



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - UFC
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TALIANA RODRIGUES VERAS

**O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E O
ATIVISMO JUDICIAL: A RELATIVIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE CONCESSÃO**

FORTALEZA

2013

TALIANA RODRIGUES VERAS

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E O
ATIVISMO JUDICIAL: A RELATIVIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE CONCESSÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Me. Fernanda Cláudia Araújo da Silva

FORTALEZA

2013

TALIANA RODRIGUES VERAS

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E O
ATIVISMO JUDICIAL: A RELATIVIZAÇÃO DOS REQUISITOS DE CONCESSÃO

Trabalho de conclusão de curso apresentado
à Coordenação do Curso de Direito da
Universidade Federal do Ceará como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Me. Fernanda Cláudia Araújo da Silva (orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Me. Francisco de Araújo Macêdo Filho
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Débora Bezerra de Menezes Serpa Maia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, que me concedeu a vida e à minha família, pela confiança depositada sempre e pelo amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é fruto de uma convergência de conhecimentos não apenas acadêmicos, mas também de um aprendizado de vida que só poderia ter sido viabilizado através de uma confluência de circunstâncias e pessoas que permearam minha existência. Agradecimentos devidos, portanto:

A Deus, por ser sempre o meu guia nos momentos mais difíceis e complicados da minha vida.

À minha orientadora, Professora Fernanda Cláudia, pela paciência e dedicação dispensadas na análise e retificação do material apresentado e pelas valiosas lições dadas neste percurso acadêmico.

Aos membros da banca examinadora, por terem aceitado meu convite e pela oportunidade de expor o trabalho a respeitáveis e notáveis conhecedores do Direito.

Aos meus pais e meu irmão, pelo apoio, amor, carinho, respeito e atenção nutridos durante toda minha existência.

Ao meu namorado, Víctor Augusto Lima de Paula, por toda a paciência e por sempre me encorajar a conquistar meus objetivos quando nem eu mesma achava que conseguiria. Muito obrigada pela companhia, carinho e fervoroso suporte e confiança depositadas nas minhas capacidades, enfim, por tudo. Você foi a melhor coisa que a Faculdade de Direito proporcionou-me.

Aos meus amigos Lizeiras, pela sempre bem vinda descontração e valorosa amizade. Vocês tornaram a minha jornada acadêmica muita mais leve, tranquila e feliz.

A tarefa não é tanto ver aquilo que ninguém viu, mas pensar o que ninguém ainda pensou sobre aquilo que todo mundo vê.

Arthur Schopenhauer

RESUMO

O benefício assistencial, criado pela Constituição Federal de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), é devido tanto ao indivíduo deficiente quanto ao idoso que não possuem condições de prover seu próprio sustento e vivem em situação de miséria. A LOAS traz os critérios para a concessão da prestação assistencial em estudo, quais sejam, a comprovação da deficiência, no caso do deficiente e idade de 65 (sessenta e cinco) anos, no caso do idoso. Nas duas situações, necessária se faz a comprovação do requisito econômico, qual seja, a comprovação da renda de um quarto de salário mínimo por cada membro da família. Contudo, este último quesito vem sendo relativizado pelos Tribunais Superiores e Tribunais de Segunda Instância, os quais estão considerando outros meios de prova para a comprovação da hipossuficiência econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Benefício Assistencial. Requisito da hipossuficiência econômica. Relativização do conceito de miserabilidade.

ABSTRACT

The assistential benefit, created by the Brazilian Federal Constitution of 1988 and regulated by the Organic Law of Social Security (LOAS), is given to disabled persons and elders that can't provide for their needs and that live in poverty. The LOAS brings criteria for granting the assistential benefit, which are: proof of disability, for the disabled; and the age of at least 65 years, for the elderly. In both situations, it's necessary to prove a economic requirement, the income of less than one quarter of minimum wage per family member. However, this requisite has been going through relativization by Superior Courts and Appeal Tribunals, which are considering other means of proof to prove economical inability.

KEYWORDS: Assistential benefit. Proof of Economical inability. Relativization of the concept of misery.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Direta de Constitucionalidade
AgR	Agravo Regimental
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DJu	Diário da Justiça da União
DOu	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
INSS	Instituto Nacional da Seguridade Social
JEF	Juizado Especial Federal
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
MS	Mandado de Segurança
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TNU	Turma Nacional de Uniformização

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	A SEGURIDADE SOCIAL.....	14
2.1	Evolução Histórica.....	14
2.2	A Seguridade Social na Constituição Federal do Brasil de 1988	17
2.2.1	Saúde	19
2.2.2	Assistência Social.....	20
2.2.3	Previdência Social	20
3	A ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	25
3.1	Aspectos gerais.....	25
3.2	O benefício assistencial devido à pessoa com deficiência e ao idoso (Benefício de prestação continuada - BPC - LOAS)	27
4	O JUIZ COMO AGENTE NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS- CONSTITUCIONAIS	33
4.1	Direitos sociais e o Estado Social	33
4.2	O ativismo judicial	36
5	O ATIVISMO JUDICIAL NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA LOAS	42
5.1	A repercussão no Poder Judiciário como um todo.....	42
5.2	O ativismo judicial na 2ª Turma Recursal da Justiça Federal – Seção Ceará 46	
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	54
	REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

A assistência social, em seus primórdios, foi representada por meio de ações de filantropia, solidariedade e caridade, tendo a Igreja Católica Apostólica Romana como principal atuante. À época, a figura estatal não se ocupava em auxiliar os necessitados.

Até o período da Idade Moderna, não havia uma forma de proteção estatal eficaz e efetiva aos trabalhadores e aos desamparados. Apenas algumas medidas eram tomadas em relação às pessoas que não podiam exercer nenhuma atividade laborativa, nem sustentar-se.

Afirmam João Batista Lazzari e Carlos Alberto Pereira de Castro (2013, p. 6) que:

Na Idade Moderna havia um fosso imenso separando a classe operária da classe detentora dos meios de produção. E o Estado Moderno, dentro da concepção liberal, limitava-se a assistir, inerte, às relações entre particulares, sem estabelecer normas de limitação à autonomia pessoal. Desse modo, a proteção ao trabalhador, até então voluntariamente feita por aqueles que se preocupavam com a dignidade humana, muitas vezes só existia sob a forma de caridade.

Não obstante isso, a intervenção estatal, no período do liberalismo econômico, limitava-se a prestar benefícios assistenciais, ou seja, oferecia pensões pecuniárias e abrigo aos financeiramente carentes.

Contudo, as mudanças ocasionadas pelas guerras mundiais, bem como pelas posteriores crises econômicas (como o *crash* da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929), aumentaram a ânsia social por respostas mais efetivas em face da miséria e das mazelas as quais a população estava enfrentando.

Assim, tem-se início uma efetiva intervenção estatal no que concerne à proteção social e laboral, bem como a noção de solidariedade de responsabilidade de todos com relação à assistência aos necessitados.

Ainda segundo Lazzari e Castro (2013, p. 11):

(...) o intervencionismo estatal toma as feições definitivas no período que vai da quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, ao período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial. Nesse período, surgem teorias econômicas aliadas a políticas estatais (como o New Deal norte-

americano) que servirão de norte a profundas mudanças no molde estatal contemporâneo. É nesse interregno que se irá cunhar de forma indelével, a expressão do Estado de Bem- Estar Social (Welfare State).

Passava-se entender que a proteção social é dever da sociedade como um todo, apresentando o caráter de solidariedade até hoje presente, pelo qual todos contribuem para que os necessitados de amparo possam tê-lo.

A partir daí, passa-se a ver a proteção social como um direito social, de encargo do Estado, o qual deve organizar, gerenciar e manter, juntamente com toda a sociedade, o sistema de amparo aos trabalhadores e aos que, por deficiência física ou mental ou pela idade ou mesmo pela condição social que se encontram, não possam prover seu próprio sustento. Nasce, então, a efetiva ideia de seguridade social.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a seguridade social começou a apresentar-se como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, com o intuito de garantir os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

A assistência social, assunto primordial de estudo deste trabalho, é representada por prestações de caráter pecuniário e serviços, não possuindo este último caráter pecuniário (TAVARES, 2007, p. 15).

Contudo, em que pese ao direcionamento constitucional no Brasil, empecilhos se fazem presentes na efetivação de direitos sociais relacionados à seguridade social, em especial à assistência social. Tais barreiras são relacionadas, muitas vezes, a uma suposta ausência de recursos, a gestões ineficientes e até mesmo pela frágil legislação infraconstitucional e infralegal.

Quando até mesmo as leis geram um quadro de ineficiência, afastando-se dos ditames constitucionais, surge um novo ator na busca de efetivar tais comandos: o juiz.

É por meio da atuação criativa e até mesmo ousada do Poder Judiciário que muitos direitos sociais no Brasil vêm sendo efetivados.

Conforme aduz Marcelo Leonardo Tavares (2007, p. 17):

A interpretação de normas legais em matéria envolvendo direitos fundamentais deve levar em consideração o conceito-chave do mínimo existencial que, no caso da prestação objeto de estudo, está apoiado: 1) na impossibilidade do exercício laboral; e 2) na impossibilidade do sustento próprio.

Esses dois conceitos proporcionam ao juiz a possibilidade de realizar uma interpretação que desenvolva o direito de acordo com o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, este trabalho tem como escopo analisar a assistência social e os elementos legais utilizados como supedâneo para a concessão do benefício assistencial ao deficiente e ao idoso, bem como a relativização destes requisitos no âmbito judicial e também interpretação de certos dispositivos legais, como o Estatuto do Idoso, tendo em vista a postura ativa dos juízes ao avaliar a situação no caso concreto.

Inicialmente, no primeiro capítulo, será feita uma explanação acerca do histórico e da evolução da seguridade social no mundo, bem como no Brasil, em especial sua ascensão na Magna Carta de 1988.

Em pó, no segundo capítulo, será feita uma análise específica da assistência social no Brasil, com estudo da legislação constitucional e também uma avaliação dos parâmetros legais para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, levando-se em consideração os direitos fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

Em um terceiro momento, será abordado o ativismo judicial, onde será demonstrada como a atuação garantista dos juízes tem otimizado a aplicação dos princípios constitucionais nos casos concretos.

Ademais, serão expostos os entendimentos apresentados pelos Tribunais Superiores acerca dos requisitos para a concessão do benefício assistencial e a flexibilização destes, principalmente os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, serão apresentados os casos concretos provenientes das turmas recursais da Justiça Federal da Seção Judiciária do Ceará, onde se visualizam a precedentes de suma importância para os objetivos da pesquisa.

2 A SEGURIDADE SOCIAL

2.1 Evolução Histórica

Desde os primórdios das sociedades, a seguridade social encontra-se presente, baseando-se na solidariedade e no assistencialismo entre os componentes que participavam dos distintos seguimentos sociais, com o intuito de preservar as necessidades de cada pessoa (DIAS; MACÊDO, 2010, p.65), sendo mais visto como atos de altruísmo feitos pelas instituições religiosas, sem existir a participação do Estado.

Na Idade Média, destacam-se as instituições mutualistas, as quais “se tratava de uma forma de proteção em que ‘um grupo de pessoas promete ajudar-se mutuamente em qualquer eventualidade futura’”, não havendo participação estatal (DIAS; MACÊDO, 2010, p. 68).

Ainda, em 1601, foi criada a Lei dos Pobres (a *Poor Law Act* ou *Act of the Relief of the Poor*), na Inglaterra, no reinado da Rainha Isabel I, sendo considerada por muitos doutrinadores como o início da política assistencialista no mundo. Ela determinava, segundo André Studart Leitão e Flávia Cristina Moura de Andrade (2012, p. 20):

(...) uma contribuição obrigatória, arrecadada pela sociedade e administrada pela Igreja (por meio de suas paróquias), que teria como propósito a manutenção de um sistema protetivo em favor dos necessitados e das pessoas carentes, especialmente crianças, velhos, inválidos e desempregados. Esta lei é definida pela doutrina como o marco inicial da assistência social no mundo, posto que esta tem exatamente esse papel, ou seja, atender as pessoas necessitadas que não tem como providenciar o próprio sustento.

É em meados do século XIX que começam a ser implementadas as primeiras medidas de proteção à sociedade e aos trabalhadores, quais sejam, as indenizações e seguro social, sendo consequência da Revolução Industrial e das diversas modificações que dela resultaram (DIAS; MACÊDO, 2010, p. 66).

A partir daí, surgiu a necessidade de uma intervenção estatal na chamada “questão social”, conforme Francieli Piva Borsato e outros (2005, p. 5):

As políticas de proteção social só começam a ser realizadas a partir do final do século XIX, quando se começa a discutir o papel do estado frente a “questão social”, especialmente frente a mobilização dos trabalhadores. Essas medidas de proteção social tinham caráter reativo frente aos movimentos sociais. Antes disso, a “questão social” era tratada como natural, e as formas de intervenção sobre a mesma eram basicamente pela caridade efetuada pela Igreja.

Desta forma, por volta da década de 40, após o término da Segunda Guerra Mundial, há uma busca maior pela garantia dos mínimos direitos sociais, efeito este ocasionado pelo fortalecimento do Estado de Bem-Estar Social, onde o governo deveria garantir a todos os cidadãos o direito ao mínimo necessário para a sobrevivência. É nessa época que são implementadas pelos Estados Europeus diversas políticas de proteção social, com o escopo de diminuir os efeitos ocasionados pelas batalhas, tais como desemprego, pobreza e inúmeras moléstias (BORSATO et al, 2005).

Com esta intervenção estatal, a Seguridade Social começou a manifestar-se como o conjunto que engloba a saúde, a previdência social e a assistência social, entendimento este que seriam reproduzidos nas Constituições da Era Moderna. (ANDRADE; LEITÃO, 2012, p. 19).

No Brasil, o surgimento da seguridade teve início em 1543, com a criação de uma espécie de pensão para os indivíduos que laboravam na Santa Casa de Santos.

Posteriormente, em 1835, foi criado o Montepio Geral da Economia dos Servidores do Estado, uma instituição privada de previdência, sem intervenção do Estado, onde cada participante contribuía com uma parcela dos encargos, visando à possibilidade de fruição de benefícios futuros (ANDRADE; LEITÃO, 2012, p. 21). Nas palavras de Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo (2010, p. 70) “trata-se do antecessor dos modernos fundos de pensão”.

A Constituição brasileira de 1891 assegurou o direito aos funcionários públicos do benefício da aposentadoria por invalidez, ocasionada pelo serviço. Ressalta-se que foi a primeira vez que o vocábulo “aposentadoria” aparecia em uma Carta Magna brasileira (IBRAHIM, 2011, p. 55).

Foi em meados do século XX que a República Federativa brasileira passou a legislar efetivamente acerca da seguridade social. O principal marco foi a promulgação da Lei Eloy Chaves, em 1923, a qual concedia aos ferroviários as chamadas caixas de aposentadoria e pensões.

Quem gerenciava e administrava as caixas eram os próprios trabalhadores, cabendo ao Estado apenas a instituição e a manutenção, conforme determinava a legislação (IBRAHIM, 2011, p. 55).

Tais benefícios foram posteriormente conferidos aos trabalhadores portuários e marítimos, bem como aos que trabalhavam nas empresas de telégrafos e radiotelégrafos, por meio do Decreto Legislativo nº 5.109, de 1926, e Lei nº 5.485, de 1928, respectivamente.

Na década de 30, com o surgimento do Ministério do Trabalho, durante o período de governo de Getúlio Vargas, ocorrem mudanças na seara previdenciária brasileira. As caixas de aposentadoria e pensão são substituídas por inúmeros institutos, sendo divididos por categoria profissional. Cita-se como exemplo IAPI (Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriais) e o IAPM (Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marítimos).

A criação desses institutos estendeu a intervenção estatal na organização da proteção previdenciária, visto que tais institutos possuíam a natureza autárquica e encontravam-se ligados diretamente à União, especificamente ao Ministério do Trabalho (IBRAHIM, 2011, p. 57).

Conforme aduzem Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macêdo (2011, p. 70):

Tais institutos, diferentes das antigas caixas, subordinam-se ao estado, tendo natureza de autarquia, revelando, ao lado da intenção de um maior e mais eficiente controle estatal, o interesse do Poder Público de gerir os recursos oriundos das contribuições cobradas.

Já a Constituição de 1934 estabeleceu a tríplice forma de custeio previdenciário, composta pelas contribuições estatais, patronais e dos empregados, demonstrando, assim, a busca pelo equilíbrio financeiro.

Outro importante momento da evolução da seguridade social no Brasil que deve ser citado é a consolidação da Legislação Previdenciária, que ocorreu em 1960, por meio da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei nº 3.807/1960.

A unificação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão ocorreu em 1966, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

A Constituição Federal Brasil de 1988 foi a primeira a estabelecer e a utilizar a expressão Seguridade Social, tendo área de atuação na Saúde, Previdência e Assistência Social. Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 25), “é a marca evidente do Estado de bem-estar social, criado pelo Constituinte de 1988”.

Ainda, em 1990, foi criado o Instituto Nacional da Seguridade Social, resultado da unificação do INPS e do IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social), ficando vinculado ao atual Ministério Previdência Social.

Ademais, em 1991, entraram em vigor as leis básicas da previdência ainda em vigor nos dias atuais, quais sejam, a Lei nº 8.212, que trata do plano de custeio e da organização da seguridade social e a Lei nº 8.213, que dispõe acerca dos benefícios previdenciários em espécie. E, em 1993, é promulgada a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei nº 8.742.

2.2 A Seguridade Social na Constituição Federal do Brasil de 1988

O Art. 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, lista a seguridade social como um direito social, considerando a saúde, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados como “direitos prestacionais sociais de índole positiva no rol dos direitos fundamentais” (TAVARES, 2007, p. 1).

O conceito de seguridade social encontra-se estampado no Art. 194, da Constituição Federal de 1988, sendo definida como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar o direito à saúde, à previdência e à assistência social”.

A partir deste conceito, pode-se concluir que o direito da seguridade visa à proteção e ao respeito aos direitos sociais constitucionalmente definidos. Nas palavras de Marcelo Leonardo Tavares (2007, p. 1):

(...) o direito à seguridade destina-se a garantir, precipuamente, o mínimo de condição social necessária a uma vida digna, atendendo ao fundamento da República contido no art. 1º, III, da CRFB/88.

As áreas da saúde, assistência social e previdência social foram escolhidas para compor a seguridade social, em virtude da ligação existente entre elas.

São palavras de Ivan Kertzman (2012, p. 31):

Se investirmos na saúde pública, menos pessoas ficam doente ou o tempo de cura é menor, e, como consequência direta, menos pessoas requerem benefício previdenciários por incapacidade de trabalho ou o tempo de percepção de tais benefícios é menos. Se investirmos na previdência social, mais pessoas estarão incluídas no sistema, de forma que ao envelhecerem, terão direito à aposentadoria, não necessitando de assistência social.

Seus objetivos vêm estabelecidos no Art. 194, § único, da Carta Magna do Brasil, expressos na forma de princípios, quais sejam, a universalidade da cobertura e do atendimento, a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, irredutibilidade do valor dos benefícios e equidade na forma de participação no custeio, diversidade na base de financiamento e o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Apenas a previdência social possui natureza contributiva, sendo os serviços de saúde e a assistência social prestados sem a necessidade de contribuição dos beneficiários.

2.2.1 Saúde

De acordo com o que dispõe o Art. 196, da Constituição Federal de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser garantida por meio de políticas sociais e econômicas, com o intuito de reduzir o risco de doenças e de outros agravos, bem como disponibilizar a todos o acesso igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O Poder Público deve regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde pública, podendo tais atos serem executados diretamente por ele, Estado, ou por terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado.

Entretanto, não se pode confundir a exploração da saúde privada com a prestação do serviço de saúde pública por entidades privadas.

Aduz Tavares (2007, p. 13) que:

A primeira é livre aos profissionais habilitados profissionalmente (art.199), cobrando o preço que entenderem justo na prestação de seus serviços.

A saúde pública é dever do poder público, que pode conveniar-se com entes de natureza privada para prestá-la. De qualquer forma, será gratuita para os pacientes, devendo o Estado remunerar as entidades pelo serviço.

Assim, o acesso à saúde pública é irrestrito e gratuito, devendo o serviço ser prestado independentemente de contribuição do usuário e da renda do paciente.

O SUS (Sistema Único de Saúde), órgão vinculado ao Ministério da Saúde, é o responsável por administrar a saúde. É financiado com recursos do orçamento da seguridade social de cada ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e os Municípios). É o que dispõe o Art. 195, da Constituição Federal de 1988.

As ações e serviços públicos de saúde, na forma do Art. 195, da CF88, integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, devendo seguir as seguintes diretrizes para a sua organização, quais sejam, descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

2.2.2 Assistência Social

A assistência social, de acordo com o Art. 203, da CRFB, é uma política social, que possui como escopo prestar proteção à família, maternidade, infância, adolescência, velhice e aos deficientes físicos, não dependendo de contribuição do usuário à seguridade social.

Tavares (2007, p. 15) conceitua a assistência social como sendo:

(...) um plano de prestações sociais mínimas e gratuitas a cargo do Estado para prover pessoas necessitadas de condições dignas de vida. É um direito social fundamental e, para o Estado, um dever a ser realizado através de ações diversas que visem atender às necessidades básicas do indivíduo, em situações críticas de existência humana, tais como a maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas.

Além da proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, a assistência possui como objetivos o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, de acordo com o disposto na lei.

Percebe-se, assim, que os objetivos da assistência podem ser representados tanto por meio de serviços prestados como por benefícios concedidos, sempre direcionados aos indivíduos que não possuem condições financeiras para suprir seu sustento, não sendo exigido nenhum tipo de contribuição ao sistema da seguridade social.

2.2.3 Previdência Social

O sistema de previdência social no Brasil deverá ser organizado sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, devendo atender, na forma da lei, as seguintes orientações: cobertura dos eventos de doença, invalidez,

morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Para atender tal demanda, foram estabelecidos pela Lei nº 8.213/91 os benefícios de aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, salário-maternidade, salário-família, auxílio-doença, auxílio-acidente, pensão por morte, auxílio-reclusão.

As prestações previdenciárias podem ter um caráter programado, como as aposentadorias por idade e por contribuição, que buscam amenizar o risco de idade avançada, ou não programado, como o auxílio-acidente.

Para Kertzman (2012, p. 38), a previdência social tem como objetivo “a cobertura dos riscos sociais”. Tais riscos, segundo o doutrinador, “são os infortúnios que causam perda da capacidade para o trabalho e, conseqüentemente, para a manutenção do sustento”.

No Brasil, há três regimes de previdência, quais sejam: o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) e o Regime de Previdência Complementar.

Tavares (2007, p. 24) conceitua o Regime Geral de Previdência Social como sendo um:

(...) seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa a cobrir os seguintes riscos sociais: incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, morte e reclusão. (...) A previdência é direito social de fruição universal para os que contribuam para o sistema. Ocorrendo um risco social – “sinistro” (que afasta o trabalhador da atividade laboral), caberá à previdência a manutenção do segurado ou da sua família.

Assim, para este regime, é necessário que o beneficiário contribua para a manutenção de suas ações, com o intuito de obter o direito subjetivo à proteção previdenciária.

De acordo com Dias e Macêdo (2011, p. 37):

Nesta área de atuação da seguridade social, não basta a existência da necessidade social advinda da contingência social legalmente prevista. Existe a limitação subjetiva dos protegidos. Somente aqueles que estiverem previamente filiados e, portanto, ostentarem a qualidade de contribuintes do sistema, terão direito à proteção previdenciária.

Este regime é administrado pelo INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social), sendo a Receita Federal do Brasil o órgão responsável pela fiscalização e normatização das contribuições (KERTZMAN, 2012, p. 40).

Já os Regimes Próprios de Previdência são compostos pelos servidores públicos da União, dos Estados e dos Municípios. Somente serão submetidos a este regime os servidores detentores de cargo público efetivo, aplicando-se aos empregados públicos, os ocupantes de cargo comissionados e contratados temporários o Regime Geral da Previdência Social.

O Regime de Previdência Complementar pode ser dividido em Regime de Previdência Complementar dos Servidores Públicos e Regime de Previdência Privada Complementar.

O primeiro tem previsão no Art. 40, §§ 14 a 16, da CRFB de 1988, estabelecendo que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime próprio de previdência, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social (RGPS). A Lei nº 12.816, sancionada em 2012, instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federal titulares de cargo efetivo.

Já o Regime de Previdência Privada Complementar possui tratamento constitucional no Art. 202, da CRFB e é regulado pelas Leis Complementares 108 e 109, ambas de 2001. Pode ser conceituada como sendo um regime “operado por entidades de previdência complementar, que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário (Art. 2º da LC 109/01). Tal regra permite inferir que a entidade poderá estabelecer em seu Estatuto o desenvolvimento de outras atividades, desde que não principais e direta ou indiretamente vantajosas para os participantes.” (IBRAHIM, 2011, p. 757).

Assim, a Previdência Privada Complementar possui como escopo instituir e coordenar planos de benefício com caráter previdenciário, sendo concedidos sob a forma de renda continuada ou pagamento único. (IBRAHIM, 2011, p. 761).

Tal Regime de Previdência é facultativo (não compulsório, como no caso do Regime Geral da Previdência Social), possuindo a natureza de contrato, e autônomo, sendo organizado pela iniciativa privada.

O Estado exerce as funções de formular a política de previdência complementar; disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro; determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades; assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios; fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios. É o que determina o Art. 3º e seus incisos, da LC 109/01.

Existem duas categorias deste Regime de Previdência, quais sejam, o Regime de Previdência Complementar Aberto e o Regime de Previdência Complementar Fechado.

O primeiro caracteriza-se por ser instituído na forma de sociedade anônima e é acessível a qualquer pessoa física, não tendo relação com profissão ou idade. O órgão fiscalizador destas entidades é a Superintendência de Seguros Privados, subordinada ao Ministério da Fazenda.

Já o Regime de Previdência Complementar Fechada possui restrições quanto à sua acessibilidade, sendo reservada apenas a grupos fechados, como aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), ou também aos associados ou membros de uma entidade de classe ou sindicato.

As instituições fechadas são constituídas sob a forma de fundação ou uma associação civil, visto que não possui como intento o lucro. Este é uma das principais distinções entre a previdência complementar aberta e fechada.

Ressalta-se que, apesar de o Poder Público não possuir nenhuma responsabilidade quanto ao custeio da previdência complementar, terá o encargo de manter o equilíbrio financeiro e atuarial dos planos de benefícios disponibilizados pelas entidades de previdência complementar.

Nas palavras de Maria Peronita Souza Borges (2011):

Mesmo sendo setor privado, autônomo existe a necessidade do Estado como regulador, fiscalizador e controlador tanto nas entidades fechadas quanto nas entidades abertas de previdência complementar, no que diz respeito ao equilíbrio financeiro e atuarial, transparência na gestão dos recursos e proteção ao participante, como também a verificação da atuação das entidades de previdência complementar sem desvirtuamento da natureza de sua atividade.

3 A ASSISTÊNCIA SOCIAL

3.1 Aspectos gerais

A assistência social é regulamentada pela Lei nº 8.742/93, mais conhecida como LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social). O seu Art. 1º traz a conceituação da assistência social como sendo uma “Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”.

A Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu Art. 203, *caput*, que a assistência social será prestada a qualquer indivíduo que dela necessitar, pessoas que não possuem meios de prover sua subsistência.

É prestado de forma gratuita, não sendo necessário que o beneficiário contribua para obter a prestação social. É tida como uma atividade complementar à previdência social.

Assim, os objetivos expressos na Carta Magna, quais sejam, a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, a assistência possui como objetivos o amparo às crianças e adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família são uma forma de abranger uma área da seguridade social não amparada pela previdência social: aqueles que não podem custear a proteção previdenciária.

É regida pelos seguintes princípios: supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; 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; igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; e divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Aduz Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 13):

O segmento assistencial da seguridade tem como propósito nuclear preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta, como se verá, não é extensível a todo e qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem para o sistema, além de seus dependentes.

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

A regularização legal e constitucional da assistência social foi consequência da conscientização da mesma não como um ato de filantropia, mas como um direito social, um direito do cidadão, conforme a Carta Magna assim a define.

Os recursos empregados nos programas e ações da assistência advêm, principalmente, do orçamento da seguridade social, devendo ser estruturadas com base na descentralização político-administrativa, cabendo as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social e na participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Além da prestação pecuniária, as ações da assistência social também são exteriorizadas pelos serviços socioassistenciais, definidos como sendo as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes determinadas na Lei nº 8.742 (Art. 23, da LOAS).

Tais serviços são regulamentados pela Lei nº 11.258/05, a qual estabeleceu programas de amparo às crianças e aos adolescentes que se encontram em

situação de risco, tanto pessoal quanto social, e aos indivíduos que vivem nas ruas (IBRAHIM, 2011, p. 16).

3.2 O benefício assistencial devido à pessoa com deficiência e ao idoso (Benefício de prestação continuada - BPC - LOAS)

O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) tem previsão constitucional no Art. 203, inciso V. É a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de sustentar-se ou de ter provida a sua subsistência por sua família, conforme dispuser a lei. É a prestação assistencial mais tradicional (Ibrahim, 2011, p.16).

Apesar de sua concessão e gerenciamento ser de responsabilidade do INSS, o mesmo não pode ser considerado um benefício previdenciário.

Preleciona Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 16):

Não é benefício previdenciário devido a sua lógica de funcionamento: não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessitado. Veio substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial. (...)

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.

O benefício assistencial de prestação continuada é regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei nº8.742/93), a qual já sofreu diversas modificações pela Lei nº 12.435/211 e pela Lei nº 12.470/11.

A prestação pecuniária é garantida à pessoa portadora de deficiência física, mental ou sensorial que ocasione incapacidade de longo prazo e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a própria subsistência, nem por nenhum outro membro de sua família.

Conforme aduz Wederson Rufino dos Santos (2009, p. 91):

O Benefício de Prestação Continuada foi criado com um duplo objetivo: combater à pobreza e, ao mesmo tempo, proteger socialmente uma parcela vulnerável da população, a de idosos e pessoas deficientes. Na medida em que a Constituição Federal de 1988 reconheceu a deficiência como uma das expressões de desigualdade social, a Lei Orgânica da Assistência Social reconheceu a pobreza como uma das experiências da privação social que deverá ser enfrentada por meio de ações públicas.

Já ocorreram algumas alterações quanto à idade para a concessão do benefício assistencial ao idoso.

Vejamos (IBRAHIM, 2011, p. 18):

- De 01 de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997: a idade mínima para a concessão do benefício era de 70 (setenta) anos (vigência da redação original do art. 38 da Lei nº 8.742/93);
- De 01 de janeiro de 1998 a 31 de dezembro de 2003: a idade mínima para o idoso passou a ser 67 (sessenta e sete) anos, em virtude da Lei nº 9.720/98;
- De 01 de janeiro de 2004 até os dias atuais: a idade mínima para concessão do benefício ao idoso passou a ser 65 (sessenta e cinco) anos, por força do art. 34 c/c 118, da Lei nº 10.741/03.

O conceito de pessoa com deficiência, por sua vez, também passou por mudanças legais nos últimos tempos. Na redação original do Art. 20, § 2º da Lei nº 8.742/93, deficiente era aquele que se encontrava incapacitado para a vida independente e para o trabalho, em razão de doenças ou lesões irreversíveis, podendo ser de natureza hereditária, congênita ou adquirida. (KERTZMAN, 2012, p. 464).

Em 2011, ocorreu a publicação da Lei nº 12.435, posteriormente modificada pela Lei nº 12.470, também de 2011, a qual passou a considerar como deficiente o indivíduo com impedimento de longo prazo, ou seja, que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. Tais impedimentos podem ter natureza física, intelectual ou sensorial, as quais impedem a participação plena e efetiva da pessoa na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas. É o que se extrai da nova redação do Art. 20, §§ 2º e 10º, da Lei nº 8742/93.

Ademais, em 2006, foi publicada a Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, a qual

estabelecia que, para os efeitos do Art. 20, §2º, da Lei nº 8.742/93, a incapacidade para a vida independente não é só aquela que o impossibilita de exercer as atividades mais elementares da pessoa, mas também a que impede de prover a sua própria subsistência.

Desta forma, esta nova concepção da pessoa com deficiência deixou de exigir que, para a concessão do benefício, deveria o requerente comprovar a incapacidade tanto para o trabalho como a vida independente.

Nas palavras de Kertzman (2012, p. 464):

(...) A análise literal do texto legal anterior à alteração promovida pela Lei nº 12.470/2011 leva à conclusão de que não era suficiente para a caracterização da deficiência, a incapacidade para o trabalho, sendo, ainda, necessária a incapacidade para a vida independente.

Ao que parece, a redação do §2º, do art. 20, da Lei 8.742/93, promovida pela Lei 11.470/2011, corrige a distorção que existia entre a redação da LOAS e a jurisprudência consolidada, ao excluir a exigência da incapacidade para a vida independente para que o segurado seja considerado deficiente.

Outrossim, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) editou também a Súmula 48, que preleciona: “a incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.”

Além disso, para a concessão do benefício, necessária se faz a realização de uma avaliação médica, popularmente conhecida como perícia médica e de uma avaliação social, que devem, respectivamente, ser feitas por médicos peritos e por assistentes sociais do próprio Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, na forma do Art. 20, § 6º, da Lei nº 8.742/93.

Ressalta-se que apenas os brasileiros natos, inclusive o indígena, não protegidos por nenhum sistema previdenciário e os estrangeiros naturalizados, desde que possua domicílio no Brasil e não esteja amparado por nenhum sistema previdenciário estrangeiro, podem ser beneficiários do benefício de prestação continuada.

A hipossuficiência econômica deverá ser demonstrada tanto no caso da concessão para o beneficiário deficiente quanto idoso.

Conforme o § 3º, do Art. 20, da Lei nº 8.742/93, considera-se incapaz de prover o deficiente ou idoso a família cuja renda bruta mensal, correspondente à soma de todos os integrantes definidos por lei, por pessoa for equivalente ou inferior um quarto do salário mínimo.

A definição de família sofreu diversas alterações ao longo dos tempos. Na redação original da lei, entendia-se como família aquele grupo de pessoas dispostas no Art. 16 da nº Lei 8.213/91, desde que vivessem sob o mesmo teto: o requerente, o cônjuge, o companheiro, a companheira, o filho não emancipado (o enteado e o menor tutelado era equiparados a filho, sendo necessária a comprovação de dependência econômica e desde que não possuíssem bens suficientes para o próprio sustento e educação), de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido (DIAS; MACÊDO, 2011, p. 346)

Contudo, a Lei nº 11.435/2011 modificou tal conceito, sendo atualmente considerada família, para fins de concessão do benefício assistencial, aquela composta pelo solicitante, o cônjuge ou o 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. É o que preleciona o Art. 20, § 1º, da Lei nº 8.742/93.

A prestação pecuniária pode ser concedida a mais de um membro da mesma família, ficando condicionada à comprovação de todos os requisitos exigidos.

Em regra, no caso do requerente deficiente, o valor recebido a título de benefício assistencial por qualquer outro membro do grupo familiar irá integrar o cálculo para a aferição da renda per capita deste conjunto.

Já no caso do idoso, o benefício concedido a qualquer outro componente não será contabilizado no cômputo da renda per capita do grupo familiar. Isso se deve ao tratamento imposto pelo Art. 34, § único, da Lei nº 10.741/03, o Estatuto do Idoso, *verbis*:

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

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

Antes da disposição do sobredito diploma legal, o valor referente ao recebimento do benefício da LOAS não era afastado da contabilidade da renda familiar, para a comprovação da hipossuficiência.

Contudo, há divergências quanto a essa flexibilização dada somente aos idosos.

Aduz Kertzman (2012, p. 18):

Esta nova redação gerou enorme problema na análise de concessão de benefícios assistenciais. Como o texto excluiu apenas o benefício do idoso da média da renda familiar, caso, em uma família, já exista um componente que recebe um benefício da LOAS, por ser deficiente, este rendimento comporá a renda familiar, impedindo nova concessão assistencial.

(...)

Os legisladores, motivados pela salutar intenção de favorecer os tão sofridos idosos do país, acabaram por criar uma verdadeira aberração legal. Note que o rendimento de uma aposentadoria ou de uma pensão previdenciária, benefícios concedidos em função de contribuição dos segurados, durante vários anos, entram na média do cálculo da renda familiar, enquanto o benefício da LOAS concedido aos idosos que nunca contribuiu um mês sequer, não compõe a soma.

O INSS, autarquia pública federal, regida pelos preceitos constitucionais como a legalidade, tem indeferido inúmeros benefícios, em virtude das discrepâncias criadas pela lei, o que faz com que alguns segurados solicitem a cessação do seu benefício de aposentadoria ou de pensão, em detrimento do recebimento de dois benefícios assistenciais.

O Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de julgamento do dia 18 de abril de 2013, ao julgar dois Recursos Extraordinários (RE 567985 e RE 580963), ambos com repercussão geral e uma Reclamação, decidiu, por maioria de seis

votos, pela ilegalidade da limitação imposta no texto do Art. 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social, determinado, assim, que outros critérios podem ser levados em consideração para a aferição da miserabilidade do requerente. Ainda, declarou a inconstitucionalidade incidental do Art. 34, § único, do Estatuto Idoso¹.

A Corte considerou que os dispositivos legais acima referidos criavam situações de desigualdade entre os indivíduos em situações semelhantes que pleiteavam o benefício assistencial, devendo, portanto, a aplicação dos mesmos ser mitigada, sendo necessária a análise do caso concreto para que seja apurada a miserabilidade do solicitante.

Vale ressaltar que, inicialmente (ADI 1.232/98), o STF vinha entendendo que não era possível a concessão do benefício assistencial à pessoa carente quando a renda não correspondesse a um quarto do salário mínimo por pessoa. Contudo, nos últimos anos, o excelso Tribunal vinha modificando seu posicionamento, aceitando a possibilidade de flexibilização do conceito de miserabilidade disposto na LOAS.

Posteriormente, o tema da flexibilização dos requisitos para a concessão do benefício será aprofundado.

Destaca-se que o benefício deve ser revisto a cada dois anos, para que seja avaliada a existência ou não dos requisitos que ensejaram a concessão do mesmo.

A cessação da prestação pecuniária ocorrerá nos casos de: superação das condições que lhe deram origem, após transcurso do prazo para recurso sem interposição ou após o julgamento final do recurso interposto com decisão desfavorável ao beneficiário; morte do beneficiário; morte presumida do beneficiário, declarada em juízo; ausência declarada do beneficiário; falta de comparecimento do beneficiário portador de deficiência ao exame médico pericial, por ocasião de revisão de benefício de revisão de benefício; falta de declaração de composição do grupo e renda familiar, em virtude de revisão (IBRAHIM, 2011, p. 19).

¹ Notícia veiculada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em 19/04/2013.

4 O JUIZ COMO AGENTE NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS-CONSTITUCIONAIS

A ideia de ativismo judicial é permeada por uma atitude ativa do Poder Judiciário em face do ordenamento jurídico. O julgador, com efeito, nessa condição de agente transformador e efetivador de comandos constitucionais, aproxima-se das necessidades sociais, deixa-se permear pelos anseios de uma sociedade cujos direitos fundamentais parecem interditados pela ineficiência do Estado.

Essa constatação se fez presente, também, no discurso de posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal do Ministro Joaquim Barbosa, que informou que “pertence ao passado a figura do juiz que se mantém distante, indiferente aos valores fundamentais e aos anseios da sociedade na qual está inserido”².

O desenvolvimento dessa postura é intimamente ligado ao surgimento de um paradigma estatal social e à proliferação de direitos sociais e econômicos, chamados de direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão.

4.1 Direitos sociais e o Estado Social

O contexto do crescimento de uma atitude positiva por parte do Poder Judiciário no Brasil tem como início a promulgação da Constituição Federal de 1988, que já impressiona pelo seu tamanho, sendo uma das mais longas do mundo, e sendo possuidora de um intenso teor social, programático e dirigente. Neste aspecto, mesmo que não seja dirigida a um marxismo futuro, é dirigente no sentido de guiar a atuação governamental (MACEDO, 1995, p. 135-136).

Com efeito, é um documento constitucional munido de um extenso leque de garantias e direitos fundamentais não apenas individuais, mas também coletivos, sociais e difusos.

Sobre os direitos sociais, é o teor do seu Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a

² Notícia veiculada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesClipping.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=224615>. Acesso em 14/04/2013.

previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”, conforme alteração mais recente em 2010, pela Emenda Constitucional nº 64, que introduz a alimentação como direito social.

Tais prestações sociais, ainda, têm amplo suporte nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (Art. 3º, I), a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais (Art. 3º, III), bem como a promoção do bem de todos (Art. 3º, IV).

Esses direitos integram, em maioria, o que se convencionou chamar direitos de segunda geração ou dimensão, aqueles que, diferente do que se chama de direitos de primeira geração, não têm caráter negativo (liberdades negativas: direito de liberdade, direito à vida, direito de propriedade etc.), em outras palavras:

(...) têm caráter positivo, uma vez que suas previsões exigem uma ação do Estado, ou seja, os direitos de segunda geração são respeitados na medida em que o Estado age, atua, pratica ações voltadas a propiciar igualdade entre os indivíduos. (DIAS, 2007, p. 290).

Ou seja, não basta que o Estado mantenha-se inerte, respeitando e não intervindo nas vidas e liberdades dos indivíduos para que tais direitos se concretizem. É necessária uma verdadeira atuação positiva, uma real prestação que busque reduzir as desigualdades sociais.

São direitos cuja importância emerge acentuadamente no início do século XIX, visualizado o crescimento da industrialização, e que se firmam no século XX, com o fortalecimento do *welfare state*. Um traço característico é o interesse de acentuar o princípio da igualdade entre os indivíduos. (DIAS, 2007, p. 290-291)

Isso parece ser perfeitamente cabível quando se trata da redução da marginalidade e da assistência aos desamparados, considerando a busca de se construir uma sociedade solidária, nos termos dos objetivos fundamentais da República brasileira.

Com efeito, o erguimento de grandes programas, a realização de várias promessas e a busca de atingir objetivos sociais diversos são características do

Estado Social, o *welfare state*, cujas intenções são indubitavelmente salutares, entretanto, muitas vezes se incumbe de um ônus que acaba por não suportar e prover devidamente. A visualização desta dívida a nível normativo é ressaltada por Dobrowolski (2010, p. 95):

Em razão de estar voltado a promover o bem-estar dos indivíduos, o Estado Social emite grande quantidade de normas com esse fim. São leis diferentes das que simplesmente prescrevem regras de conduta para as pessoas. São, em realidade, promessas de situações a alcançar, de um programa a executar, que depende da presença ativa do Estado, durante longo tempo, para abater os óbices existentes e concretizar o compromisso solenizado em diploma normativo.

Com efeito, a ideia de *welfare state* emerge com mais força após terem sido visualizados os horrores de guerras de amplitude mundial e também os vilipêndios da industrialização exacerbada promovida durante o desenrolar frenético de um modelo liberal de Estado, marcado pelo desenvolvimento desenfreado do capitalismo, guiado pela “mão invisível do mercado”.

A depender dessa desnaturada mão invisível, as coletividades se viram marginalizadas: trabalhadores, consumidores, velhos, crianças, todos inassistidos, visto a política de não intervenção do Estado liberal.

O Estado Social surge para romper com esse modelo anterior, revelando-se como:

(...) aquele que tem incluída na Constituição a regulação da ordem econômica e social. Além da limitação ao poder político, limita-se o poder econômico e projeta-se para além dos indivíduos a tutela dos direitos, incluindo o trabalho, a educação, a cultura, a saúde, a seguridade social, o meio ambiente (...) (NAVES; FIUZA; FREIRE DE SÁ, 2003, p. 202).

No mesmo sentido, mostrando a correlação entre o *Estado do bem estar social* e as democracias capitalistas, explanam Clem Brooks e Jeff Manza (2008, p. 1) que esse paradigma vai influenciar tanto a vida dos indivíduos como os níveis de desigualdade em uma sociedade, de forma que vários países em múltiplos continentes passaram a adotar políticas de saúde pública, benefícios para desempregados, treinamento profissional, programas educacionais etc.

Nesse novo paradigma, o Poder estatal, através de suas três funções: legislativa, judiciária e executiva, há de se empenhar a viabilização de tais direitos

sociais e de alcançar os objetivos fundamentais republicanos, de forma que também o sistema de *checks and balances* tem grande importância nessa busca.

Exemplos dessa interação entre as funções do poder são as omissões legislativas supridas por atuação Judiciária, a declaração de inconstitucionalidade de leis que vão de encontro aos preceitos da Constituição Federal, o veto presidencial por inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público etc.

Porém, deveria ser por meio das funções típicas de cada uma dessas facetas do Poder que se concretizariam os Direitos sociais: a função legislativa editaria as normas necessárias à persecução dos objetivos republicanos; a função executiva dirigiria a gestão pública no sentido de se efetivar tais direitos; a função judicial supervisionaria a constitucionalidade e legalidade da atuação das outras esferas de poder, intervindo, quando instada, em face do desvirtuamento dessas outras esferas.

Contudo, como já se adiantou, as funções legiferante e executiva por vezes são omissas em seus papéis, razão pela qual, no presente estudo, voltam-se os olhos especialmente à atuação do Poder Judiciário na viabilização destes direitos sociais.

4.2 O ativismo judicial

É inserido dentro do contexto já exposto, de um Estado Social, devedor de várias prestações jurídicas positivas, referentes a direitos fundamentais sociais previstos na Carta Magna, que o julgador deixa de ser mero aplicador da lei para ser efetivador da mesma.

O juiz, como ator público inserido em uma sociedade, deve voltar seus olhos para a mesma, e não para apenas a letra fria da legislação, aplicando mecanicamente a norma.

Luis Roberto Barroso (2009, p. 6) nos explana a relação entre judicialização – que seria a simples atividade judicial no tocante a subsumir o fato à norma – e o ativismo judicial:

Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

Como bem expressa o autor, o marasmo da atividade legiferante (mas não apenas esta), que muitas vezes não acompanha diligentemente a evolução da dinâmica social, é uma das circunstâncias que dá ensejo a uma necessária atuação jurisdicional mais ousada, buscando, precipuamente, garantir a aplicação da Constituição e efetivar os direitos previstos na mesma.

Por outras vezes, o empecilho criado pelo Legislativo é a própria emanção de diplomas normativos insuficientes. Regulamentações omissas e potencialmente injustas e inconstitucionais, situações em que o julgador deve interpretar de acordo com a Constituição ou até mesmo declarar a inconstitucionalidade da norma.

Ainda sobre a atividade jurisdicional sob esse novo paradigma, Gisele Cittadino (2004, p. 105) assevera que:

A expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. O protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da *common law* esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito. De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um “direito judicial”.

Como já evidenciado nos parágrafos anteriores, essa incorporação de grande carga valorativa pela Constituição de 1988 (o que salta aos olhos pela leitura de seus fundamentos e de seus objetivos fundamentais) se adéqua ao que a autora explana, abrindo espaço para a atuação criativa, pelo Poder Judiciário.

Continua a autora (CITTADINO, 2004, p. 105):

No Brasil, do mesmo modo, também se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecida pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.

Também sobre a participação do Poder Judiciário na efetivação desses direitos sociais, Sívio Dobrowolski (2010, p. 96) informa que:

Os magistrados são chamados, assim, a contribuir, para a efetivação dos direitos sociais, procurando fixar o conteúdo concreto desses dispositivos, de regra lançados em termos amplos, dependentes de integração de sentido. A discricionariedade dessa tarefa é bastante acentuada. A necessidade da mediação judicial é tão importante, quando se medita no caso das regras previdenciárias, cujo descumprimento, pela entidade administrativa disso encarregada, pode deixar um sem número de pessoas incapazes de trabalhar recebendo pensões absolutamente insuficientes para a sua manutenção.

E continua o autor (DOBROWOLSKI, 2010, p. 98):

(...) o Judiciário, nos tempos atuais não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos. Sem pretender um “governo de juízes”, observando, todavia, as normas legisladas e a separação dos poderes, a Justiça tem de elevar-se à condição do autêntico poder, cumprindo essas tarefas ao modo especificado.

Com efeito, de acordo com Luís Roberto Barroso (2009, p. 3), após a gradual redemocratização do país e promulgação da Constituição Federal de 1988, a figura do juiz, dantes visto como um mero exegeta e possuidor do conhecimento técnico acerca do jurídico, passa a ser uma verdadeira expressão de poder político. Explica o autor:

(...) com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. (BARROSO, 2009, p. 3).

Na história jurisprudencial brasileira, talvez um dos principais marcos da ideia de atitude judiciária positiva e criativa se relacione ao manejo do Mandado de Injunção no Supremo Tribunal Federal.

O referido instrumento constitucional, previsto no Art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988, é um meio idôneo para a viabilização de direitos e liberdades constitucionais, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, quando dependentes de norma regulamentadora.

Apesar da timidez que cercou o julgamento de certos mandados em momento inicial (teoria não concretista), o Supremo Tribunal Federal chegou a adotar posturas mais ativas (teorias concretistas individual e geral), buscando realmente efetivar direitos previstos há muito, mas sem possibilidade de exercício.

É o que se deu no julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES³ e 708/DF, ao tratar do direito de greve do servidor público. Acerca desse posicionamento, explana José Tarcízio de Almeida Melo (2008, p. 420-421):

No julgamento dos Mandados de Injunção 670/ES e 708/DF, em 25 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal adotou importante modificação para viabilizar o mandado de injunção. O Tribunal afastou-se da orientação tradicional da declaração da existência de moral (sic) legislativa para a edição de norma regulamentadora, que mantinha o estado de omissão, para adotar, como alternativa provisória, para esse impasse, de moderada sentença de perfil destinada a incorporar no regime formulado pelo legislador solução que o Tribunal reputa constitucionalmente obrigatória. Ao tratar do direito de greve para o servidor público, reconheceu que não era dado ao legislador escolher se concedia ou não aquele direito e que era necessária solução obrigatória da perspectiva constitucional, sendo possível conciliar-se a Lei de Greve, e disposições específicas dela, com a continuidade do serviço público essencial.

Segundo Gregório Assagra de Almeida (2007, p. 650), na posição concretista geral o próprio Tribunal Supremo eliminaria a lacuna com a elaboração da norma regulamentadora, suprimindo a omissão. Pela corrente concretista individual, por sua vez, o Tribunal, no caso concreto, daria efetividade ao direito pleiteado, suprimindo a lacuna existente pela ausência de norma regulamentadora.

Esta segunda posição também foi bastante adotada na busca de suprir a omissão legislativa relacionada à aposentadoria especial do servidor público, prevista no Art. 40, §4º, III, da Constituição.

³ É parte da fundamentação do acórdão proveniente da Corte Suprema: “Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII)”. (Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 670 ES. Relator: Maurício Corrêa. Data de Julgamento: 25/10/2007. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe - 206 em 31-10-2008).

Sobre esta omissão específica, bem como sobre o posicionamento segundo a corrente concretista individual neste caso, é importante frisar o entendimento exposto pelo Plenário do STF no Mandado de Injunção nº 721/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio. Na oportunidade, assim ementou-se a decisão da Corte:

MANDADO DE INJUNÇÃO – NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.

MANDADO DE INJUNÇÃO – DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada.

APOSENTADORIA – TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS – PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR – INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR – ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral – artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.⁴

Além da lacuna legislativa, caso patente em que o Judiciário deve intervir, situação que ainda mais abre espaço para a atuação efetivadora do Poder Judiciário refere-se à omissão governamental em propiciar meios para gozo daquele conjunto de direitos sociais.

Segundo Daniel Sarmiento (2012, online), “(...) o Brasil é hoje certamente um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direito” E argumenta o autor no sentido de que “Em todo o país, tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados.”.

Relacionada com a omissão executiva, decisões judiciais relacionadas à efetivação de direitos sociais como saúde e educação são nítidos exemplos em que o Poder Judiciário age na busca de superar barreiras erguidas pela Administração Pública.

⁴ Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 721 DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 30/08/2007. Publicação: Diário da Justiça Eletrônico em 12/11/2007.

Daniel Sarmento (2012, p. 3) alerta, por outro lado, que a postura ativista suscita outros questionamentos, relacionados com o ônus financeiro dos direitos sociais, sobre a chamada “reserva do possível”:

Sem embargo, este fenômeno também suscita algumas questões complexas e delicadas, que não podem ser ignoradas. Sabe-se, em primeiro lugar, que os recursos existentes na sociedade são escassos, e que o atendimento aos direitos sociais envolve custos. É certo que esta não é uma característica exclusiva dos direitos sociais, fazendo-se presente também nos direitos individuais e políticos, cuja plena exigibilidade judicial ninguém questiona. Afinal, proteger a propriedade, prestar a jurisdição, promover eleições, etc., são atividades que também importam em gastos públicos. Contudo, é indiscutível que esta faceta onerosa é especialmente saliente nos direitos sociais.

Por fim, em aspectos gerais, vê-se que o tema do ativismo judicial é inerente à discussão da efetividade dos direitos sociais e persecução dos objetivos republicanos.

Trata-se, entretanto, de uma questão que merece uma detida análise pela própria jurisprudência, doutrina e Administração Pública, visto a complexidade e a repercussão socioeconômica de tais provimentos judiciais.

5 O ATIVISMO JUDICIAL NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA LOAS

5.1 A repercussão no Poder Judiciário como um todo

O Poder Judiciário tem sido sobrecarregado nos últimos tempos, em virtude do número excessivo de indeferimentos, muitas vezes de forma indevida, tanto com relação às prestações previdenciárias quanto às assistenciais, o que, para alguns especialistas, tornam os Juizados Especiais Federais (JEFs) apenas extensões do INSS.

A Autarquia Federal alega que é uma pessoa jurídica de direito público, componente da Administração Pública e como tal é regida pelo princípio da legalidade, o qual dispõe que a Administração Pública somente pode atuar conforme preleciona a lei ou da forma autorizada pela mesma. Deste modo, somente a legislação poderá determinar os casos excepcionais.

Ressalta Cristiane Rodrigues Iwakura (2009, p.1) que “cabe ao INSS, por força de lei, a gestão e a observância dos requisitos objetivos para a concessão do benefício assistencial nos termos da Lei Orgânica de Assistência Social.”

Assim, o requerente de um benefício assistencial, quando não demonstrar os requisitos legais determinados na lei, *ipsis litteris*, tal ajuda será negada, mesmo que, no caso concreto, reste comprovado que a pessoa vive em situação de miséria ou que a mesma encontra-se incapacidade para a realização das atividades laborais habituais.

Desta forma, quando a discussão acerca da concessão do benefício é levada ao conhecimento do Poder Judiciário, os juízes, amparados pelo princípio do livre convencimento motivado, tendem a analisar a real situação (renda e incapacidade) do autor da ação e, a partir destas considerações, ponderarem a sua decisão.

A questão da miserabilidade é uma das mais controvertidas, tanto no caso da concessão do benefício ao idoso quanto ao deficiente.

Como já dá dito anteriormente, a prestação previdenciária somente será concedida ao necessitado que comprovar que a renda mensal familiar per capita

seja igual ou inferior a um quarto do salário mínimo. É o que se extrai do Art. 203, V, da Constituição da República Federativa do Brasil e também do Art. 20, § 3º, da LOAS.

Contudo, tal tentativa do Legislador de objetivar tal definição para abranger um maior número de possibilidades ocasionou, na verdade, restrições ao número de beneficiários da prestação assistencial.

Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 14):

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

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “o magistrado não está sujeito a um sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual a delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do requerente.” (LAZZARI, 2013, p. 836). Logo, conclui-se que outros meios de provas podem ser utilizados para a comprovação do requisito condição de miserabilidade.

Colaciona-se a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de o julgador, ao analisar o caso concreto, lançar mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família. § 3.º 208.7422. "A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo." (REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 20/11/2009). 3. "Em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade, deve ser excluído do cálculo da renda familiar per capita qualquer benefício de valor mínimo recebido por maior de 65 anos, independentemente se assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do

Idoso." (Pet 2.203/PE, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 11/10/2011).4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Superior Tribunal de Justiça – Resp nº 1394595 SP 2011/0010708-7, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 10/04/2012, T6 - SEXTA TURMA Data de Publicação: DJe 09/05/2012).

Já Supremo Tribunal Federal vem alterando seu posicionamento ao longo dos tempos.

Em 1998, o STF, em decisão exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232, concluiu pela constitucionalidade do Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742, visto que a própria Carta Magna, no seu Art. 203, inciso V, deixou a cargo do legislador a definição dos critérios para a concessão do benefício, visto ser este último dispositivo uma norma de eficácia limitada.

Nas palavras Maíra de Carvalho Pereira Mesquita (2010, p. 1)

Na referida ação direta, foi indeferido o pedido liminar de suspensão do dispositivo legal impugnado, sendo posteriormente julgado improcedente o pedido formulado na peça inicial, consoante ementas a seguir transcritas:

"MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE "FAMILIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA" DADO PELO PAR.3. DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTENCIA SOCIAL (LEI N. 8.742, DE 07.12.93) PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Argüição de inconstitucionalidade do par. 3. do art. 20 da Lei n. 8.472/93, que prevê o limite máximo de 1/4 do salário mínimo de renda mensal "per capita" da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição. 2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação. 3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal e maior do que a sua manutenção no sistema jurídico. 4. Pedido cautelar indeferido." (STF, ADI 1232 MC / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ 26-05-1995 PP-15154)

"CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO.

ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE." (ADI 1232 / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, DJ 01-06-2001 PP-00075)"

Contudo, a Corte Suprema vem modificando o seu posicionamento, admitindo que a aferição de miserabilidade possa ser obtida por outros meios.

Prova disso foram os recentíssimos julgamentos dos Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963, ambos com repercussão geral, bem como da Reclamação nº 4.374. Em todos, o plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade incidental, sem a nulidade, do Art. 20, § 3º, da LOAS, bem como do Art. 34, § único, da Lei nº 10.741/03⁵.

Tais julgamentos tiveram início em 2012, sendo encerrados no dia 18 de abril de 2013.

Desta forma, a Corte Suprema considerou que a aplicação dos dispositivos supracitados viola o princípio da isonomia, criando diferenciação entre pessoas em situação semelhante.

Foi citada como exemplo a situação em que apenas dois idosos compõem a família. Na primeira, caso um dos dois receba um benefício previdenciário (aposentadoria por idade, por exemplo), no valor de um salário mínimo, o outro terá seu pedido de benefício assistencial negado, em virtude de a renda familiar ultrapassar o famigerado um quarto de salário mínimo por pessoa. Porém, no caso de um dos idosos receberem um benefício assistencial, esse será afastado do cômputo da renda familiar.

Destacou o Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário 580.963, que:

(...) o STF parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de um quarto do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial.

⁵ Notícia veiculada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>>. Acesso em 19/04/2013.

Ressaltou também que as inúmeras leis assistenciais (Lei 10.836/2004, que criou o programa Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; e a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola) já se utilizam de outros parâmetros para a comprovação da hipossuficiência. Afirmou o douto ministro que “os programas de assistência social no Brasil utilizam atualmente o valor de meio salário mínimo como referencial econômico para a concessão dos respectivos benefícios”.

Ademais, não foi aprovada a modulação temporal, a qual determinaria que o Congresso Nacional criasse uma nova lei para regulamentar o benefício assistencial, com as novas diretrizes dadas pelo STF, até 31/05/2015.

5.2 O ativismo judicial na 2ª Turma Recursal da Justiça Federal – Seção Ceará

No âmbito da Justiça Federal, no julgamento de causas envolvendo a concessão do benefício assistencial, a 2ª Turma Recursal vem apresentando há algum tempo o entendimento atualmente adotado pela Corte Suprema.

Os juízes que compõem o colegiado da 2ª Turma Recursal analisam a situação no caso concreto, flexibilizando a utilização do Art.20, § 3º, da LOAS, bem como o Art. 34, § único, do Estatuto do Idoso.

Aceita-se que a comprovação da hipossuficiência familiar possa ser demonstrada por outros meios, como a anexação de comprovante de gastos com remédios, moradia (aluguel), tratamentos médicos, dentre outros, aos autos do processo, o qual serão devidamente observados e sopesados para a decisão final do colegiado.

Isso pode ser observado no Processo de número 0501283-71.2011.4.05.8105, julgado na Sessão da 2ª Turma Recursal no dia 14 de março de 2013.

A parte autora solicitou a concessão do benefício assistencial ao deficiente administrativamente no dia 25 de outubro de 2010. Entretanto, o pedido foi indeferido, em virtude do não preenchimento do requisito da renda per capita familiar, que era superior ao limite legal de um quarto.

Assim, interpôs a ação, com o escopo de obter judicialmente o direito ao recebimento do benefício.

O grupo familiar da autora é composto por seu irmão menor de idade e sua genitora, que auferem uma renda de um salário mínimo, como auxiliar de enfermagem do Programa Saúde da Família, no município de Ibicuitinga, Ceará.

Aos autos, foram acostados comprovantes de gastos com medicamento, produtos de higiene e transportes, bem como foi anexado laudo social, elaborado pela Assistente Social da Prefeitura Municipal de Ibicuitinga/CE, a qual atestou a hipossuficiência familiar.

Assim, o juiz da 1ª instância concedeu a prestação assistencial, tendo em vista a situação precária em que vivia a autora e sua família.

Tal decisão foi confirmada pelo colegiado da 2ª Turma Recursal. Veja-se o acórdão:

SEGURIDADE SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À PESSOA DEFICIENTE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA DEFICIÊNCIA E DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 20 DA LEI N.º 8.472/93. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3.º, erigiu a solidariedade à categoria de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, garantindo, nos termos do art. 203, V, benefício de amparo assistencial à pessoa deficiente ou idosa que não possua meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Condição de hipossuficiência econômica provada, sendo possível, ademais, com esteio em outros elementos que não apenas a renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, demonstrar a condição de miserabilidade do beneficiado. Orientação consolidada pelo STJ no julgamento do REsp 1.112.557/MG, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

Bem assentou a sentença que "*considerada a necessidade de tratamento médico constante e o fato da Assistente Social atestar que atualmente reside a requerente apenas com sua mãe e irmão, vejo que são extremamente elevados os ônus decorrentes das despesas com*

medicamentos e do indispensável auxílio para as atividades comuns do dia-a-dia, como alimentação e higiene pessoal, segundo atestam também os relatos médicos apresentados com a exordial (anexo nº 3). Ademais, não constam dos autos informações relativas a valores prestados pelo genitor à filha. Assim sendo, vejo que muito embora tenha sido formalmente verificada que a renda mensal per capita do grupo familiar supera formalmente o limite legal, de outro lado o relato minucioso da assistente social não deixa dúvidas quanto à situação de vulnerabilidade econômica da família da autora, que destina seus poucos recursos com as despesas de medicação da filha menor enferma, comprovadamente incapaz de prover a própria subsistência. Consoante entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal, tenho, pois, que a miserabilidade, para efeito da percepção do amparo ao deficiente, pode ser verificada por outros meios, ainda que a renda per capita supere ¼ do salário mínimo, limite estabelecido pela LOAS. No presente caso, sem dúvida, resta constatada a hipossuficiência dado o relato da assistente social."

Analisando atentamente a sentença recorrida, constata-se que o Juízo a quo formou seu convencimento à luz de uma análise adequada dos fatos, aplicando corretamente as normas de regência. Por tal razão, deve o julgado ser mantido em todos os seus termos e pelos próprios fundamentos, na forma prevista no art. 46 da Lei n.º 9.099/95.

Condenação do INSS em honorários advocatícios, fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação, devidamente atualizado (art. 55 da Lei n.º 9.099/95).

Recurso ao qual se nega provimento.

(...)

(2ª Turma Recursal da Seção Judiciária do Ceará - Processo n.º. 0501283-71.2011.4.05.8105; Relator: Sérgio Fiuza Tahim de Sousa Brasil. Data de julgamento: 14/03/2013).

Ressalta-se aqui outra decisão, em que o critério da miserabilidade é flexibilizado, sendo analisados outros aspectos:

Dois são os requisitos necessários para a concessão e manutenção do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da CF/88: a) idade igual ou superior a 65 anos, quando se tratar de amparo social ao idoso, ou, na hipótese de pessoa portadora de deficiência, a comprovação da deficiência incapacitante; b) a comprovação de que o(a) requerente não possui meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

A incapacidade de meios de manutenção tem como parâmetro a renda familiar per capita igual ou inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, nos termos do art. 20, caput e § 3º, da Lei n.º. 8.742/93. Tal critério de aferição da miserabilidade foi julgado constitucional pelo STF, na ADI n.º. 1.232/DF. Para se chegar à apuração de tal montante é possível a exclusão de algumas receitas e despesas, cuja origem e destinação, ao fim e ao cabo, estejam em sintonia com a moldura constitucional e legal do benefício

(TRF4, AC 2006.72.99.001529-1, Sexta Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, DE 03.04.2007).

É de se notar ainda que família, para fins do disposto no art. 20, da Lei nº. 8.742/93, é tão-somente o conjunto de pessoas elencadas no art. 16, da Lei nº. 8.213/91, desde que vivam sob o mesmo teto, quais sejam: cônjuge, companheira, companheiro, filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, pais e irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido. Assim, somente a renda das pessoas incluídas no referido art. 16 integram a renda familiar.

Cumpra observar que o benefício assistencial não pode ser acumulado com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica, a teor do art. 20, § 4º da Lei nº. 8.742/93.

Compulsando atentamente os autos (anexo 14), observa-se que o grupo familiar, levando-se em consideração a dicção do artigo 16 da Lei 8213/91, é composto pelo requerente e seus genitores, os quais não auferem nenhuma renda.

Conforme informações constantes no CNIS, observa-se que o genitor do recorrido laborou durante o período de março/2010 a novembro/2010, percebendo remuneração acima de 1 (um) salário mínimo em alguns meses. Contudo, deve-se levar em consideração que esta renda auferida foi esporádica, não tendo ocorrido a reversão do quadro de miserabilidade.

Ademais, restou comprovado que, desde a época do requerimento administrativo, a incapacidade do ora recorrido já existia, sendo devido o benefício, portanto, a partir de 21.01.2010.

Destaca-se que deve ser ressalvado o entendimento pessoal do Juiz Relator Lauro Henrique Lobo Bandeira, o qual, no caso particular, em observância ao princípio da colegialidade, adere ao posicionamento consolidado desta Corte.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso do INSS, confirmando a sentença de procedência do pedido formulado na inicial. Condene o recorrente em honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, devidamente atualizado, a teor do art. 55 da Lei nº. 9.099/95.

(2ª Turma Recursal da Seção Judiciária do Ceará - Processo nº. 0501401-56.2011.4.05.8102; Relator: Lauro Henrique Lobo Bandeira. Data de julgamento: 26/11/2013).

Ademais, há a aplicação extensiva do Art. 34, § único, do Estatuto do Idoso. Qualquer tipo de benefício (previdenciário ou assistencial) recebido por um dos componentes da família, no valor de um salário mínimo, deve ser afastado da contagem da renda familiar, mesmo que determinado indivíduo beneficiário não tenha 65 anos de idade.

Essa utilização analógica do dispositivo supracitado ocorre em respeito aos princípios da isonomia, razoabilidade e solidariedade.

Vejamos o seguinte caso, julgado na Sessão da 2ª Turma Recursal – Seção Judiciária (Processo nº 0502304-54.2012.4.05.8103):

A autora solicitou, em 07 de junho de 2011, junto ao INSS, a concessão do benefício assistencial ao idoso. Na época, o benefício foi negado, em razão do não preenchimento do quesito da renda. A família é composta apenas pela requerente e por seu marido, sendo este titular de uma aposentadoria por invalidez, com acréscimo de 25%.

Deste modo, interpôs uma ação, com a pretensão de obter o benefício. O juízo de 1º grau (19ª Vara do Juizado Especial Federal – Subseção de Sobral) concedeu o benefício assistencial ao idoso, desde a data do requerimento administrativo.

Tal sentença foi confirmada pela 2ª Turma Recursal – Seção Judiciária do Ceará, na sessão do colegiado realizada no dia 21 de fevereiro de 2013.

Vejamos a seguir o teor do acórdão:

SEGURIDADE SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À PESSOA IDOSA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA IDADE E DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 20 DA LEI N.º 8.472/93. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3.º, erigiu a solidariedade à categoria de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, garantindo, nos termos do art. 203, V, benefício de amparo assistencial à pessoa deficiente ou idosa que não possua meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Comprovação da idade da parte autora igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos.

Condição de hipossuficiência econômica provada, sendo possível, ademais, com esteio em outros elementos que não apenas a renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, demonstrar a condição de miserabilidade do beneficiado. Orientação consolidada pelo STJ no julgamento do REsp 1.112.557/MG, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

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 assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (STJ, AgRg no AREsp 22761/PR, DJe 19/10/2012).

Analisando atentamente a sentença recorrida, constata-se que o Juízo a quo formou seu convencimento à luz de uma análise adequada dos fatos, aplicando corretamente as normas de regência. Por tal razão, deve o julgado ser mantido em todos os seus termos e pelos próprios fundamentos, na forma prevista no art. 46 da Lei n.º 9.099/95.

Condenação do INSS em honorários advocatícios, fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação, devidamente atualizado (art. 55 da Lei n.º 9.099/95).

Recurso ao qual se nega provimento.

(...)

(2ª Turma Recursal da Seção Judiciária do Ceará - Processo nº 0502304-54.2012.4.05.8103. Relator: Sérgio Fiuza Tahim de Sousa Brasil. Data de julgamento: 21/02/2013).

Observemos outros exemplos da aplicação analógico do Art. 34, § único, da Lei nº 10.741/03:

SEGURIDADE SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À PESSOA IDOSA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA IDADE E DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 20 DA LEI N.º 8.472/93. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS RECURSO DA PARTE AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DO INSS NÃO PROVIDO.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3.º, erigiu a solidariedade à categoria de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, garantindo, nos termos do art. 203, V, benefício de amparo assistencial à pessoa deficiente ou idosa que não possua meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

TNU já firmou entendimento no sentido de que o termo inicial dos benefícios, seja por incapacidade, seja no de prestação continuada deve ser assim fixado: a) na data de elaboração do laudo pericial, se o médico não precisar o início da incapacidade e o juiz não possuir outros elementos nos autos para sua fixação (Precedente: PEDILEF n.º 200936007023962); b) na data do requerimento administrativo, se a perícia constatar a existência da incapacidade em momento anterior a este pedido (enunciado 22); e c) na data do ajuizamento do feito se a perícia constatar o início da incapacidade em momento anterior à propositura da ação, mas posterior à data do requerimento administrativo.

No caso dos autos, não obstante tratar-se de pedido de restabelecimento de benefício cessado em 2006, o perito do Juízo não soube precisar a data do início da incapacidade, se retroagiria à data de cessação do benefício. Por outro lado, constam do anexo 1, atestados médicos datados de 2009 afirmando a incapacidade da parte autora, momento posterior à cessação e anterior ao ajuizamento da ação, motivo pelo qual esta deve ser a data do início do benefício pleiteado (21/8/2010).

Condição de hipossuficiência econômica provada, sendo possível, ademais, com esteio em outros elementos que não apenas a renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, demonstrar a condição de miserabilidade do beneficiado. Orientação consolidada pelo STJ no julgamento do REsp 1.112.557/MG, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

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 assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (STJ, AgRg no AREsp 22761/PR, DJe 19/10/2012).

No caso concreto, deve-se afastar do cômputo da renda familiar o benefício de aposentadoria rural recebida pelo cônjuge da parte autora (anexo 3), nos termos da jurisprudência acima citada.

Tem-se por expressamente prequestionadas todas as questões constitucionais suscitadas, uma vez que, para fins de prequestionamento, é desnecessária a indicação expressa de artigos e parágrafos da Constituição Federal, afigurando-se suficiente sejam as regras neles contidas o fundamento do decisor ou o objeto da discussão, como no caso ora sob exame (AI 522624 AgR, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ 6.10.2006).

Mantenha-se a sentença recorrida nos demais termos.

Condenação do INSS em honorários advocatícios, fixados em 10 % (dez por cento) sobre o valor da condenação, devidamente atualizado (art. 55 da Lei n.º 9.099/95).

Recurso da parte autora parcialmente provido.

Recurso do INSS ao qual se nega provimento.

(...).

(2ª Turma Recursal da Seção Judiciária do Ceará - Processo nº 0505003-86.2010.4.05.8100. Relator: Sérgio Fiuza Tahim de Sousa Brasil. Data de julgamento: 21/02/2013).

Ainda como exemplificação, citamos mais um julgado, com o entendimento extensivo do dispositivo supra mencionado:

SEGURIDADE SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À PESSOA IDOSA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA IDADE E DA HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 20 DA LEI N.º 8.472/93. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. RECURSO PROVIDO.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3.º, erigiu a solidariedade à categoria de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, garantindo, nos termos do art. 203, V, benefício de amparo assistencial à pessoa deficiente ou idosa que não possua meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Comprovação da idade da parte autora igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos.

Condição de hipossuficiência econômica provada, sendo possível, ademais, com esteio em outros elementos que não apenas a renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, demonstrar a condição de miserabilidade do beneficiado. Orientação consolidada pelo STJ no julgamento do REsp 1.112.557/MG, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

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 assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (STJ, AgRg no AREsp 22761/PR, DJe 19/10/2012).

À vista dos princípios da isonomia, razoabilidade e solidariedade, aplica-se, por analogia, o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, ainda que o membro do grupo familiar, já titular de benefício assistencial ou previdenciário, como se afigura o caso sub judice, não possua 65 anos de idade.

No caso em apreço, deve-se afastar do cômputo da renda familiar o benefício de auxílio-doença recebido pelo cônjuge da parte autora (anexo 14), nos termos da jurisprudência acima citada.

O início do benefício deve corresponder à data do requerimento administrativo (DER) e as parcelas atrasadas devem ser corrigidas monetariamente e com juros de 1% (um por cento) a.m. desde a citação até junho/2009 e, a partir de julho/2009, mediante atualização pelos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis à caderneta de poupança, consoante o disposto no artigo 1.º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960, de 29 de junho de 2009.

Sem custas. Sem honorários.

Recurso da parte autora provido.

(...).

(2ª Turma Recursal da Seção Judiciária do Ceará. Processo nº 0521687-61.2011.4.05.8100. Relator: Sérgio Fiuza Tahim de Sousa Brasil. Data de julgamento: 07/02/2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Suplantadas as informações iniciais deste trabalho, em que foram explanados os aspectos gerais e históricos da seguridade social, passou-se à análise da assistência social no Brasil, em especial um estudo mais aprofundado acerca dos parâmetros legais para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada e a flexibilização de tais requisitos para a concessão da prestação assistencial pelo Poder Judiciário.

Neste último ponto, foram citadas as modificações que esses requisitos sofreram ao longo dos tempos, bem como os entendimentos apresentados pelos Tribunais Superiores sobre o caso.

Observa-se que o ponto crucial e de interesse primordial deste trabalho foi verificar a forma pela qual os juízes têm interpretado e estendido os critérios dispostos em lei e utilizados para a concessão do benefício assistencial, principalmente em relação à exigência da renda de um quarto por cada membro da família.

Isso ocorre porque o legislador, ao tentar objetivar demais tais parâmetros, como meio de abranger um maior número de casos e situações, acabou por excluir muitos indivíduos que vivem em situação de real miséria, mas que não conseguem ser beneficiários da prestação assistencial, por não conseguirem comprovar o quesito econômico objetivo.

No mais, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como em consonância com o objetivo constitucional republicano de erradicar a pobreza (Art. 3º, III, da Carta Magna), os magistrados, ao analisar as peculiaridades de cada caso, estão concedendo o benefício assistencial, visto que, mesmo em situações em que a renda familiar extrapola o requisito legal, há indivíduos que realmente vivem em condições de extrema miséria e desamparo, em virtude de doenças e mazelas, que dilapidam não só a saúde, mas também o patrimônio dos mesmos.

Assim, o Poder Judiciário brasileiro, por meio de salutares e respeitáveis decisões, vem garantindo a inúmeras famílias o mínimo necessário para a sobrevivência, dando a esses indivíduos recursos para que eles possam viver de forma digna.

A questão não para por aí. Mais que tudo isso, a jurisdicionalização da concessão do benefício assistencial de prestação continuada (SANTOS, 2009) tem sido de suma importância para a demonstração das ações de políticas públicas praticadas em decorrência da assistência social.

A participação do Poder Judiciário na questão, ainda, incentiva a discussão sobre os critérios legais e as práticas administrativas relacionadas com a concessão ou denegação do benefício assistencial.

Com efeito, as condições genéricas impostas pela legislação infraconstitucional não podem ser empecilhos para a concessão de um benefício que, desde sua instituição, tem como escopo principal diminuir a situação precária em que muitas famílias vivem, em virtude de ter em sua composição um ente deficiente, que não possui condições de exercer nenhuma atividade laboral que lhe garante a sua sobrevivência; ou um familiar idoso, impossibilitado de prover sua subsistência, por ocasião da idade avançada.

Assim, não se pode sobrepor o princípio da dignidade da pessoa humana pelos princípios da legalidade e do equilíbrio do sistema financeiro da seguridade social, sob pena de relegar à indigência milhares de pessoas que se encontram impossibilitadas de obter seu próprio sustento. É necessário um juízo de proporcionalidade e adequação.

No momento atual, é imprescindível um equilíbrio, que somente será obtido por meio da elaboração de uma nova legislação, onde se leve em consideração a real situação da população que vive completamente desamparada.

Ademais, ressalta-se que as decisões emanadas pelos Juizados Especiais são revistas pelas Turmas Recursais, assim como também pelos Tribunais Superiores. Desta forma, não se pode afirmar que as deliberações feitas pelo Poder

Judiciário são arbitrárias, nem mesmo que os juízes não possuem um aparato completo para poder conceder ou não o benefício.

Além disso, não se pode olvidar que o Poder Legislativo também deve alterar os requisitos legais existentes, para que, desta forma, as extensões já feitas pelo Poder Judiciário, como a aplicação extensiva do Art. 34, § único, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), assim como a comprovação da miserabilidade por outros meios de provas, além da renda um quarto de salário mínimo *per capita*, sejam legitimadas e, assim, utilizadas pelo INSS, para a concessão ou não do benefício assistencial

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; LEITÃO, André Studart. **Coleção concursos públicos: nível médio e superior: direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB Atualidades Jurídicas**, n 4, 2009.

BORGES, Maria Peronita Souza. **Regime Geral Da Previdência E Regime Previdencial Complementar – Diferenças E Compatibilidade**. Disponível online em <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5543>. Acesso em: 11/04/2013.

BORSATO, Francieli Piva et al. **A Seguridade Social No Brasil: Um Desafio Para O Núcleo De Seguridade Social E Política Social De Saúde Da União**. In: Segundo Seminário Estado e Políticas Sociais no Brasil, 2005, Campos de Cascavel: Paraná, 2005. Disponível online em <http://cac.php.unioeste.br/projetos/gpps/midia/seminario2/trabalhos/servico_social/MSS08.pdf>. Acesso em: 27/03/13.

BROOKS, Clem; MANZA, Jeff. **Why Welfare States Persist: The Importance of Public Opinion in Democracies**. Chicago, USA: University of Chicago Press, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15ª. Ed. São Paulo: Forense, 2013.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Revista Alceu**, v. 5, n. 9, p. 105-113, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, n. 22, p. 18-29, 2003.

DIAS, Roberto Baptista da Silva. **Manual de Direito Constitucional**. Barueri, SP: Manole, 2007.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. 2ª Ed. São Paulo: Método, 2010.

DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 16, n. 31, p. 92-101, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. **Interferência do Poder Judiciário na política de assistência social**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2524, 30 maio 2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14952>>. Acesso em: 30/04/13.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 9ª Ed. Salvador: JusPodivm.

MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: Instituição Brasileira de Difusão Cultural Ltda, 1995.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Direito constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

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 nº 8.742/97**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2696, 18 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17861>>. Acesso em: 14/04/13.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; FIUZA, César; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. **Direito civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Wederson Rufino dos. **Deficiência e Democracia: A Interpretação do Poder Judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada**. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. 130 p. Dissertação - Programa de Pós-Graduação em Política Social – Mestrado em Política Social, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. Disponível online em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/A-Protecao-o-Judicial-dos-Direitos-Sociais.pdf>>. Acesso em 14/04/2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário - Regime Geral de Previdência Social e Regras Constitucionais dos Regimes Próprios de Previdência Social**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.