do BPC, principalmente o § 3º do art. 20 desta lei.

Noutra esteira o Poder Legislativo, antes de alterar a Lei nº 8.742/93, elaborou normas de cunho assistencialista que previam como parâmetro para a concessão dos benefícios nelas previstos, a comprovação de renda *per capita* inferior a 1/2 (meio) salário mínimo, o que levou muitos magistrados a também aplicarem esse requisito no caso do BPC,

já que parecia ser este o novo entendimento do Legislativo acerca do real estado de miserabilidade.

Com essa inconstância de entendimento e tendo em vista a realidade de muitos brasileiros, outros critérios de concessão do Benefício de Prestação Continuada começaram a surgir baseados nas decisões dos juízes federais de primeira instância, tais como:

a) O benefício previdenciário de valor mínimo, ou outro benefício assistencial percebido por idoso, é excluído da composição da renda familiar (Súmula 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina e Precedentes da Turma Regional de Uniformização); b) Indivíduos maiores de 21 (vinte e um) anos são excluídos do grupo familiar para o cálculo da renda per capita; c) O benefício assistencial percebido por qualquer outro membro da família não é considerado para fins da apuração da renda familiar; d) Consideram-se componentes do grupo familiar, para fins de cálculo da renda per capita, apenas os que estão arrolados expressamente no art. 16 da Lei 8.213/91; e) Os gastos inerentes à condição do beneficiário (remédios etc.) são excluídos do cálculo da renda familiar. (STF. Rcl. 4.374 PE. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 18 de abril de 2013).

A partir dessa situação, alguns Ministros do STF passaram a atentar para a necessidade de uma revisão do entendimento fixado na ADI 1.232 – DF já que estava ficando insustentável o constante crescimento de interposições de Reclamações e Recursos Extraordinários.

Na Reclamação 4.374 – PE cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes foi proposto uma nova reflexão, ou seja, uma revisão acerca da inconstitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 tendo como fundamento dois ramos argumentativos considerados relevantes pelo o então Ministro relator: a omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V, da Constituição; e o processo de inconstitucionalização do §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

O primeiro ponto abordado pelo Ministro relator foi o da omissão inconstitucional presente na Lei nº 8.742/93. A omissão tratada pelo Ministro relator é em relação a insuficiência legislativa, pois como já abordado em linhas anteriores, o Poder Legislativo trouxe um parâmetro legal objetivo que acabou engessando a possibilidade de análises de novos critérios pertinentes e capazes de, também, delimitar a real situação financeira de um determinado cidadão. O Ministro Gilmar Mendes afirmou que:

A decisão do Tribunal, de simplesmente julgar improcedente a ação, deixou em aberto o problema da omissão inconstitucional presente na LOAS, criando condições propícias para as reações dos mais diversos juízes e

tribunais (principalmente dos Juizados Especiais) ao longo de todo o país, os quais, ao se depararem com complexas situações de miserabilidade social, tiveram que adotar interpretações criativas do art. 20 da LOAS para tentar dar maior efetividade ao art. 203, V, da Constituição da República. (STF. Rcl. 4.374 PE. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 18 de abril de 2013).

Fica claro, após as palavras do Ministro Gilmar Mendes, que as decisões dos magistrados federais de primeira instância apenas tentavam preencher uma lacuna implantada pela própria norma, que como visto, é insuficiente para abarcar a realidade de milhares de brasileiros. Ainda o Ministro Gilmar Mendes continuou:

[...]o Supremo Tribunal Federal já dispõe de um arsenal diversificado de técnicas de decisão para enfrentar os problemas de omissão inconstitucional. Hoje, a ADI 1.232 poderia ter sido decidida de forma completamente diferente, sem a necessidade da adoção de posturas de autocontenção por parte da Corte, como ocorreu naquele caso. (STF. Rcl. 4.374 PE. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 18 de abril de 2013).

Já quanto ao processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, devemos destacar que, segundo o Ministro Gilmar Mendes, esse processo veio se amoldando de forma espontânea após a criação das novas leis assistencialistas que indicavam o montante de 1/2 (meio) salário mínimo como parâmetro definidor da baixa renda familiar, o que aparentemente seria uma reinterpretação do art. 203, V da Constituição Federal, por parte dos legisladores, dando ênfase às questões econômico-sociais das diferentes épocas. Assim, conforme podemos visualizar no voto do Ministro Gilmar Mendes:

[...] 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). (STF. Rcl. 4.374 PE. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento 18 de abril de 2013).

Quanto ao processo de inconstitucionalização do § 3º, do art. 20 da lei. nº 8.742/93 ainda devemos ressaltar os seus impactos econômicos no âmbito da Administração Pública. O fato é que com essa mudança de parâmetro legal, uma maior quantidade de pessoas

se adequariam aos requisitos, ou seja, o número de beneficiários aumentaria de forma vertiginosa, onerando os cofres públicos. Ainda mais, devemos atentar para uma vasta gama de situações socioeconômicas como, por exemplo, o constante aumento do valor do salário mínimo que, em tese, pode interferir de forma negativa na própria administração do Benefício de Prestação Continuada.

Após todas as ponderações feitas pelos Ministros do Supremo através da Reclamação 4.374 – PE, o plenário do STF no dia 18 de abril de 2013 declarou a inconstitucionalidade do critério de concessão do Benefício de Prestação Continuada previsto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 tendo como premissa a defasagem desse critério para caracterizar a miserabilidade de determinada família ou indivíduo. A decisão foi por maioria de votos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O benefício assistencial foi incluído na Constituição Federal de 1988 num contexto histórico marcante para a sociedade brasileira. Na época o Brasil saía de um regime político ditatorial que vitimou muitos cidadãos, tanto de forma direta quanto indireta. O nível de miséria era latente e o Estado brasileiro, até então, estava inerte para a solução ou redução desse problema.

A Constituição Federal de 1988 previu no art. 203, inciso V a garantia de um salário mínimo aos idosos e aos portadores de deficiência física que comprovarem não possuir meio de prover a sua subsistência ou de tê-la provida pela família. A previsão do Benefício de Prestação Continuada também tem como suporte normativo o art. 3º da Constituição Federal, o qual traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre eles: construir uma sociedade justa e solidária; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

Ainda cabe ressaltar que a concretização do art. 203, V da CF/88 recebeu *status* de direito fundamental, isso porque no art. 6º da Constituição Federal a assistência aos desamparados faz parte do rol de direitos fundamentais sociais, ao lado do direito à previdência, à saúde, à alimentação dentre outros.

Para que o art. 203, V da CF/88 tivesse eficácia foi aprovada e sancionada a Lei nº 8.742/93 – Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) que no art. 20, § 3º, considerou família incapaz de prover a manutenção de idoso ou portador de necessidades especiais, aquela cuja renda per capita seja inferior a 1/4 do salário mínimo.

Essa previsão legal, na prática, gerou bastantes conflitos, pois muitas pessoas tinham o pedido do benefício negado por conta de pequenas diferenças no cálculo da renda *per capita* familiar, e mesmo comprovando a real situação econômica o INSS negava o pedido, o que ocasionou a busca pelo judiciário para resolver tais situações.

Observamos, no desenvolver desse trabalho, que os entendimentos dos juízes federais de primeira instância que concediam o benefício assistencial eram pautados nos mais variados argumentos, porém, sempre tendo em vista a dignidade humana. Muitas dessas decisões foram questionadas através de recursos nas demais instâncias superiores e a partir de então esse dispositivo legal passou a ter a sua constitucionalidade contestada.

Notamos que o entendimento jurisprudencial do STF em relação à (in) constitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, teve dois momentos marcantes. O primeiro momento foi com a interposição da ADI 1.232 – DF. No contexto dessa ADI o STF

em 1998 analisou a problemática de forma mais pontual, visando o contexto legal da norma, ou seja, deu ênfase à vontade do legislador de determinar aquele critério objetivo, mesmo sendo um critério incapaz de balizar a real situação de muitos cidadãos.

Não obstante os argumentos do Ministro Ilmar Galvão que à época considerou que o critério disposto na LOAS não seria capaz de, por si só, estabelecer a real situação de miserabilidade de uma família, afirmando ser necessário uma complementação nesse critério, a ADI 1.232 foi julgada improcedente, sendo, portanto, o art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 considerado constitucional.

Ficou claro que ao considerar o critério do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 constitucional sob o argumento de que esse dispositivo legal não se mostrava incompatível com a Constituição Federal, pois foi esta a forma escolhida pelo legislador para definir a miserabilidade, o STF direcionou para o Congresso Nacional a resolução dessa problemática, pois só este teria legitimidade para elaborar outros critérios ou modificar os já existentes.

Contudo, no desenvolvimento da pesquisa observamos que o Poder Legislativo não se pronunciou em relação ao tema, pelo contrário com o passar do tempo foram elaboradas outras normas assistencialistas, inclusive, trazendo um novo patamar para a aferição da miserabilidade sendo este 1/2 (meio) salário mínimo, mas no que diz respeito à Lei nº 8.742/93 nada foi alterado, a não ser outros artigos da mesma lei, que sofreram modificações com a criação da Lei nº 12.435/2011.

Com o surgimento desse novo patamar para a aferição da miserabilidade trazido por outras normas assistencialistas, muitos magistrados passaram a aplicá-la de forma direta para os casos do BPC, acreditando ser esta a intenção implícita do legislador, tal fato, como visto, gerou o aumento de interposições de Reclamações perante o STF. Assim, uma questão que visava ser uniformizada e por consequência cessar os conflitos de entendimentos, acabou ocasionando um efeito contrário, levando o STF a rever o seu posicionamento acerca da constitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93.

O segundo ponto marcante no entendimento jurisprudencial do STF em relação à (in) constitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 foi o reconhecimento da necessidade de uma revisão ou reanálise da matéria. Tal fato se deu em 2013 no julgamento da Reclamação 4.374 – PE.

Nesse novo plano, visualizamos que alguns Ministros como, por exemplo, Sepúlveda Pertence atentou para o caso da inconstitucionalidade por omissão já que a Lei nº

8.742/93 apesar de ter previsto os critérios para a concessão do BPC, não foi capaz de apresentar um critério que avaliasse a real situação de miséria de muitos brasileiros.

Apesar de terem atentado para a questão do financiamento e das custas para a Administração Pública o STF acabou por entender que o art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 é inconstitucional por considerar que o referido critério é obsoleto e não mais atende às expectativas da sociedade.

Dessa forma, sendo este o entendimento atual do STF, de que o critério do art. 20, § 3º da LOAS é inconstitucional, tal problemática se estagna, todavia ainda fica o Congresso Nacional imbuído da prerrogativa de modificar esses critérios, tanto acolhendo o entendimento do STF e aumentando o patamar para 1/2 (meio) salário mínimo *per capita*, como até mesmo trazendo outros parâmetros legais não vislumbrados pelo Judiciário, já que uma das competências do Poder Legislativo é elaborar, modificar ou extinguir leis.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 outubro de 1988. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Decreto nº 6.214/2007** - Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em 12 abr. 2014.

_____. **Decreto nº 35.448/1954** - Expede o Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadoria e Pensões. Disponível em: < <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1954/35448.htm>>. Acesso em 13 fev. 2014.

_____. **Lei nº 6.179/1974** - Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6179.htm>. Acesso em 22 abr. 2014.

_____. **Lei nº 8.742/1993** – Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm>. Acesso em: 13 fev. 2014.

_____. **Lei nº. 9.533/97** - Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10219.htm>. Acesso em 26 abr. 2014.

_____. **Lei nº 10.219/2001** - Cria o Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à educação - "Bolsa Escola", e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10219.htm>. Acesso em 13 abr. 2014.

_____. **Lei nº 10.689/2003** - Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.689.htm>. Acesso em 13 abr. 2014.

_____. **Lei nº 10.741/2003** - Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 15 abr. 2014.

_____. **Lei nº 12.435/2011** - Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em 18 abr. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22615900/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso->

especial-agrg-no-aresp-227619-pr-2012-0187047-6-stj/inteiro-teor-22615901>. Acesso em 05 mai. 2014

_____. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 1.232 DF. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_1232_DF%20_27.08.1998.pdf?Signature=TmveToVqQ%2FDERkQX8LiE0ja%2Bik0%3D&Expires=1393279431&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf>. Acesso em 05 mai. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Agravo Regimental na Reclamação 2.303-6 RS. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RCL-AGR_2303_RS%20_13.05.2004.pdf?Signature=vu4YVu%2FqjySS0xId743%2F2DnOhVo%3D&Expires=1393280018&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf>. Acesso em 23 mai. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Reclamação 2.323-1 PR. Disponível em: <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RCL_2323_PR%20_07.04.2005.pdf?Signature=%2F73toExxsfm90yDyh%2BFIW3wQHeE%3D&Expires=1393280758&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf>. Acesso em 18 mai. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Reclamação 4.374 PE. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em 05 mai. 2014.

FACHIN, Odília. **Fundamentos de metodologia.** São Paulo: Saraiva, 2003

FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais. **Enunciado nº 50.** Disponível em: < http://www.ajufe.org.br/portal/images/stories/pdfs/Enunciados_Fonajef%20-%201%20a%20110.pdf>. Acesso em 24 mai. 2014.

GONÇALVES, Wilson José. **Monografia jurídica: técnicas e procedimentos de pesquisa com exercícios práticos.** São Paulo: Editora Pilares, 2009.

GOES, Hugo Medeiros de. **Manual de direito previdenciário.** Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário.** Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social.** São Paulo: Atlas, 2007.

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. **Considerações acerca do requisito da renda familiar per capita para concessão do benefício assistencial previsto no art. 20 da lei 8.742/93.** Jus Navigandi, 2010. Disponível em: < <http://jus.com.br/art.s/17861/consideracoes->

acerca-do-requisito-da-renda-familiar-per-capita-para-concessao-do-beneficio-assistencial-previsto-no-art-20-da-lei-no-8-742-97>. Acesso em 20 abr. 2014.

MDS – Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Benefícios assistenciais**. Disponível em: < <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais>>. Acesso em 16 abr. 2014.

PIERDONA, Zélia Luiza. **Assistência social**. Dicionário de direitos humanos, 2009. Disponível em: < <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Assist%C3%A2ncia+social>>. Acesso em 13 abr. 2014.

RAMOS, Elisa Maria Rudge. **A assistência social no Brasil**. Rede LFG, 2009. Disponível em:<http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090130165802896&mode=print>. Acesso em 14 abr. 2014.

SOUZA JÚNIOR. Cezar Pereira de. **Reserva do possível como limitador à efetivação dos direitos sociais**. 2013. Disponível em: < <http://www.editorajc.com.br/2013/03/reserva-do-possivel-como-limitador-a-efetivacao-dos-direitos-sociais/>>. Acesso em 19 abr. 2014.

TORRES, Fábio Camacho de Dell'Amore. **Seguridade social: conceito constitucional e aspectos gerais**. Conteúdo Jurídico, 2012. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/art.,seguridade-social-conceito-constitucional-e-aspectos-gerais,35786.html> >. Acesso em 14 abr. 2014.