



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

FRANCI LILIAN CAPISTRANO DA SILVA

**QUESTÕES DIVERGENTES, NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA,
ACERCA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DO
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL**

**Fortaleza
2010**

FRANCI LILIAN CAPISTRANO DA SILVA

**QUESTÕES DIVERGENTES, NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA,
ACERCA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DO
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFCE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. André Studart
Leitão

FORTALEZA
2010

FRANCI LILIAN CAPISTRANO DA SILVA

**QUESTÕES DIVERGENTES, NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA,
ACERCA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DO
BENEFÍCIO ASSISTENCIAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Ceará (UFCE), como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. André Studart Leitão

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. André Studart Leitão

Prof. Francisco de Araújo Macedo Filho

Prof. Dr. Regnoberto Marques de Melo Júnior

Dedicatória

À minha mãe e à minha irmã pelo apoio e amor incondicionais em todos os momentos.

Ao meu pai e irmão, que mesmo em outro plano, continuam guiando meus passos no caminho do bem.

Aos deficientes e idosos, que se encontram à margem da sociedade, vivendo sem as condições mínimas de uma existência digna.

Agradecimentos

A Deus pela perseverança e determinação.

Ao Professor André pela atenção e ajuda na orientação.

À minha mãe e irmã pelas sugestões e pelo incentivo.

Aos amigos da 1ª Vara da Seção Judiciária do Ceará e da Procuradoria Federal que tanto contribuíram para meu aprendizado jurídico e pessoal.

“A solidariedade converte em direito o que a caridade dá como favor”

José Ingenieros

RESUMO

A presente monografia aborda as questões jurídicas ainda não pacificadas quanto aos requisitos necessários para concessão do Benefício de Prestação Continuada para idosos e deficientes. Tem como objetivo avaliar a amplitude do significado de deficiência (incapacidade) na doutrina e na jurisprudência, analisar qual o valor mais razoável da renda *per capita* como requisito para concessão do BPC. O estudo realizar-se-á com base em critérios bibliográficos e demais documentos textuais, como legislações, posicionamentos doutrinários, artigos científicos em sítios eletrônicos, em revistas jurídicas e o entendimento jurisprudencial. Concluiu-se que a Assistência Social, como meio e fim estatal de realizar o bem-estar e a justiça social, prestará o Benefício de Prestação Continuada aos idosos, às pessoas consideradas deficientes, desde que incapacitados para qualquer trabalho, uma vez que tenham comprovado não poder prover seu sustento e nem tê-lo provido por familiares.

Palavras-chaves: Benefício de Prestação Continuada, Incapacidade Laborativa, Renda Familiar *per capita*

ABSTRACT

This monograph discusses the legal issues not yet pacified about the necessary requisitions for granting the care benefit for old-aged people and disabled. It analyse the extent of the meaning of disability (disability) in doctrine and jurisprudence, which analyze the most reasonable amount of income per capita as a requirement for the BPC. The study will take place on the basis of bibliographic and other textual documents such as laws, doctrinal positions, scientific articles in their websites, in magazines and understanding legal jurisprudence. We conclude that the Social Services as a means and an end state to achieve the welfare and social justice, provide the care benefit for the elderly, people regarded as disabled, provided that any incapacitated for work because they have not proven able to provide sustenance and not have it provided by relatives.

Keywords: Care Benefit, Labor Incapacity, Per Capita Income Family

LISTA DE ABREVIATURAS

AC	Apelação Cível
APELREEX	Apelação Cível/Remessa Ex Officio
AR	Ação Rescisória
BPC	Benefício de Prestação Continuada
HIV	Vírus da Imunodeficiência Humana
LOAS	Lei Orgânica da Assistência Social
MI	Mandado de Injunção
PNAA	Programa Nacional de Acesso à Alimentação
RESP	Recurso Especial
RGPS	Regime Geral da Previdência Social
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TNU	Turma Nacional de Uniformização
TRF	Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A SEGURIDADE SOCIAL	13
2.1 Conceito	13
2.2 Princípios Constitucionais e a Nova Hermenêutica Constitucional	14
2.2.1 Dignidade da Pessoa Humana	15
2.2.2 Isonomia	17
2.2.3 Princípios da Seguridade Social	17
2.2.4 Os Métodos da Nova Hermenêutica Constitucional	19
2.3 Saúde	22
2.4 Assistência Social	23
2.5 Previdência Social	24
3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	24
3.1 Princípios da Assistência Social	24
3.2 A Evolução Legislativa do Benefício Assistencial	26
3.3 Conceito	30
3.4 Natureza Jurídica	31
4 QUESTÕES DIVERGENTES, NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA, ACERCA DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL	34
4.1 A Deficiência (Incapacidade) para Concessão do BPC	34
4.2 O Critério Econômico para Perceber o BPC	48
4.3 É Possível a Concessão do BPC para Estrangeiros Residentes no Brasil?	52
4.4 A Possibilidade de Cumulação de outro Benefício (Previdenciário Ou Assistencial) para Idoso	58
5 CONCLUSÃO	61
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

A preocupação com os infortúnios da vida tem sido uma constante da humanidade, de tal forma que a proteção social remonta à família. Mas, nem todos tinham esta proteção, necessitando assim de um auxílio externo, muito incentivado pela Igreja Católica na Idade Média. O Estado só viria assumir pioneiramente uma ação mais concreta no Século XVII, com a edição da Lei dos Pobres (“Poor Law”).

Porém, foi com a sociedade industrial, que a proteção social realizada pelo Estado aperfeiçou-se, inserindo-a na ordem jurídica, em virtude dos famosos movimentos trabalhistas contra as péssimas condições de trabalho (mão-de-obra infantil, acidentes de trabalho, dentre outros).

Assim, do Estado mínimo, menos intervencionista, passou-se para o Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), o qual passou a intervir, por meio de instrumentos legais, para propiciar uma correção ou, ao menos, minimização das desigualdades sociais. E, desta forma, passava-se a entender que a proteção social era dever da sociedade como um todo, apresentando um caráter de solidariedade até hoje.

No Brasil, seguiu-se a mesma lógica, inicialmente a Assistência Social era vista como um ato de filantropia, contudo, com o advento do Estado de Bem-Estar Social através da Carta Magna de 1988, as prestações assistenciais obtiveram um caráter de direito fundamental.

Dessarte, a Lei Maior de 1988 criou um sistema protetivo, até então inexistente no Brasil, capaz de atender os anseios e as necessidades de todos na área social, consubstanciando-se na expressão Seguridade Social, sendo mantido pelo Estado e pela sociedade, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes a fim de assegurar um padrão mínimo de vida, através dos direitos à assistência social, à saúde e à previdência social.

Diante disso, o presente trabalho estuda o Benefício Assistencial, previsto no art. 203, V da CF/88 e art. 20 da Lei nº 8.742/93, em virtude das questões jurídicas ainda

não pacificadas quanto aos requisitos necessários para concessão, como: quem é considerado deficiente, a divergência quanto ao valor da renda “per capita” para concessão do BPC, dentre outros. Desta maneira, objetiva-se expor, nesta monografia, os argumentos das correntes divergentes, analisando-as de forma crítica.

No Capítulo I, evidencia-se como o texto constitucional disciplina a Seguridade Social, os seus subsistemas, haja vista que o Benefício de Prestação Continuada é uma prestação em última instância da Seguridade. Ademais, busca demonstrar para o leitor a importância de o operador do direito observar a constitucionalização do direito, interpretando o direito assistencial sob os valores, os princípios e as regras constitucionais.

O Capítulo II mostra o surgimento da Assistência Social no Brasil, como a legislação constitucional e infraconstitucional dispõe sobre ela, apresenta-se ainda a origem do benefício assistencial e como está regulado na legislação vigente.

Por último, o Capítulo III demonstra a pesquisa realizada quanto ao objeto de estudo desta monografia, isto é, expõe os entendimentos divergentes acerca das definições dos elementos necessários para concessão do BPC.

CAPÍTULO I – A SEGURIDADE SOCIAL

1 CONCEITO

A Seguridade Social representa o advento de um Estado Social, que adotado pelo Poder Constituinte Originário superou a ideologia liberal do Estado mínimo até então preponderante no Brasil - reflexo das exigências sociais e políticas - no Pós-Segunda Guerra Mundial, que redefiniu o papel do Estado Contemporâneo.

Com efeito, a Seguridade é um avanço na proteção social dada pelo Estado aos indivíduos, visando promover o bem-estar e a justiça social, pois, antes da Constituição Federal de 1988, existia apenas a previdência social (teoria do seguro social - Bismarck¹), a qual atingia somente os empregados contribuintes. Contudo, hodiernamente a Seguridade (Plano Beveridge²) superou estes limites da previdência, passando a cobrir todas as contingências/necessidades sociais.

Esse sistema está previsto no art. 194 da Carta Magna, *verbis*: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Porém, deve-se frisar, com fulcro no lúcido ensinamento de Wladimir Novaes Martinez (1998), que tecnicamente a norma constitucional não traz uma definição, mas apenas uma relação dos componentes da Seguridade.

Desta forma, não obstante a Constituição não tenha conceituado a Seguridade, importantes doutrinadores trazem em seus compêndios sua definição.

Para Ibrahim (2009), Seguridade Social é uma rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, a fim de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, de forma a garantir a manutenção de um padrão mínimo para uma vida digna.

¹ Otto Von Bismarck, em 1883 a 1889, na Alemanha, compôs um sistema de planos previdenciários, em que somente participariam os assalariados contribuintes.

² Lorde William Beveridge, em 1941, contratado pelo governo inglês para reexaminar seus sistemas previdenciários, e influenciado pelas idéias de Keynes, acabou propondo um novo sistema de proteção social, o qual não seria apenas para o trabalhador, mas de um modo universal para todo cidadão, independentemente de qualquer contribuição para o sistema.

Já para Berbel (2005), o termo “Seguridade Social” pode inferir dois sentidos, um político, em que a Seguridade constitui um fim, já que é a proteção plena dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência; e um jurídico, mais intenso por incorporar o meio ao fim, porque a Seguridade constituiria um dos instrumentos capazes de concretizar as ambições máximas da Ordem Social: o bem-estar e a justiça social.

Portanto, a Seguridade Social é uma técnica de proteção social³ (meio) e um fim de garantir a efetividade dos fins colimados pela Ordem Social, bem como a dignidade da pessoa humana – fundamento do Estado Democrático de Direito⁴, consubstanciando-se em um conjunto de ações integradas de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar a realização dos direitos sociais, mormente a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Na Era Pós-Positivista (segunda metade do século XX) os princípios passaram a ser reconhecidos como uma espécie de norma jurídica, superando a ideia de que teriam apenas uma dimensão axiológica, ética, sem eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. E isto só ocorreu no Brasil com a Constituição Federal de 1988, caracterizado por ser um sistema jurídico aberto de princípios e regras.

A partir disso, o eminente administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 53) conceitua brilhantemente o que é princípio:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para

³ Para Leite (1978 *apud* LAZZARI, Carlos, 2008, p. 35), proteção social é um conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender certas necessidades individuais, mais especificamente, às necessidades individuais, que, não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade.

⁴ Conforme o eminente constitucionalista José Afonso da Silva (2005, páginas 119-121), Estado Democrático de Direito é um Estado de Direito que se sujeita ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade, consubstanciada na realização dos direitos fundamentais e dos direitos sociais, de maneira a concretizar um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana.

exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Eis porque: **violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos.** É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (grifo meu).

Segundo Alexy (2008), os princípios são mandados de otimização, comportando vários graus de realização, e as regras são prescrições normativas, que têm seus conteúdos determinados através da ponderação dos princípios, logo, são determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.

Com isso, por uma questão de objetividade e de coesão, serão demonstrados, neste trabalho, os princípios que permitirão uma melhor análise/interpretação do objeto ora estudado (as divergências quanto aos requisitos necessários para concessão do benefício assistencial): os princípios jurídicos fundamentais, alguns expressos outros não, e os princípios da Seguridade Social.

2.1 Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana é um conceito filosófico e político que remonta desde o pensamento clássico e cristão perpassando pela secularização, através de Immanuel Kant, até sua concretização por meio de sua previsão expressa ou implícita no direito positivo.

Na antiguidade clássica, a dignidade da pessoa humana verificava-se, em regra, pela posição social e política ocupada pelo indivíduo, por outro lado, o pensamento estoíco⁵ apregoava que a dignidade era tida como a qualidade inerente ao ser humano (sentido moral).

⁵ Estoicismo é uma doutrina filosófica que concebia o universo regido por um determinismo lógico e racional, tendo como principal expoente, o filósofo Heráclito.

No ideário cristão, representado pelo filósofo Tomás de Aquino, a dignidade encontra seu fundamento na circunstância de o ser humano ter sido feito à imagem e à semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana.

Porém, é com Kant que se completa o processo de racionalização e laicização do conceito de dignidade, porquanto o Douto Filósofo aduziu que tal acepção parte da autonomia ética do ser humano e sustentou que o indivíduo não pode ser tratado como objeto, mas sim como um fim⁶.

Assim, segundo Ingo Sarlet (2001), é o pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e estrangeira – ainda hoje utiliza para fundamentar a conceituação da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, somente a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições. Portanto, reconheceu-se categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o indivíduo constitui a finalidade precípua e não o meio da atividade estatal.

Cada direito fundamental representa uma projeção da dignidade da pessoa humana, uns menos outros mais. Diante disso, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana possui uma dupla função, que é conferir conteúdo aos direitos fundamentais, protegendo-os contra medidas restritivas e ao mesmo tempo impor limites/restrições a esses direitos.

Destarte, a dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro é um sobreprincípio constitucional, observado tanto pelo legislador quanto pelo aplicador

⁶ Kant (1980, p. 103-162 *apud* SARLET, Ingo, 2001, p. 33) sustenta: “o Homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim...Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa verdade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).”

do direito em suas atribuições, sob pena de a lei, a decisão judicial ou o ato administrativo estarem inquinados de invalidade (inconstitucionalidade) e ilegitimidade.

2.2 Isonomia

É um dos princípios estruturante do regime geral dos direitos fundamentais. A igualdade é, desde logo, a igualdade formal (igualdade jurídica) e material (tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual).

A doutrina e a jurisprudência brasileira firmaram a orientação de que o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores do direito.

Na Constituição Federal de 1988, tal princípio está previsto expressamente no art. 5º, *caput*: “todos são iguais perante a lei ...”.

2.3 Princípios da Seguridade Social

A Carta Magna de 1988, no art. 194, § único⁷, expressamente prevê os princípios da Seguridade Social. Mas, como já mencionado, serão delineados adiante as características dos princípios mais importantes para realização desta monografia.

2.3.1 Da Solidariedade

A Solidariedade é inerente ao sistema de Seguridade Social por este ser um instrumento protetor, preventivo e assistencial, cujo objetivo é amparar os membros da

⁷ “Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

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

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

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

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

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

sociedade de qualquer contingência social, ou seja, é o reconhecimento de que a ação individual não é suficiente para debelar as necessidades sociais.

A solidariedade, destarte, vai permear toda a Seguridade Social. Seja na sua instituição, na distribuição do ônus contributivo (aquele que tem maior poder contributivo devem contribuir com mais), na prestação do amparo (a proteção social deverá socorrer primeiro os mais necessitados) ou na participação da maioria da população em prol de uma minoria necessitada.

2.3.2 Da Universalidade da Cobertura e do Atendimento

Constitui princípio geral da seguridade social, o qual impõe, tendo em vista ser uma técnica de proteção social, o atendimento de todas as pessoas necessitadas e a cobertura de todas as contingências sociais.

Este princípio possui duas dimensões: uma subjetiva (universalidade de atendimento), corresponde a proteção dada aos indivíduos, ou seja, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de previdência social, quanto da saúde e da assistência social; e uma objetiva (universalidade de cobertura), refere-se às contingências cobertas, isto é, alcançar todos os riscos sociais que possam gerar estado de necessidade.

2.3.3 Da Seletividade e Distributividade na Prestação de Benefícios e Serviços

O *princípio da seletividade na prestação de benefícios e serviços* não significa selecionar as contingências sociais, já que as causas das necessidades não importam para a Assistência Social, mas sim a seletividade das necessidades atingidas e a distributividade dos beneficiários.

Com isso, a distributividade, em relação ao BPC, operou-se através do art. 203, V da CF/88 c/c art. 20, § 2º da Lei nº 8.742/93, isto é, o benefício foi distribuído para idoso e pessoa portadora de deficiência, incapaz para o trabalho e para vida independente, que demonstrem a hipossuficiência econômica nos termos da lei.

Outrossim, deve-se ressaltar que tais princípios desempenham um papel redutor da universalidade (a seletividade e a distributividade limitam a universalidade

de cobertura e de atendimento respectivamente), porquanto o objetivo da Seguridade Social não é suprir todas as necessidades, mas aquelas relacionadas aos mínimos vitais que importam no conceito de bem-estar.

2.4 Os Métodos da Nova Hermenêutica Constitucional

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito que importa em um texto constitucional permeável a elementos externos, e a renúncia, pelo Poder Constituinte, à pretensão de disciplinar as infinitas situações fáticas ocorridas no bojo da sociedade, influenciou decisivamente na formação de uma nova hermenêutica⁸ constitucional.

Esta nova hermenêutica consubstancia-se em métodos e princípios de interpretação, em que não há uma hierarquia entre eles, ficando, desta forma, sob a escolha do intérprete qual método e/ou princípio será mais adequado para solucionar um dado caso concreto.

Assim, é importante comentar sobre métodos e princípios da hermenêutica das normas constitucionais, porque qualquer decisão, ao mesmo tempo que resolve um problema constitucional em concreto, projeta-se sobre o restante do ordenamento e passa a orientar a interpretação das normas infraconstitucionais, haja vista que a Lei Maior é fundamento de validade para leis e atos normativos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, não se pode alijar a constitucionalização do direito.

Os principais métodos e princípios utilizados pelos neoconstitucionalistas serão sintetizados a seguir.

2.4.1.1 Método hermenêutico-clássico

Para os adeptos desse método, não obstante a Constituição ocupar uma posição de supremacia no ordenamento jurídico, servindo de fundamento e de elemento de integração, ela é essencialmente uma lei e, por isso, deve ser interpretada segundo as regras tradicionais da hermenêutica (filológico, histórico e teleológico).

⁸ O termo “hermenêutica”, sob o escólio de Carlos Maximiliano (2007, p. 02), trata-se da teoria científica da arte de interpretar e tem por objeto de estudo a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance da expressão do Direito.

2.4.1.2 Método tópico-problemático

A partir da premissa de que a Constituição detém uma estrutura aberta, a Lei Fundamental mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para necessidade de interpretá-la dialogicamente (processo de argumentação entre vários participantes) e aceitação de todos os *topoi*⁹ ou fórmulas de busca (dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto constitucional), até vencer o *topoi* que melhor solucione o problema.

2.4.1.3 Método hermenêutico-concretizador

Este método apregoa que o intérprete deverá ter uma pré-compreensão do ambiente, da situação histórica em que o problema é posto a seu exame a fim de resolvê-lo à luz da Constituição, ou seja, a aplicação do direito significa pensar conjuntamente a situação fática e a lei de tal maneira que o direito de fato se concretize, tendo a Constituição como limite da concretização.

2.4.1.4 Método científico-espiritual

Os estudiosos deste método baseiam-se na ideia de a Constituição ser um instrumento de integração, em sentido amplo, não apenas no sentido jurídico-formal (norma-suporte e fundamento de validade do ordenamento), mas também em uma perspectiva política-sociológica, enquanto instrumento de regulação de conflitos.

2.4.1.5 Método normativo-estruturante

Konrad Hesse, um dos principais expoentes desta técnica hermenêutica, afirma que a interpretação constitucional é concretização, ou seja, aquilo que não aparece, de forma clara, como conteúdo da Constituição, é o que deve ser determinado mediante a incorporação da realidade, haja vista o conteúdo da norma interpretada só se tornar completo com a sua interpretação.

2.4.1.6 Método da interpretação comparativa

Pretende captar, através de uma comparação jurídica, a evolução de institutos jurídicos, normas e conceitos nos vários ordenamentos jurídicos com o fito de esclarecer

⁹ *Topoi* são esquemas de pensamento, raciocínio, argumentação, lugares comuns, pontos de vista.

o significado a atribuir a determinados enunciados lingüísticos utilizados na formulação de normas jurídicas.

2.4.2.1 Princípio unidade da constituição

As normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios.

2.4.2.2 Princípio da concordância prática ou da harmonização

Consiste em uma recomendação para o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote uma solução que otimize a realização de todos eles, de forma a não acarretar a negação de nenhum, impondo o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre bens.

2.4.2.3 Princípio da eficácia integradora

Este cânone interpretativo orienta o aplicador da Constituição, ao construir soluções para os problemas jurídicos, dar preferência aos critérios ou ponto de vistas que favoreçam a integração social e a unidade política, porque além de criar e manter uma ordem jurídica, necessita também manter uma coesão sociopolítica.

2.4.2.4 Princípio da força normativa da Constituição

Propõem aos aplicadores do Direito, ao solucionar os problemas jurídicos, dar preferência as interpretações das normas constitucionais que as confirmam maior eficácia.

Possui como corolário o *princípio da máxima efetividade*, de forma a otimizar a eficácia das normas constitucionais, sem alterar o seu conteúdo. É utilizada no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

2.4.2.5 Princípio da interpretação conforme a Constituição

Diante de normas polissêmicas, deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição.

O STF, em virtude de ser a Corte Suprema com a competência de proteger a supremacia e a efetividade da Constituição Federal, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade (controle de constitucionalidade concentrado) precipuamente, emite, através de seus julgados de efeito vinculante, qual a interpretação a ser dada às normas infraconstitucionais. Assim, nos termos do art. 28 da Lei nº 9.868/99, o STF utiliza este princípio para alcançar o referido desiderato.

3 SAÚDE

Os benefícios concedidos no âmbito do Setor da Saúde objetivam a conservação ou restabelecimento do estado de saúde, manifestando-se em três tipos de benefícios: i) no âmbito dos sistemas securitários e públicos de saúde, quais sejam o fornecimento de assistência médica e odontológica, ii) atendimento hospitalar e iii) assistência farmacêutica.

Consoante os arts. 6º e 196 a 200 da Lei Maior, a saúde é considerada direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas sociais e econômicas (uma vez que é uma das técnicas de proteção social – art. 194, *caput* CF/88) que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de sua promoção, proteção e recuperação.

4 ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Assistência Social constitui-se em uma das mais básicas feições da proteção social, pois esta foi a primeira forma de proteção social vigente no mundo.

Inicialmente, era prestada sob a forma de “caridade”, mas, com o advento do Estado de Bem-Estar, a assistência passou a ter um caráter de direito.

Nos termos da Lei Maior, a Assistência Social constitui-se uma das vias do sistema de Seguridade Social, destinada a abarcar os sujeitos não cobertos pela

previdência social, justamente pela sua não inserção no mercado formal de trabalho e de renda mínima, de forma a ofertar-lhes condições de sobrevivência em enfrentamento à miséria, ademais, para propiciar condições mínimas de sobrevivência com dignidade.

Assim, os objetivos deste subsistema realizam-se pelo manejo de determinadas prestações assistenciais (constituem-se em benefícios e serviços). Como exemplos: o Benefício de Prestação Continuada, consignado no art. 203, inciso V da CF/88 e regulado pelas Leis nº 8.742/93 e nº 10.741/03, objeto da presente monografia; bolsa-família; bolsa-escola; auxílio-gás; bolsa-alimentação; benefícios assistenciais eventuais (art. 22 LOAS); e os serviços assistenciais, objetivando promover a inserção ou reinserção no mercado de trabalho.

5 PREVIDÊNCIA SOCIAL

O sistema público é representado pelo Regime Próprio e pelo RGPS, este é previsto no art. 201 da Lei Maior, é composto pelos trabalhadores da iniciativa privada, de filiação compulsória, gerido por uma autarquia, o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

O Regime Próprio, destinados aos servidores titulares de cargos públicos efetivos das 04(quatro) entidades federativas, é mantido pelo respectivo ente público e pela contribuição tanto do servidor ativo quanto do aposentado e do pensionista, ante o caráter solidário do regime, previsto no art. 40 e parágrafos da CF/88.

O sistema privado está previsto no art. 202 da CF/88, é complementar à previdência de caráter público, seu ingresso é facultativo, contributivo, coletivo ou individual, inferindo-se assim que o Estado não assume qualquer responsabilidade pela sua manutenção. Essa previdência complementar submete-se ao regime de direito privado, uma vez que seu ingresso não é compulsório, daí resultando sua natureza contratual. E tais entidades podem ser abertas, sob a forma de sociedade anônima e aberto a qualquer pessoa; e fechadas.

CAPÍTULO II – O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

1 PRINCÍPIOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Além dos princípios constitucionais expostos no capítulo I, mormente o da universalidade de cobertura e atendimento, da seletividade e distributividade de benefícios e serviços aplicarem-se à assistência social, conseqüentemente, ao benefício assistencial, devem ser observados também os princípios da solidariedade social e os expressos no art. 4¹⁰ e seus incisos da Lei nº 8.742/93.

4.1 Princípio da supremacia do atendimento ante as exigências econômicas (art. 4º, I)

Significa dizer que à Assistência Social incumbe fornecer, por meio de suas prestações, a todos aqueles que se enquadrem na faixa de necessidade legalmente determinada, os meios para garantir o mínimo existencial, por conseguinte, promover o desenvolvimento de sua condição de cidadãos, independentemente do custo financeiro que possa importar ao orçamento da Seguridade Social.

4.2 Princípio da universalização (art. 4º, II)

Este artigo da lei ordinária apenas enfatiza o que já está previsto no art. 194, § único, inciso I e art. 203, *caput* da CF/88, significando dizer que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar independentemente de contribuição.

Todavia, não serão todos efetivamente beneficiados por este subsistema, mas apenas aqueles que comprovem necessidade, conforme definição disposta em lei.

¹⁰ “Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;

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

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

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

Assim, pode-se afirmar que o benefício assistencial será prestado a todos, mas, com aplicação concomitante do princípio da seletividade e da distribuição dos benefícios e serviços, tal prestação será limitada para as necessidades surgidas em virtude da não condição de o idoso e deficiente prover seus meios de subsistência ou por sua família.

4.3 Princípio do respeito à dignidade do cidadão (art. 4º, III)

Incumbe à Assistência Social ofertar proteção não vexatória, concernente à comprovação da situação de necessidade, e, com seus serviços e benefícios, promover a inclusão social de seus beneficiários.

4.4 Princípio da igualdade de situação entre beneficiários (art. 4º, IV)

Os beneficiários da assistência social são todos assistíveis, sem distinção, os quais estão na mesma condição, variando apenas a intensidade da necessidade. Assim, pode-se dizer que é o princípio constitucional da isonomia formal (igualdade jurídica) e material (tratar igualmente quem é igual e desigualmente quem é desigual) expresso na lei ordinária.

4.5 Princípio da ampla divulgação de prestações, programas e projetos assistenciais (art. 4º, V)

Objetiva permitir o mais amplo acesso dos indivíduos ao sistema de Assistência Social, uma vez que não se pode presumir que aqueles que já se encontram em situação de vulnerabilidade social sejam suficientemente instruídos acerca das prestações a que possam fazer jus, incumbindo, assim, ao próprio Ente Público realizar a devida publicização acerca das informações sobre tais direitos.

4.6 Princípio da proteção aos indivíduos em situação de vulnerabilidade ou risco social

Este princípio está explícito nos incisos I, II e V do art. 203 da CF/88. Na sua dicção, ficam resguardados pela proteção assistencial as famílias e específicos grupos de indivíduos (mães, crianças e adolescentes, idosos e deficientes) em situação de

vulnerabilidade social, entendida enquanto ausência de acesso às condições mínimas propiciadas pela vida em comunidade.

4.7 Princípio da promoção da integração à sociedade e ao mercado de trabalho

Está intimamente relacionado com o princípio da proteção aos indivíduos em situação de vulnerabilidade, porquanto determina que, a partir das políticas de cunho assistencial, seja promovida sua inserção social e ao mercado de trabalho.

4.8 Princípio da subsidiariedade

Assume, numa feição positiva, o significado de uma imposição do auxílio e, numa acepção negativa, a necessária observância, por parte do Estado, das unidades sociais inferiores, não podendo atrair para si as competências originárias.

Assim, este princípio fundamenta-se em uma “primazia da auto-responsabilidade”, implicando, para o indivíduo, um dever de zelar pelo seu próprio sustento e o de sua família.

2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

A Assistência Social, na antiguidade, restringia-se ao núcleo familiar (clãs), donde os enfermos, idosos, crianças, e outros necessitados contavam somente com o amparo familiar.

Com a expansão do Cristianismo, no período medieval, a assistência passou a ser vista como meio de ajuda aos necessitados, como forma de princípio cristão de caridade e amor a Deus e ao próximo, condição suprema da salvação humana. A filantropia e a assistência estavam atreladas à caridade e as iniciativas voluntárias e isoladas de auxílio aos carentes.

Assim, a Assistência Social foi a primeira forma de proteção social vigente no mundo sob a forma de “caridade” para com os pobres¹¹.

Com o surgimento da sociedade industrial capitalista, a emergência da questão social¹² (luta de classes) e a posterior Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 – reflexo das duas Grandes Guerras Mundiais – passou-se haver uma intervenção estatal crescente, desde políticas marginais de combate à pobreza até a assistência social sob a forma de um direito fundamental, abandonando a ideia de favor ou caridade que detinha até então.

No Brasil, a Assistência Social também nasceu da concepção de proteção colocada como caridade, ajuda, favor (benemerência/filantropia). Logo, surgiu como medida de ajuda nas dificuldades e privações restritas a cada necessitado, e não como responsabilidade do Estado.

Aos poucos a assistência social foi se institucionalizando pelo ente estatal por meio de políticas públicas com financiamentos descontínuos, desarticulados até o advento da Constituição Federal de 1988 que desvinculou a assistência social como prática filantrópica para um caráter de direito social.

Assim, far-se-á adiante uma breve exposição dos marcos históricos do surgimento da assistência social e do benefício assistencial, o qual é um dos instrumentos para efetivar os fins deste subsistema da seguridade social.

A Constituição de 1824 previa os “socorros públicos” – art. 179, XXXI: “*a Constituição também garante os socorros públicos*” – contudo, não teve nenhuma aplicabilidade, foi inserida apenas por influência da Declaração dos Direitos Humanos e dos Cidadãos de 1789.

¹¹ Não obstante neste período o Estado não realizar políticas públicas assistenciais, há uma exceção na história das sociedades ocidentais, qual seja: a promulgação da Lei dos Pobres, na Inglaterra em 1601, que regulamentou a instituição de auxílio e socorro públicos aos necessitados.

¹² Em virtude do liberalismo ter retirado do trabalhador o amparo do Estado, submetendo seu trabalho como mercadoria sujeita às leis do livre mercado, resultou, de um lado, a concentração de riquezas nas mãos de poucos, e, de outro, o crescimento assustador da miséria da classe operária. E isso deu origem ao que se denomina questão social.

Na década de 30, o Estado brasileiro começou a subsidiar práticas de benemerência por meio do auxílio-subvenções sociais (Decreto n. 20.351/31¹³).

Com a Constituição de 1934, o universo de instituições passíveis de receberem a subvenção foi ampliado, tendo uma eficácia mais concreta no amparo ao desvalido, englobando a partir de então as organizações ligadas à saúde, à cultura e à educação.

Em 1938, criou-se o Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS) – Decreto-Lei nº 527/38 – o qual era um órgão auxiliar do Ministério da Educação e Saúde, seus membros cadastravam as organizações filantrópicas, avaliavam os pedidos de subvenções e submetiam-no à aprovação do Ministério (mas o valor do benefício era determinado pelo Presidente da República).

Já, em 1942, instituiu-se a LBA (Legião Brasileira de Assistência), órgão governamental, dirigido pela primeira dama, Darci Vargas, com a competência de organizar voluntários e assistir idosos, inválidos e crianças carentes.

Em 1974, sob o regime da ditadura militar, caracterizado pelo Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, promulgou-se a Lei nº 6.036, de 1º de maio de 1974, criando o Ministério da Previdência e Assistência Social, desmembrado do Ministério do Trabalho.

Na Constituição de 1988, a assistência social passa a ser um instrumento de efetivação dos direitos sociais, mudando-se o paradigma de um mero assistencialismo para a assistência social como direito, consubstanciando-se em algumas prestações assistenciais (benefícios e serviços).

A partir disso, conclui-se que o Benefício de Prestação Continuada, objeto deste estudo, só foi estabelecido, *prima facie*, com um caráter eminentemente assistencial no texto constitucional de 1988.

¹³ Instituiu a Caixa de Subvenções, sediada no Ministério da Justiça. E o auxílio era destinado a estabelecimentos de ensino técnico, aos serviços de nacionalização do ensino e a estabelecimentos de caridade como: hospitais, maternidades, leprosários, creches e institutos de proteção à criança.

Antes disso, havia outros benefícios que foram precursores do atual BPC. Dessa forma, a Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974, previu em seu art. 1º, o amparo previdenciário¹⁴, o qual, apesar do forte traço assistencial, não se poderia denominá-lo de benefício assistencial, uma vez que se fazia necessário a prévia filiação ao sistema previdenciário para o recebimento do benefício.

No ínterim entre a promulgação da Carta Magna de 1988 e o disposto no art. 40, § 2º da Lei nº 8.742/93¹⁵, concedia-se a Renda Mensal Vitalícia, com fulcro no art. 139¹⁶ da Lei 8.213/91, cuja prestação continuaria integrando o elenco de benefícios da

¹⁴ “art. 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferirem rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural, conforme o caso, desde que:

I - tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12(doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou

II - tenham exercido atividade remunerada atualmente Incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no o mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não, ou ainda:

III - tenham ingressado no regime do INPS, após complementar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.

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

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

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

¹⁵ “Art. 40. Com a implantação dos benefícios previstos nos arts. 20 e 22 desta lei, extinguem-se a renda mensal vitalícia, o auxílio-natalidade e o auxílio-funeral existentes no âmbito da Previdência Social, conforme o disposto na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

§ 1º A transferência dos beneficiários do sistema previdenciário para a assistência social deve ser estabelecida de forma que o atendimento à população não sofra solução de continuidade.

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

¹⁶ “Art. 139. A Renda Mensal Vitalícia continuará integrando o elenco de benefícios da Previdência Social, até que seja regulamentado o inciso V do art. 203 da Constituição Federal. 1º. A Renda Mensal Vitalícia será devida ao maior de 70 (setenta) anos de idade ou inválido que não exercer atividade remunerada, não auferir qualquer rendimento superior ao valor da sua renda mensal, não for mantido por pessoa de quem depende obrigatoriamente e não tiver outro meio de prover o próprio sustento, desde que:

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

II - tenha exercido atividade remunerada atualmente abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social,

Previdência até que fosse regulamentado o art. 203, V da CF/88, sendo devida até 31 de dezembro de 1995.

Com o exposto, depreende-se que a Assistência Social, antes da Constituição Federal de 1988, não era um dever jurídico do Estado, por conseguinte, os auxílios concedidos detinham caráter meramente filantrópico ou previdenciário (amparo previdenciário e a renda mensal vitalícia). Todavia, com a CF/88, através da previsão expressa da Assistência Social (Seção IV), no Capítulo II (Seguridade Social), no Título VIII (Da Ordem Social) e art. 6º, *caput*, passou-se a ter um viés de direito social (fundamental).

3 CONCEITO

O Benefício de Prestação Continuada, assegurado pelo art. 203, inciso V¹⁷ da CF/88 e regulado precipuamente pelos arts. 20¹⁸, 21 e 38 da Lei nº 8.742/93, é o de maior relevância dentre as prestações da Assistência Social, porquanto é o único previsto expressamente na Carta Magna.

O dispositivo constitucional garantiu a prestação pecuniária mensal, no valor de um salário mínimo, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, desde que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Coube, por conseguinte, à legislação ordinária a definição de idoso, de portador de deficiência e da condição socioeconômica da unidade familiar. Diante disso, nem

embora sem filiação a este ou à antiga Previdência Social Urbana ou Rural, no mínimo por 5(cinco) anos, consecutivos ou não; ou

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

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

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

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

¹⁷ “Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

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

¹⁸ “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.”

sempre a lei é clara e objetiva, restando, para solucionar um dado caso concreto, a interpretação do Judiciário e da Doutrina.

Da análise do texto constitucional e legal, infere-se a existência de 02 (dois) requisitos a serem considerados para concessão do BPC: i) condição pessoal do requerente: i.a) idade avançada (requisito etário) ou i.b) deficiência; ii) condição socioeconômica da unidade familiar.

Conceitua-se, desta feita, o benefício assistencial como uma prestação de trato continuado, com renda equivalente a um salário mínimo, de cunho personalíssimo, devido à pessoa portadora de deficiência e idoso, que comprove situação de hipossuficiência, independentemente de ter contribuído para a seguridade social.

4 NATUREZA JURÍDICA¹⁹

O Benefício de Prestação Continuada, como uma prestação da assistência social, é um direito social, previsto expressamente no art. 6º, *caput* (“São direitos sociais...a assistência aos desamparados”), por conseguinte, trata-se de um direito fundamental, haja vista estar incluído dentro do Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais – da Constituição Federal de 1988²⁰.

Hodiernamente uma das grandes polêmicas acerca dos direitos sociais gira em torno da efetividade destes direitos, se seriam normas programáticas ou de aplicabilidade imediata, principalmente, em virtude da teoria da reserva do possível, consequentemente, se o BPC é uma mera expectativa de direito ou um direito público subjetivo.

¹⁹ A natureza jurídica significa determinar a essência de um dado instituto a fim de classificá-lo dentro do universo de figuras existentes no Direito, ou seja, seria descobrir os pontos em comum, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído.

²⁰ Neste sentido, Ingo Sarlet (2008, p. 17) afirma: “(...) firma-se aqui a posição em torno da tese de que – pelo menos do âmbito do sistema de direito constitucional positivo nacional – **todos os direitos sociais são fundamentais**, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles sediados no Título II da CF (dos direitos e garantias fundamentais) ou dispersos pelo restante do texto constitucional, ou se encontrem ainda (também expressa ou implicitamente) localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.”

José Afonso da Silva (2005, p. 286) também corrobora tal entendimento: “Assim, podemos dizer que os **direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem**, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos (...).”

Para Ingo Sarlet (2001), Paulo Bonavides (2005), J.J. Canotilho²¹(2003), os direitos sociais (BPC) são aplicáveis de imediato e dotados de judiciabilidade.

Ingo Sarlet afirma que os direitos fundamentais sociais de fato possuem limites em sua eficácia ante a “reserva do possível” e a competência do Legislativo. Porém, quando se menciona direito à vida e à dignidade da pessoa humana, importando em um mínimo existencial, deverá reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações.

Nesta esteira, o STF entendeu que o art. 203, V da CF/88 criou um direito subjetivo, quando se manifestou no MI 448/ RS²², declarando a omissão do Congresso Nacional em editar lei, que regulasse a concessão do benefício assistencial, assegurado pela norma constitucional.

Todavia, para outros juristas, como Ricardo Torres Lobo (2008) e Konrad Hesse, os direitos sociais existem sob a “reserva do possível”²³ ou da “soberania orçamentária do legislador”, isto é, da reserva da lei instituidora das políticas públicas, sendo desta forma, normas programáticas, que fornecem diretrizes para o legislador sem eficácia vinculante.

Diante dos novos paradigmas trazidos pela CF/88, pela lógica do art. 5º, § 1º deste diploma, o magistério dos eminentes juspublicistas e o aresto do Pretório Excelso, depreende-se, por fim, que o benefício de prestação continuada é um direito

²¹ Canotilho (1999) aduz: “o entendimento dos direitos sociais (...) como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema de sua efectivação. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma “reserva do possível”, para significar a dependência dos direitos econômicos, sociais e culturais dos “recursos econômicos”, a efectivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos.”

²² Mandado de injunção. Exclusão do INSS da relação processual. Falta de regulamentação do inciso V do artigo 203 da Constituição. Mora do Congresso Nacional. Deferimento, em parte, do mandado de injunção, para reconhecer a mora do Congresso Nacional, dando-se a este ciência para que seja regulamentado o inciso V do artigo 203 da Constituição Federal. (STF, Pleno, MI 448/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para acórdão Min. Moreira Alves, j. em 05/09/1994, fonte: DJ de 06-06-97, p.24871, Ement. Vol. 1872-01, p. 1).

²³ A Reserva do Possível é uma teoria, surgida na Alemanha, especialmente a partir do início do anos 70, traduzindo a ideia de que os direitos sociais (as prestações materiais) dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado.

fundamental de aplicabilidade imediata de eficácia limitada, tratando-se de um direito público subjetivo, plenamente exigível na esfera administrativa e na jurisdicional.

Logo, a efetividade do benefício assistencial, uma vez preenchido os requisitos constitucionais e legais, não se subjeta à teoria da reserva do possível, porquanto, visa-se garantir o mínimo existencial de um indivíduo.

Não obstante levar em consideração as condições econômicas, financeiras, sociais e históricas da sociedade brasileira; a crise de efetividade vivenciada cada vez maior pelos direitos fundamentais de todas as dimensões²⁴ remete a uma necessidade premente de a sociedade brasileira buscar o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, bem como do processo de administração das políticas públicas.

Não aceitar a simples afirmação do legislador e do gestor público de que não há dotação orçamentária para investir adequadamente nas políticas públicas, mas sim ser-lhes atribuído o ônus de provar tais assertivas, permitindo assim um maior controle (também jurisdicional) das decisões políticas acerca da alocação dos recursos.

²⁴ Conforme George Marmelstein (2003), o termo “dimensão” dos direitos fundamentais (para doutrina moderna, como: Paulo Bonavides, Ingo Sarlet, Willis Santiago Guerra Filho) superou o termo “geração”, já que esta dava uma falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, o que é um erro, pois o ideal é todos os direitos fundamentais serem analisados e compreendidos em múltiplas dimensões, ou seja, na dimensão individual-liberal (primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade (terceira dimensão) e na dimensão democrática (quarta dimensão).

CAPÍTULO III: QUESTÕES DIVERGENTES, NA DOCTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA, ACERCA DOS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL²⁵

1 A DEFICIÊNCIA (INCAPACIDADE) PARA CONCESSÃO DO BPC

Como já mencionado, a norma constitucional (art. 203, V) criou o benefício de prestação continuada devida aos idosos²⁶ e aos deficientes, sendo que tal condição deverá ser comprovada por exame pericial efetivado pelo INSS (art. 20, § 6º LOAS).

Por seu turno, a atribuição à legislação infraconstitucional de definir um dos requisitos impostos pelo texto constitucional realizou-se no art. 20, § 2º da Lei nº 8.742/93, o qual dispôs que deficiente é a pessoa incapaz para o trabalho e para vida independente (*“§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”*).

Mas, o termo “incapacidade para vida independente” gerou alguns entendimentos diversos como será exposto a seguir.

Para Carlos Gustavo Moimaz (2009) a caracterização da deficiência se estabelece somente pela constatação da incapacidade laboral, uma vez que o importante é a hígidez para o trabalho, porquanto é através deste que o indivíduo poderá assegurar o próprio sustento e de sua família.

Tal jurista conclui seu pensamento afirmando que a Lei nº 8.742/93 extrapolou sua função de mera regulamentação da norma constitucional (quando impõe a comprovação da incapacidade para vida independente a fim de considerar o indivíduo

²⁵ É competência privativa da União legislar sobre a Seguridade Social, por conseguinte, sobre o BPC nos termos do art. 22, XXIII da CF/88. Outrossim, o INSS é o ente responsável pela execução e pela manutenção do benefício de prestação continuada, conforme art. 29, § único da Lei nº 8.742/93.

²⁶ No período de 1º de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997, aplicava-se o disposto no art. 38 da Lei nº 8.742/93, em que a idade mínima para o idoso era de 70(setenta) anos. Já no interregno de 1º de janeiro de 1998 a 31 de dezembro de 2003, a idade mínima para idoso passou a ser de 67(sessenta e sete anos), em razão da Lei nº 9.720/98. E a partir de 1º de janeiro de 2004 até os dias de hoje, com o Estatuto do Idoso (art. 34 c/c art. 118 ambos da Lei nº 10.741/03), a idade passou para 65 (sessenta e cinco anos) para fins de percepção do BPC, porém, a idade, para qualificar uma pessoa como idosa, é de 60 (sessenta anos), nos termos da Lei supracitada.

como deficiente), passando a exigir um novo requisito para concessão do BPC, não previsto pela Constituição.

Segundo Leandro Paulsen e Simone Barbisan (2005), o conceito de “pessoa portadora de deficiência” não significa dizer que o indivíduo será impossibilitado de exercer qualquer ato da vida diária, como vestir-se, alimentar-se e higienizar-se, logo, a incapacidade demandada é a laborativa, pois, daí também advém, subsidiariamente, a incapacidade para os atos da vida independente.

Nesta perspectiva, Fábio Zambitte (2009) também afirma que a redação da Lei é criticável, não devendo ser interpretada literalmente devido à imprecisão da expressão “incapacidade para vida independente”, porque acaba por excluir todas as solicitações administrativas do benefício assistencial, haja vista que a perícia médica entende que somente enquadra-se neste requisito a pessoa totalmente dependente de terceiros, mesmo nas atividades mais básicas do dia-a-dia.

Em sentido contrário, Hermes Arrais (2003) aduz que, para concessão do benefício de prestação continuada, não basta a incapacidade laborativa, porque a Lei impõe a incapacidade também para vida independente.

Assim, coaduna-se Sérgio Pinto Martins (2007) por considerar pessoa portadora de deficiência aquela incapacitada para vida independente e para o trabalho, em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza congênita ou adquirida, que impeçam o desempenho das atividades diárias e do trabalho.

Deve-se frisar que o INSS, autarquia responsável pela execução e manutenção do benefício (art. 29, § único LOAS), interpreta que a pessoa deficiente deve comprovar sua incapacidade para o trabalho e para vida independente, de maneira que esta impossibilite o indivíduo de praticar os atos do dia-a-dia, necessitando do auxílio de um terceiro, consoante art. 4º, II c/c art. 9º, I todos do anexo do Decreto nº 6.214/2007.

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais entende que a incapacidade para a vida independente deve ser compreendida não como falta de condições para as atividades mínimas do dia-a-dia, no sentido de ausência da capacidade para a realização dos atos cotidianos de vestir-se, alimentar-se, higienizar-se, mas como a ausência de

meios de subsistência, visto sob um aspecto econômico, refletindo na possibilidade de acesso a uma fonte de renda.

Nesta esteira, confirmam-se os seguintes arestos:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DO ART. 20 DA LEI Nº. 8.742/93. NECESSITADA DEFICIENTE FÍSICO. MISERABILIDADE NÃO CONTESTADA. INCAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE É MAIS AMPLA QUE A CAPACIDADE PARA OS ATOS DA VIDA COTIDIANA. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDAS. SENTENÇA MANTIDA. (...)

4. De se notar que a conceituação de pessoa portadora de deficiência para fins do recebimento do benefício de prestação continuada, como aquela incapacitada para os atos da vida independente e para o trabalho, não ostenta o alcance pretendido pelo INSS, de condicioná-lo à completa ausência da capacidade para a realização dos atos cotidianos de auto preservação da saúde (higiene) e impulsos vitais. 5. Em verdade, a aptidão para o trabalho e para a vida independente, abrange, necessariamente, a possibilidade de auferir renda e de com ela atender às demandas do cotidiano. **6. Esse Tribunal vem assentado o entendimento de que, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se atribuir à incapacidade para o trabalho e para os atos da vida independente sentido mais amplo que a total incapacidade para os atos da vida cotidiana (AC 1999.43.00.001755-9/TO).** 7. A sentença merece ser mantida, portanto, garantindo-se à Apelada o direito de receber o benefício assistencial disciplinado no art. 20 da Lei nº 8742/93, tal qual concedido. 8. Apelação e remessa necessária improvidas. (TRF1 - AC 200437010018392 - Relatora Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli (conv.), e-DJF1 data:02/04/2009 pagina:559).

AGRAVO INTERNO. SEGURIDADE SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RESTABELECIMENTO. DEFICIÊNCIA COMPROVADA. MITIGAÇÃO DO CRITÉRIO FINANCEIRO. OBSERVADO O LIMITE LEGAL DA RENDA MENSAL FAMILIAR PER CAPITA.

1. O benefício de prestação continuada no valor de um salário-mínimo é devido 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, consoante os requisitos estabelecidos no art. 20, e parágrafos, da Lei nº 8.742/93, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.720/98, em conformidade com a regra contida no artigo 203, V, da Constituição Federal. **2. A incapacidade para a vida independente deve ser entendida não como falta de condições para as atividades mínimas do dia a dia, mas como ausência de meios de subsistência, visto sob um aspecto econômico, refletindo na possibilidade de acesso a uma fonte de renda.** 3. O conceito de incapacidade para a própria manutenção é complementado pela condição de que a renda familiar per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo. (...) (TRF2 - AC 200502010135783 - Relatora Desembargadora Federal Andrea Cunha Esmeraldo, Fonte DJU - data::08/05/2009 - página::224)

AÇÃO RESCISÓRIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA, PREVISTO NO ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ARTIGO 20, PARÁGRAFO 3º, DA LEI Nº 8.742/93. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI. RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. – (...) **"incapacidade para a vida independente" não implica na impossibilidade plena de realização das atividades básicas da vida diária,**

como, por exemplo, promover os cuidados de higiene pessoal, de vestir-se e de alimentar-se, nem significa incapacidade do indivíduo para a prática dos atos da vida civil, mas indica que a "pessoa portadora de deficiência" não possui condições de autodeterminar-se ou, ao menos, que ela, para viver com dignidade, depende de algum auxílio, acompanhamento, vigilância ou atenção de outra pessoa. - Não restou identificada a literal violação às disposições legais citadas, pois a decisão rescindenda, após análise detida de todo o conjunto probatório, entendeu que a parte ré fazia jus ao benefício diante da configuração de todos os requisitos exigidos na lei, comprovado, inclusive, ser a interessada "pessoa portadora de deficiência". - Ação rescisória improcedente. (TRF3 - AR 200503000982485 - Relator(a) JUIZA EVA REGINA, Fonte DJF3 CJ1 DATA:12/01/2010)

PROCESSUAL CIVIL. EXTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE. RENDA PER CAPITA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. (...) **3. A incapacidade para a vida independente (a) não exige que a pessoa possua uma vida vegetativa ou que seja incapaz de locomover-se; (b) não significa incapacidade para as atividades básicas do ser humano, tais como alimentar-se, fazer a higiene e vestir-se sozinho; (c) não impõe a incapacidade de expressar-se ou de comunicar-se; e (d) não pressupõe dependência total de terceiros.** Precedentes do STJ e desta Corte. (...) 7. Presentes os pressupostos a sua concessão, deve ser deferida a antecipação de tutela requerida. (TRF4 - AC 200872990015214 - Relator Celso Kipper, Fonte D.E. 02/12/2009)

CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO DEFICIENTE. PEDIDO DE CONCESSÃO. ESCOLIOSE DORSO-LOMBAR (DEFORMIDADE) E HIPOTROFIA MUSCULAR INTENSA. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO. PRESTAÇÕES VENCIDAS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. 1. Nos termos do art. 20, da Lei nº 8.742/93, a concessão do benefício de prestação continuada ao deficiente está condicionada à prova do preenchimento dos seguintes requisitos: ser portador de deficiência e não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. **Para que reste atendido o primeiro dos requisitos, a Lei nº 8.742/1993, no art. 20, parágrafo 2º, estabelece duas exigências: incapacidade para a vida independente e para o trabalho.** Quanto ao segundo requisito, é considerada como incapaz de manter a pessoa portadora de deficiência a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. **2. A perícia judicial constatou que o apelado apresenta Escoliose Dorso-Lombar (deformidade) e hipotrofia muscular intensa, em todo membro inferior esquerdo, que o incapacita para a atividade laborativa.** 3. Ademais, de acordo com o enunciado nº 30, de 9 de junho de 2008, editado pelo Advogado Geral da União, "A incapacidade para promover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de dezembro de 1993". 4. A hipossuficiência restou demonstrada através da declaração de renda familiar e pela prova testemunhal. 5. Destarte, restaram preenchidos os requisitos necessários para a concessão do benefício de Amparo Social em favor do recorrido, com efeito retroativo à data do requerimento administrativo (10/05/2000). Contudo, em razão da remessa oficial, deve ser reconhecida a prescrição das parcelas vencidas no quinquênio que antecedeu o ajuizamento da ação, quais sejam, as parcelas anteriores a 17/09/2002. (...) 10. Apelação e remessa oficial parcialmente providas. (TRF5 - AC 200905990036291 - Relator Desembargador Federal Francisco Cavalcanti, DJE - Data::21/01/2010 - Página::72)

O Superior Tribunal de Justiça não se manifesta muito acerca do assunto em virtude da súmula nº 07²⁷ desse Tribunal. Mas, em 2002, proferiu o seguinte acórdão:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÓBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. (...) **II - O laudo pericial que atesta a incapacidade para a vida laboral e a capacidade para a vida independente, pelo simples fato da pessoa não necessitar da ajuda de outros para se alimentar, fazer sua higiene ou se vestir, não pode obstar a percepção do benefício, pois, se esta fosse a conceituação de vida independente, o benefício de prestação continuada só seria devido aos portadores de deficiência tal, que suprimisse a capacidade de locomoção do indivíduo - o que não parece ser o intuito do legislador.** III - Recurso desprovido. (STJ - RESP 200101200886 - Relator Gilson Dipp, Fonte DJ DATA:01/07/2002 PG:00377)

Como demonstrado, para alguns, a incapacidade para o trabalho pressupõe a incapacidade para vida independente e, para outros, além de o indivíduo não poder realizar nenhum labor, deverá provar que é incapaz para realizar as atividades básicas do cotidiano.

É necessário ressaltar que a deficiência por si mesma, ou seja, a lesão ou a perda de alguma estrutura ou função fisiológica ou anatômica²⁸ não faz presumir a incapacidade para o trabalho, na verdade, deve-se verificar o tipo de deficiência para concluir se o requerente do benefício é ou não incapaz para realizar atividades laborativas, conseqüentemente, encontrar-se ou não em situação de risco social.

De acordo com esse entendimento, a Carta Magna protege o direito dos portadores de deficiência de acesso ao mercado de trabalho ainda que sua força de trabalho seja limitada, em total observância ao fundamento da Ordem Social, o primado do trabalho, por exemplo: no art. 7º, XXXI, proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; e no art. 37, VIII,

²⁷ “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

²⁸ Decreto nº 3.298/99: “art.3º: (...) I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano;”

assegura percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência.

A incapacidade para o trabalho (perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que impossibilita a pessoa de exercer uma atividade remunerada) resulta no fato de o indivíduo não poder mais garantir o mínimo existencial, em outras palavras, sua existência digna e de sua família, pondo em risco o próprio direito à vida.

Dessa forma, exigir, além do requisito supracitado, a comprovação de o indivíduo não poder locomover-se, alimentar-se e nem vestir-se, e ser dependente de terceiro, é não possibilitar a máxima efetividade, a concretização da norma constitucional e a finalidade da Assistência Social²⁹, haja vista que deixaria de fora muitas pessoas portadoras de deficiência incapacitadas para o trabalho, necessitadas de proteção social.

Deve-se acrescentar que não foi a vontade do legislador criar uma equivalência entre a incapacidade para vida independente e a incapacidade civil, conforme expõe o aresto do TRF 3ª Região retromencionado, haja vista que a perda da capacidade para trabalhar não implica necessariamente na ocorrência da incapacidade civil.

Exemplificando: uma pessoa que realiza hemodiálise três vezes por semana, comprovado por laudo médico sua incapacidade física e psicológica para laborar, preenchido o requisito econômico, mas é capaz de praticar os atos da vida civil sem necessitar de representante legal, será razoável e constitucional a não concessão do BPC, uma vez que não comprovou ser incapaz para praticar atos da vida diária?

O fato de não poder auferir renda, em decorrência do acometimento de doença incapacitante, e nem a família poder mantê-lo, ainda que plenamente capaz para realizar os atos de sua vida cotidiana, cria o risco social de sua existência digna e sua própria vida sucumbir-se. Assim, pelos motivos expostos, deve-se conceder o BPC com intuito de garantir o mínimo existencial.

²⁹ Promover o bem-estar pessoal, social e econômico daqueles que estão à margem da Previdência Social.

1.1 Concessão do BPC quanto à incapacidade parcial e à incapacidade temporária

A incapacidade laborativa, será analisada, pela perícia médica, quanto ao grau, total ou parcial, quanto à duração, temporária ou permanente, quanto à atividade profissional, uniprofissional (aquela em que o impedimento alcança apenas uma atividade específica), multiprofissional (aquela em que o impedimento abrange diversas atividades profissionais) ou omni-profissional (aquela que implica na impossibilidade do desempenho de toda e qualquer atividade laborativa)³⁰.

A incapacidade parcial significa dizer que o grau de incapacidade ainda permite o desempenho da atividade, sem risco de vida ou agravamento maior. Já a total gera a impossibilidade de permanecer no trabalho.

Considera-se, como incapacidade temporária, aquela que possui uma recuperação dentro de prazo previsível, e a incapacidade permanente é insuscetível de alteração em prazo previsível com os recursos da terapêutica e reabilitação disponíveis pela Seguridade Social.

E, por óbvio, quanto à atividade profissional, para fins de BPC, deverá ser para qualquer tipo de trabalho, ou seja, omni-profissional, em decorrência do princípio da subsidiariedade inerente à Assistência Social.

Resta bastante claro, ser devido o benefício assistencial, no caso de incapacidade total e permanente para o trabalho, desde que observado os outros requisitos legais.

Mas, no caso da incapacidade parcial, temporária ou permanente, em regra, não é possível concessão do BPC, porque o indivíduo não está totalmente incapaz para o trabalho³¹.

³⁰ **Perícia médica: avaliação da incapacidade laborativa.** Disponível em: www.higieneocupacional.com.br/.../pericia-medica-ms-ops.doc. Acesso em: 28 de abril de 2010.

³¹ AGRAVO INTERNO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFICIO ASSISTENCIAL. REGULARIDADE. INCAPACIDADE LABORATIVA PARCIAL. RENDA PER CAPITA FAMILIAR. (...)3. **Tendo o autor incapacidade parcial constatada na perícia médica**, por ser verificado agenesia congênita no antebraço direito e comportamento introvertido, em razão de sua deficiência, **o que impossibilitaria o**

Desta forma, *data vênia*, para corroborar o entendimento exposto, transcreve-se o voto vencedor da Relatora Desembargadora Federal Marianina Galante, em sede da Apelação Cível nº 2009.03.99.027422-7/SP, TRF3, publicado em DJF3 CJ1, data:24/11/2009, página: 1247:

“(…)O laudo médico pericial (fls. 61/65), datado de 23.06.08, indica que a autora, no momento da perícia, apresentava depressão, além de incapacidade laboral parcial e temporária para serviços que necessitem de concentração mental e demandem esforços físicos com a mão esquerda. Destaca que o prognóstico é reservado, no sentido laboral, para trabalhos que exijam uso da mão esquerda e concentração mental. Conclui que sua incapacidade laboral é parcial e temporária. (…)O exame do conjunto probatório mostra que a requerente, hoje com 47 anos, não logrou comprovar a incapacidade laborativa, considerando que o laudo aponta estar parcial e temporariamente impossibilitada para o exercício laboral.

Logo, não há reparos a fazer à decisão que deve ser mantida. Por essas razões, não conheço do agravo retido e nego provimento ao recurso da autora.

É o voto.”

Há situações de a incapacidade total (não possibilidade de retornar ao trabalho) ser previsível o período de sua recuperação (temporária) ou não (permanente).

Assim, ainda que a incapacidade total seja temporária, não há óbice para perceber o benefício assistencial, porquanto, o fato de o indivíduo estar totalmente privado de responsabilizar-se pelo seu sustento e de sua família, mesmo sendo previsível o prazo para findar sua incapacidade para o trabalho, põe em risco o bem-estar social e econômico destas pessoas.

Outrossim, como obtempera Marco Aurélio Leite (2008), o art. 21 do LOAS determina que o benefício será revisto a cada 02(dois) anos a fim de rever se as condições existentes na época de sua concessão ainda estão configuradas, *verbis*:

“Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

§ 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no caput, ou em caso de morte do beneficiário.”

trabalho braçal e não tendo o autor condições de outro tipo de trabalho, por ser analfabeto, fica preenchido o requisito de incapacidade para o trabalho. 4. Autor desempregado, sem condições de trabalhar, em função de sua deficiência, não havendo que se cogitar em renda mínima. 5. Ademais, o requisito de renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo não é requisito essencial para a concessão do benefício, devendo a condição de miserabilidade ser avaliada à luz do caso concreto pelo julgador.(Precedente STF – Voto do Ministro Gilmar Mendes, Reclamação nº 4374, noticiada no Informativo nº 454) 6. Agravo interno não provido. (AC 200702010110904 - TRF2, Relatora: Desembargadora Federal Liliane Roriz, publicado DJU - Data::27/02/2009 - Página::123).

Neste sentido, confirmaram-se os seguintes arestos:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO. ART. 557, §1º, CPC. INCAPACIDADE. NÃO ADSTRIÇÃO DO MAGISTRADO AO LAUDO PERICIAL. REQUISITOS LEGAIS COMPROVADOS. ART. 203, V, CF/88. **I - As limitações comprovadas pelo laudo médico pericial, analisadas em conjunto com os demais elementos constantes dos autos, conduzem à convicção adotada pela decisão agravada de que a autora não possui capacidade laborativa. II - A incapacidade temporária é suficiente à concessão do benefício enquanto ela perdurar. Ademais, ante o disposto no art. 21 da Lei 8.742/1993, a autarquia previdenciária tem a prerrogativa de aferir periodicamente se houve alteração das condições que autorizaram a concessão do benefício. III - Em conformidade ao disposto no art. 436, do Código de Processo Civil, o magistrado não está adstrito às conclusões do laudo pericial, podendo formar sua convicção à luz de outros elementos constantes dos autos. IV - Comprovado o preenchimento dos requisitos legais de incapacidade e hipossuficiência econômica, o autor faz jus à concessão do benefício assistencial (art. 203, V, CF/88). V - Agravo (art. 557, §1º, CPC) interposto pelo réu improvido. (TRF3 - AC 200661060071970, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, publicado DJF3 CJ1, data: 03/02/2010, página: 1277).**

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE TOTAL E TEMPORÁRIA PARA O TRABALHO. DIREITO À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. CARÁTER TEMPORÁRIO DO BENEFÍCIO. 1. A transitoriedade da incapacidade não é óbice à concessão do benefício assistencial, visto que o critério de definitividade da incapacidade não está previsto no aludido diploma legal. Ao revés, o artigo 21 da referida lei corrobora o caráter temporário do benefício em questão, ao estatuir que o benefício “deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.” 2. Incidente conhecido e parcialmente provido, para o fim de determinar a remessa dos autos à Turma Recursal de origem para que prossiga na análise do requisito da miserabilidade econômica para a concessão do benefício em questão, ficando esta vinculada ao reconhecimento da presença do requisito legal da incapacidade total para o trabalho. (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal – 200770500108659 - Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, Conselho de Justiça Federal, Relator: Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, publicado DJ 11/03/2010)

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL. DEFICIÊNCIA FÍSICA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. ART. 203, V, CF/88 C/C ART. 20, PARÁGRAFO 3º DA LEI Nº 8.742/93. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL. (...) **No caso, restou demonstrada a incapacidade da autora não só através dos atestados médicos e do laudo judicial acostado aos autos, onde apontam a enfermidade de 'Enegisia do canal lacrimal', congênita, regressiva, com invalidez temporária e incapacidade total para o trabalho, bem como no depoimento das testemunhas em que foram uníssonas em afirmar que a autora já nasceu com este problema de saúde, ocasionando dificuldades na fala e na visão.**

- Os honorários advocatícios fixados na sentença devem ser mantidos no percentual dez por cento sobre o valor da condenação, com observância da Súmula nº 111/STJ. Precedentes jurisprudenciais. Apelação e remessa oficial improvidas. (TRF5 - APELREEX 2009.05.99.000080-6 - Relator:

Desembargador Federal Francisco Wildo, publicado no Diário da Justiça - Data: 22/07/2009 - Página: 166 - Nº: 138 - Ano: 2009)

Ou seja, a revisão a cada 2(dois) anos explicita que o termo permanente não significa até a morte do beneficiário, mas não poder mensurar o prazo exato da recuperação do indivíduo. Logo, quem possui incapacidade permanente poderá alcançar sua reabilitação assim como no caso do incapaz temporariamente, e, nessas situações, devendo cessar a prestação do BPC.

1.2 BPC para portadores do vírus HIV

Acerca desta questão, há 02 (dois) entendimentos perante a jurisprudência.

Uma corrente leva em consideração os fatores estigmatizantes que pesam sobre o paciente ao ponto da discriminação impossibilitá-lo de conseguir um emprego formal, considerando, por essa razão, deficiente o só fato de ser portador do vírus HIV.

Ademais, aduz que ocorre violação ao princípio da isonomia, em virtude da Lei nº 7.670/88³² assegurar aos servidores públicos civis e militares, bem como aos segurados da Previdência Social, portadores do vírus HIV, o direito ao recebimento do benefício de aposentadoria sem condicionamento à existência da incapacidade, consoante Embargos Infringentes Nº 2007.71.99.005531-0/RS, TRF 4ª Região, Relator: Juiz Federal Loraci Flores de Lima, publicado D.E. 19/02/2010³³.

³² “Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

I - A concessão de:

a) licença para tratamento de saúde prevista nos artigos 104 e 105 da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952;

b) aposentadoria, nos termos do art. 178, inciso I, alínea "b", da Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952;

c) reforma militar, na forma do disposto no art. 108, inciso V, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

d) pensão especial nos termos do art. 1º da Lei nº 3.738, de 4 de abril de 1960.

e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes;

II – omisiss”

³³ Acórdão: “BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PORTADOR DO VÍRUS HIV. REQUISITOS. 1. O fato de pessoa portar o vírus HIV é suficiente para a concessão dos benefícios por incapacidade previstos na LBPS e do benefício assistencial previsto na LOAS, independentemente do exame acerca das condições de saúde do paciente. Caso em que, de todo modo, a incapacidade restou admitida pelo próprio INSS. 2. O requisito de que trata o § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 resta atendido quando a situação posta nos autos revela que a família sequer tem condições de pagar o aluguel e as contas de água e luz do imóvel em que reside.”

Em contrapartida, outra corrente pondera a necessidade de analisar, no caso concreto, se o portador do vírus HIV está ou não incapacitado para o trabalho e para vida independente. Neste sentido, há as seguintes decisões jurisdicionais:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 20, DA LEI 8.742/93. DEFICIÊNCIA. PORTADOR DE HIV. DOENÇA CONTROLADA. CAPACIDADE PARA O TRABALHO REQUISITO NÃO PREENCHIDO. HONORÁRIOS. SÚMULA 111 DO STJ. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. (...) 2. **Apesar de o autor ser portador do vírus HIV, ele se encontra capacitado para o trabalho e para a vida independente, razão pela qual não pode ser considerado deficiente físico.** 3. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o portador do vírus HIV tem direito ao benefício de prestação continuada desde que comprove estar incapacitado para o trabalho e para prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido pela sua família. 7. Apelação do autor improvida. (TRF1 - AC 200301990405220, Relator Juiz Federal Guilherme Doehler (Conv.), publicado e-DJF1, data: 07/07/2009, página:36)

“(...)É certo que a doença é estigmatizante, mas até essa característica vem sendo atenuada, em função dos avanços no combate à doença, e, além disso, **o estigma é variável em função do grau de desenvolvimento da mesma e da atividade desenvolvida pelo portador.** Uma pessoa que trabalha como autônomo, por exemplo, sendo assintomático, por certo não terá maiores dificuldades para continuar trabalhando, sendo ainda de se considerar que o indivíduo que não quer trabalhar não adquire a incapacidade por esse fato.” (PEDILEF 200451510534238 – voto vencedor do Juiz Relator Renato Toniasso, publicado DJU 20/02/2006)”

É mais razoável a interpretação da segunda corrente, com certas ressalvas, haja vista ser importante considerar, o estágio da doença, se o requerente do benefício não detém condições para desempenhar atividade outrora exercida ou uma substituta, para, empós, verificar se o portador do HIV é considerado deficiente (incapacitado para o trabalho).

No caso de a discriminação está dificultando a obtenção de emprego, urge uma intervenção do Ministério Público do Trabalho ou do sindicato em findar tal problema. Todavia, durante o período em que se busca erradicar a referida discriminação, caso o indivíduo esteja sujeito à miserabilidade, é plausível a concessão do BPC.

A título exemplificativo: uma cozinheira ou uma manicure, portadoras do vírus HIV, seriam facilmente contratadas como empregadas em um restaurante ou um salão de beleza, respectivamente? Em caso negativo, poderiam exercer função de secretária em um escritório ou de professora em uma escola?

Seguramente não, desta feita, apesar de deterem boas condições físicas/psicológicas, a discriminação é inquestionável diante do tipo de labor e não possuem conhecimentos suficientes para desenvolver atividade intelectual. Portanto, para assegurar a dignidade da pessoa humana – o direito à vida, deve-se conceder o BPC.

Outrossim, não há malferimento ao princípio da igualdade quanto à aplicação da Lei nº 7.670/88, porque esta refere-se ao sistema previdenciário contributivo, já o LOAS é um benefício de caráter assistencial que visa proteger as pessoas inseridas em uma situação de miserabilidade, indigência, à margem do mercado formal de trabalho, por conseguinte, do sistema previdenciário. Dessarte, não se trata da mesma situação jurídica.

1.3 Surdo-mudez

O importante civilista Carlos Roberto Gonçalves (2005, p. 93) afirma:

“A surdo-mudez deixou também de ser causa autônoma de incapacidade, podendo os surdos-mudos, contudo, em face das expressões genéricas empregadas no novo diploma, ser considerados relativamente incapazes, com base no art. 4º, III, que se reporta aos *“excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”*, se se encontrarem nessa situação. **Poderão, ainda, caso não tenham recebido educação adequada e permaneceram isolados, tornando-se totalmente incapacitados de manifestar a sua vontade, enquadrar-se no art. 3º, II, como absolutamente incapazes. E poderão, finalmente, se a tiverem recebido e puderem exprimir plenamente sua vontade, ser plenamente capazes.”**

Diante disso, a pessoa que pleiteia o BPC, sob fundamento de ser incapaz para o trabalho em virtude da surdo-mudez, é razoável analisar esta assertiva, utilizando o conceito da incapacidade civil.

Logo, os surdos-mudos declarados absolutamente incapazes, inquestionavelmente, são incapazes para o labor, uma vez que não podem expressar sua vontade, além disso, o contrato de trabalho seria nulo de pleno direito.

No caso dos relativamente incapazes, os quais podem expressar sua vontade, mas condicionada à assistência de um terceiro, deve-se verificar a incapacidade laborativa no caso concreto.

Já os plenamente capazes para os atos da vida civil, por terem recebido educação de acordo com suas limitações, podem expressar sua vontade, por conseguinte, realizar atividades laborativas.

1.4 Menores impúberes

Nos termos do art. 4º, § 2º³⁴ do Decreto nº 6.214/2007, a incapacidade para o trabalho é presumida para as crianças e adolescentes menores de 16 (dezesesseis anos) – art. 7º, XXXIII da CF/88.

A Instrução Normativa nº 20 de 10 de outubro de 2007 (INSS) determina em seu art. 624, § 2º:

“Na avaliação médico-pericial do menor de dezesseis anos de idade, cuja família não possua meios de prover a sua manutenção, **deverá apenas verificar se a deficiência se encontra amparada nas definições já existentes, em razão da incapacidade para a vida independente e para o trabalho, em virtude da tenra idade, ser presumida**, conforme recomendação do Ministério Público Federal.”

Da análise desses dispositivos infralegais, depreende-se a presunção da incapacidade para o trabalho e para vida independente para concessão do benefício assistencial ao menor, bastando comprovar a existência de alguma enfermidade e o seu impacto em sua vida social para caracterizar a deficiência pra fins de BPC. E, nesta perspectiva, há entendimento jurisprudencial³⁵.

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL. LEI Nº 8.742/93. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE. MENOR IDADE. REMESSA EX OFFICIO PROVIDA, EM PARTE. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Benefício assistencial de

³⁴ “§ 2º Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade, sendo dispensável proceder à avaliação da incapacidade para o trabalho.”

³⁵ Confira-se também Apelação Cível nº 200482010000395 do TRF 5ª Região, Relatora Desembargadora Federal Joana Carolina Pereira Lins, publicado em DJ - data::23/10/2008 - página::327 - nº::206.

"amparo social", previsto na Lei nº 8.742/93, devido à Suplicante-Apelada, tendo em vista que se enquadra nas disposições legais que, ora, regulamentam o contido no dispositivo constitucional (art. 203, V, da CF/88). É a Requerente, de fato, portadora de deficiência física que a incapacita, de forma relativa e presumida, para as atividades de labor e para a vida independente, estando evidente, outrossim, as suas reais condições de escassez financeira. **2. Por se tratar a Apelada de menor (incapaz) de tenra idade, desnecessária é a comprovação de sua incapacidade total e definitiva, para o exercício das atividades laborais e da vida civil. Nos termos do que dispõe Instrução Normativa - INSS/DC nº 118/05: "Na avaliação médico-pericial do menor de dezesseis anos de idade, cuja família não possua meios de prover a sua manutenção, deverá apenas verificar se a deficiência encontra-se amparada nas definições já existentes, em razão que a incapacidade para a vida independente e para o trabalho, em virtude da tenra idade, é presumida, conforme recomendação do Ministério Público Federal". (...) Apelação improvida. (AC 200482010000395, TRF5, Relatora: Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira, publicado Diário da Justiça - Data: 23/10/2008 - Página: 327 - Nº: 206 - Ano: 2008)**

Neste recurso, a relatora, em seu voto, com fulcro no art. 624, § 2º da IN nº 11/2006 (INSS/DC) - mesmo texto do artigo 624, § 2º da IN nº 20/2007 – decidiu pela concessão do benefício assistencial para menor, a qual detinha transtornos respiratórios (“Dorsopatia Deformante” CIDM3; J98), em caso de atividades laborativas que exigissem esforço físico, ademais, a incapacidade para o trabalho e para vida independente eram presumidas por se tratar de menor.

O outro entendimento jurisprudencial verifica se a doença que acomete o menor impedirá sobremaneira o desenvolvimento cognitivo da criança ou do adolescente, não o permitindo inserir-se posteriormente no mercado de trabalho, mas não pela simples existência da doença, a qual recebendo o devido tratamento terapêutico poderá findar-se no decorrer do crescimento da criança.

Nesta esteira, o Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, voto divergente ao do Relator Des. Federal Celso Kipper, no julgamento da Apelação Cível nº 2005.71.12.000173-3/RS (publicado em DJU de 24/12/2004, pág. 25) entende:

“(...)Ainda assim, é certo que uma criança, ou um adolescente de menos de 16 anos, terá direito ao benefício assistencial quando - desconsiderando a proibição constitucional do trabalho - mostre irreparável e definitiva incapacidade para a vida independente, mesmo quando atingida a maturidade, como é o caso dos que sofrem de moléstia mental congênita grave, dos portadores de tetraplegia etc. Esses não apenas *estão*, mas já *são* e *serão* sempre incapazes para a vida independente - e para o trabalho.

Tal não é, porém, o caso da jovem autora, por se tratar de criança saudável (ver fl. 29), embora padeça de perda auditiva neurosensorial

bilateral (fls. 15-21), que não é deficiência sequer impeditiva do trabalho, como ninguém pode ignorar, mesmo sem conhecimentos técnicos em medicina do trabalho.

De fato, perícia médica judicial (fls. 63-64) revela que "a autora apresenta uma deficiência auditiva classificada como de origem neurossensorial, de intensidade moderada a severa e que atinge as duas orelhas". **Segundo o perito, a autora não estará incapacitada para a vida independente e para o trabalho quando atingir a maioridade** (fl. 63, resposta à primeira pergunta do Ministério Público). **Por fim, esclarece o expert que é possível a adaptação de aparelho auditivo na autora (ver fls. 18-19), a qual, após um período de ajustamento, bem como de orientação e acompanhamento por profissionais da área, provavelmente estará apta para exercer suas atividades.**

Ora, isso está a evidenciar que a autora está temporariamente incapacitada para a vida independente e para o trabalho em virtude da pouca idade que possui (11 anos, fl. 08) - assim como naturalmente ocorre com todas as crianças nessa faixa etária -, e não por apresentar moléstia incapacitante. Em realidade, ao que tudo indica, a autora não apresentará incapacidade para a vida independente e para o trabalho quando atingir a maturidade - momento em que lhe será permitido exercer atividade remunerada.

Em conclusão, a autora não tem direito ao benefício assistencial, por não satisfazer as exigências legais.”

Ante os objetivos e princípios da Assistência Social, não obstante as incapacidades exigidas na Lei sejam presumidas para o menor, é razoável que o BPC seja concedido para a criança ou adolescente, detentora de enfermidade, que impossibilitem seus pais ou responsáveis de laborar, comprometendo o sustento da unidade familiar.

2 O CRITÉRIO ECONÔMICO PARA PERCEBER O BPC

A Lei nº 8.742/93 no art.20, § 3º determina o requisito para atribuir se há ou não situação de miserabilidade, *verbis*:

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

O Procurador Geral da República interpôs, em 24/02/1995, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1.232/DF contra o parágrafo citado, alegando que a disposição da norma legal limitava e restringia indevidamente o direito constitucional ao benefício assistencial.

Ao julgar a questão (22/03/1995), o STF decidiu pela improcedência do pedido, deixando claro que o único e exclusivo critério para aferição da miserabilidade para fins do benefício de amparo social era aquele traçado pelo art. 20, § 3º do LOAS, conforme a ementa:

“CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203 , DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO . AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE .”

A posição do Superior Tribunal Federal não findou a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto. Desta forma, o STJ mantém um posicionamento um pouco diverso, porque considera o art. 20, § 3º do LOAS como *quantum mínimo*, podendo o magistrado no caso concreto avaliar a situação de miserabilidade por outros meios de provas, consoante os seguintes arestos:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL.

I - A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência. II - **O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no art. 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um *quantum* objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade do autor.** Precedentes. (...) Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 835.439/SP, STJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 9/10/2006)

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

(...) 2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal, previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, **deve ser tido como um limite mínimo, um *quantum* considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa,**

não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros fatores que digam respeito à situação econômico-financeira do beneficiário e que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família. 3. *In casu*, tendo a sentença reconhecido o estado de miserabilidade da autora, não se pode furtá-la do gozo do benefício assistencial constitucionalmente previsto, inexistindo a aludida necessidade de reexame do contexto fático-probatório. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Recurso Especial nº 938.279/SP, STJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, publicado DJe 22/03/2010)

No mesmo diapasão, os Tribunais Federais Regionais das 05(cinco) Regiões e a TNU³⁶ até o cancelamento da súmula nº 11, em 24 de abril de 2006:

“A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.”

É importante destacar que a jurisprudência do STF não é unânime³⁷ na apreciação dos Recursos Extraordinários e Reclamações acerca do § 3º do art. 20 do LOAS. Em decisão publicada no DJ de 06.02.2007 (Reclamação n. 4.374 MC/PE), o Ministro Gilmar Mendes prelecionou:

“(…) os inúmeros casos concretos que são objetos do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Constatada tal insuficiência, os juízes e tribunais nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova. Não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão.

Em alguns casos, procede-se à interpretação sistemática da legislação superveniente que estabelece critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais.

(…) O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de ¼ 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 de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.

(…) A meu ver, toda essa reinterpretção do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode

³⁶ BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CONCEITO DE FAMÍLIA. CRITÉRIO DE MISERABILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ESTATUTO DO IDOSO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. (...) 2. **O critério para aferição da miserabilidade, para concessão de benefício assistencial, é aquele segundo o qual, a renda per capita não poderá superar o valor de ¼ do salário mínimo.** (...) 4. Hipótese comprovada nos autos. 5. Incidente conhecido e parcialmente provido. (PEDILEF 200770530010236, Rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, publicado DJ 13/11/2009 PG 03).

³⁷ Na Reclamação de nº 2303/RS, julgada em 13/05/2004 (publicação no DJ de 24/05/2004), o STF decidiu que não somente o dispositivo em comento não seria inconstitucional, mas que seria o único critério a ser utilizado.

ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93.

Diante de todas essas perplexidades sobre o tema, é certo que o Plenário do Tribunal terá que enfrenta-lo novamente.

Ademais, o próprio caráter alimentar do benefício em referência torna injustificada a alegada urgência da pretensão cautelar em casos como este.

Ante o exposto, indefiro o pedido de medida liminar.”

Por seu turno, Marisa Ferreira dos Santos (2004) entende ser inconstitucional o § 3º do art. 20 do LOAS, uma vez que a renda per capita de ¼ do salário mínimo exigida, contraria o disposto no art. 7º, IV da CF/88, ou seja, o legislador, ao estabelecer tal limite, admitiu a possibilidade de sobrevivência sem os mínimos existenciais.

Em contraponto, Gustavo Moimaz (2009) afirma que o salário mínimo busca satisfazer as necessidades vitais, desta maneira, a mensuração da miserabilidade deverá necessariamente estar abaixo do mínimo, assim a fixação de ¼ do salário-mínimo baseou-se no juízo de conveniência e oportunidade.

É importante ressaltar que o legislador não poderá prever todas as situações fáticas, logo, o ordenamento jurídico nem sempre acompanhará a dinâmica social. Diante disso, o Poder Judiciário detém um papel importante na concretização do Texto Constitucional – as finalidades da Seguridade Social - através da garantia constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV CF/88), do direito constitucional implícito de provar o fato constitutivo de seu direito com os meios e recursos inerentes a ele (art. 5º, LV CF/88) e do princípio do livre convencimento.

Por conta disso, o art. 20, §3º LOAS deve ser visto como um parâmetro para aferir o estado de miserabilidade do idoso e do deficiente e não um elemento necessário.

Como reconhecido pelo Ministro Gilmar Mendes, STJ e os TRF's, a renda *per capita* inferior ou igual a ¼ do salário mínimo não é requisito suficiente para atestar a miserabilidade do idoso e do deficiente, tal condição é avaliada à luz do caso concreto pelo julgador, ou seja, o critério objetivo poderá ser conjugado, na situação fática, a outros fatores que demonstrem a miserabilidade do indivíduo.

Caso o parâmetro objetivo seja preenchido, a indigência será presumida absolutamente, por óbvio.

Partindo desse pressuposto, não prospera, *data vênia*, o entendimento de Marisa dos Santos, haja vista que o parâmetro supracitado deve ser abaixo do salário mínimo, pois não se pode confundir o seu valor monetário com as suas finalidades previstas na Carta Magna (nos termos do art. 7º, IV da CF/88, o salário mínimo garantirá o mínimo existencial, a dignidade da pessoa humana), ou seja, se o *quantum* no presente momento não satisfaz as necessidades básicas, vitais da pessoa humana, não é uma questão jurídica, mas eminentemente política.

Outra questão acerca do critério objetivo refere-se aos novos paradigmas previstos nas legislações supervenientes de outros benefícios assistenciais. Discute-se a desproporcionalidade entre os benefícios e, a partir disso, a necessidade de reavaliar o limite imposto no LOAS.

Com isso, alguns magistrados aplicam os critérios das leis supervenientes para aferir a miserabilidade em relação ao BPC, sob o fundamento de utilizarem a interpretação sistemática.

Tais benefícios possuem o mesmo caráter assistencial e o Min. Gilmar Mendes reconheceu a necessidade de reavaliar o § 3º, art. 20 do LOAS diante do injustificado tratamento diferenciado da definição de miserabilidade entre as leis assistenciais³⁸. Assim, é plenamente constitucional utilizar o parâmetro de renda *per capita* inferior a ½ do salário mínimo (conforme PNAA) para concessão do BPC, sem olvidar, como já exposto, o elemento objetivo não é requisito essencial para mensurar a miserabilidade, havendo outras formas de comprová-la.

3 É POSSÍVEL A CONCESSÃO DO BPC PARA ESTRANGEIROS RESIDENTES NO BRASIL?

Com intuito de melhor apresentar os posicionamentos a favor e contra a concessão do BPC para estrangeiros residentes no país, apresentar-se-á duas situações fáticas e as respectivas interpretações.

³⁸ Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI): Portaria nº 458/01: “O Programa é destinado, prioritariamente, às famílias *com renda “per capita” de até ½ salário-mínimo (...)*”; Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA): Lei n. 10.689/03: “art. 2º: § 2º Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar *com renda mensal per capita inferior a meio salário mínimo.*”

O primeiro caso trata-se do Recurso Extraordinário nº 587.970/SP de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, interposto pelo INSS, contra acórdão da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região, a qual concedeu benefício assistencial a uma italiana idosa, residente no país a mais de 57 (cinquenta e sete) anos.

O Recurso foi admitido, uma vez que se reconheceu sua repercussão geral. Deve-se acrescentar que ainda não foi julgado o mérito.

Mas é importante consignar, a partir desta situação concreta, os fundamentos do INSS e do parecer do Ministério Público da União, requerendo a procedência do recurso.

Os dois entes públicos afirmam em suas peças processuais que o art. 203, V da CF/88 não possui auto-aplicabilidade, logo, necessita da legislação ordinária para definir os requisitos para fazer jus ao BPC.

Assim, o Ministério Público preleciona que o art. 1º do LOAS delimita os potenciais sujeitos da assistência social, referindo-se aos cidadãos, aqueles nacionais em plena fruição de seus direitos políticos. Conclui, desta forma, que o LOAS é claro ao eleger apenas os brasileiros como beneficiários, já que para exercer cidadania exige-se a nacionalidade brasileira.

E, por último, o ente ministerial alega que a concessão do benefício assistencial trará um ônus para o Estado brasileiro, sem a devida garantia da reciprocidade de tratamento para os brasileiros em outros Estados. Ademais, a questão em voga está intrinsecamente ligada à teoria da reserva do possível.

O INSS, por sua vez, aduz os seguintes fundamentos: os estrangeiros e os brasileiros não se encontram na mesma situação jurídica, a turma recursal contrariou a ADI nº 1232-1, pelo fato de esta proibir interpretação extensiva do LOAS, afastou também aplicação do art. 1º do LOAS e art. 4º do Decreto nº 1.744/95, e não há nível de

desenvolvimento econômico suficiente para sustentar todos os brasileiros e estrangeiros no país.

Em sentido contrário, o segundo posicionamento representar-se-á a partir do voto vencedor do Nobre Juiz Federal, George Marmelstein Lima da 1ª Turma Recursal dos Juizados Federais da 5ª Região, processo nº 0507062-90.2009.4.05.8100, negando provimento ao recurso do INSS, o qual se insurgia contra a sentença da 14ª Vara da Seção Judiciária do Ceará que concedeu o benefício assistencial (deficiência) para Mama Selo Djelo, originário de Guiné-Bissau.

Em síntese, o julgamento fundamentou-se com fulcro na inexistência de norma que vede concessão do benefício assistencial ao estrangeiro residente, devendo-se aplicar a regra da igualdade. Além disso, afirmou que os direitos fundamentais decorrem da condição de pessoa humana e não da nacionalidade, nos termos do art. 1º do Pacto de São José da Costa Rica, e art. 3º, IV CF/88 prevê o princípio da equiparação de direitos e deveres entre nacionais, com as exceções previstas na própria Constituição e na Lei.

Aduziu que o direito à vida é um dos principais direitos fundamentais, por conta disso, o Estado não apenas deve se abster no sentido de não privar o direito de viver de um ser humano, mas também prestar obrigações positivas de forma a garantir meios para possibilitar fruição do direito à vida, em que o BPC é um destes meios, quando a pessoa encontrar-se em situação de vulnerabilidade física e financeira.

O eminente Juiz Federal decidiu em plena consonância com a vontade constitucional.

O art. 203, *caput* da CF/88 determina que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, não fazendo nenhuma distinção entre nacionais e estrangeiros. Por sua vez, o art. 5º, *caput* da Lei Maior veda qualquer discriminação entre brasileiros e estrangeiros residentes no país, sendo-lhes assegurado a inviolabilidade do direito à vida.

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), passou a ser vigente no Brasil através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Diante disso, infere-se tratar de uma norma constitucional com fulcro no art. 5º, § 2º da CF/88, não obstante é sabido que o STF, antes da EC nº 45/2004, decidia em vários acórdãos que os Tratados de Direitos Humanos ingressavam no ordenamento jurídico brasileiro como lei ordinária.

Assim, no art. 1º da Convenção dispõe:

“Os Estados-partes nesta Convenção **comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma**, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas **ou de qualquer natureza, origem nacional** ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Vê-se, segundo estas normas constitucionais, que a Assistência Social, conseqüentemente, o BPC possui como beneficiários a pessoa humana assolada por um estado de indigência, de miserabilidade, não se restringindo ao cidadão. Logo, este termo no art. 1º do LOAS trata-se, na verdade, de uma atecnia legislativa.

Desta feita, não se pode considerar a cidadania como requisito para fazer jus ao BPC, haja vista que a Constituição Federal de 1988 no art. 203 assegura amparo a quem dela necessitar. Portanto, caso a cidadania fosse considerada, como poderia amparar crianças, adolescentes e os absolutamente incapazes carentes?

Neste sentido, transcreve-se parte do voto do MM. Juiz Federal George Marmelstein Lima no Recurso Inominado nº 0507062-90.2009.4.05.8100 da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais da 5ª Região:

“É lógico, contudo, que o conceito de cidadania previsto no artigo 1º da LOAS nem tem um sentido técnico-eleitoral, nem um sentido sócio-cultural. Seu uso decorreu, provavelmente, de uma atecnia legislativa que evocou a palavra “cidadão” num sentido metafórico. Assim, o referido artigo não pode ser interpretado no sentido de exigir a cidadania brasileira como requisito para o recebimento do benefício.” (grifo meu)

Ademais, não se trata de uma cidadania social, tendo em vista que, segundo Zeno Simm (2005), o conceito de cidadania está vinculada à ideia de direitos humanos

(desde o advento do estado moderno), logo, para exercer a cidadania social, pressupõe automaticamente o exercício da cidadania civil e da política.

Destarte, o Estado brasileiro só pode discriminar os estrangeiros, frise-se: “residentes no país”, dos nacionais mediante expressa disposição no texto constitucional e na lei quanto à obtenção e ao exercício de direitos fundamentais, como ocorre em relação aos direitos políticos, o acesso aos cargos públicos. Mas, não é o caso da Assistência Social.

Com efeito, entender que o BPC não é devido ao estrangeiro residente no país, caso tenha preenchido os requisitos legais, é realizar uma interpretação contrária à Carta Magna, mormente à dignidade da pessoa humana, imanente no direito à vida, quando esta está ameaçada pela impossibilidade de auto-garantir o mínimo existencial; e o objetivo do Estado brasileiro de promover o bem de todos sem preconceitos de origem (art. 3º, IV).

É importante salientar, que o BPC, por ser um vínculo obrigacional, não deve ser concedido para estrangeiros ilegais³⁹ e temporários no país. Desta feita, o critério razoável, para definir se o estrangeiro possui o ânimo de residir definitivamente no Brasil, são os prazos para requerer a nacionalidade brasileira⁴⁰, consignados no art. 12, II, “a” e “b” da CF/88, uma vez que o Constituinte Originário considerou que esses períodos são suficientes para presumir o ânimo de permanecer no Brasil, outrossim, neste ínterim, o indivíduo já está inserido na sociedade brasileira e contribui indiretamente com a Seguridade Social.

³⁹ Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro): “Art. 7º Não se concederá visto ao estrangeiro:
I - menor de 18 (dezoito) anos, desacompanhado do responsável legal ou sem a sua autorização expressa;
II - considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais;
III - anteriormente expulso do País, salvo se a expulsão tiver sido revogada;
IV - condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira; ou
V - que não satisfaça às condições de saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde.

⁴⁰ “II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.”

Quanto ao argumento da percepção do BPC por estrangeiro poder causar um forte impacto econômico ao Brasil e à questão da reciprocidade, o MM. Juiz Federal George Marmelstein Lima em seu voto acima mencionado, responde acertadamente:

“(…)E mesmo que se raciocine com a extensão do benefício para estrangeiros em situação semelhante, o que certamente resultaria em um impacto econômico maior, ainda assim não restou provado nos autos qual seria a consequência econômica daí resultante. **A meu ver, o temor de um impacto excessivo é infundado. No Brasil, residem cerca de 500 mil estrangeiros, conforme dados do IBGE referentes ao ano 2000. A quantidade de estrangeiros residentes que estão com as condições financeiras e de saúde semelhantes à de Mama Djalo é irrisória. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio – PNAD, de 1999, a imensa maioria dos estrangeiros residentes (92%) recebe mais de cinco salários mínimos. Uma quantidade muito pequena (3,3%) ganha menos de meio salário mínimo. Certamente, os que ganham menos de um quarto de salário mínimo e ainda estão incapacitados para o trabalho, representam uma população ainda mais insignificante, já que, entre a população brasileira, a quantidade de pessoas que fazem jus ao benefício assistencial não chega a 1,5% do total, incluídos aqui os idosos. Por isso, não vejo aí qualquer possibilidade de exaustão orçamentária caso se interprete a Constituição e a Lei Orgânica da Assistência Social no sentido de que os estrangeiros residentes não podem ser excluídos, tão somente por sua nacionalidade, do rol de beneficiários do amparo social.**

(…)

Na Europa, que é um continente onde a imigração é muito intensa, existem inúmeras políticas públicas de caráter social extensíveis aos imigrantes. Em Portugal e Espanha, por exemplo, os cuidados de saúde estão acessíveis a todos os imigrantes, independentemente do seu estatuto legal, o que significa que também os irregulares possuem esse direito. A grande maioria dos países reconhece que os imigrantes regulares podem receber os cuidados preventivos e de emergência fornecidos pelo poder público. De um modo geral, na Comunidade Européia, o direito à educação é garantido indistintamente a nacionais e a estrangeiros. Em alguns países, como a Suécia e Portugal, os imigrantes regulares também podem ser favorecidos por medidas financeiras de proteção social. Como regra, os imigrantes são titulares de inúmeros direitos fundamentais, embora, muitas vezes, os serviços sociais disponibilizados aos imigrantes irregulares sejam muito mais restritos. (Fonte: PNUD).”

Outrossim, o relatório do IBGE⁴¹ sobre o censo 2000, em 20 de dezembro de 2002, concluiu: *“os dados de migração registraram queda no número de estrangeiros que vivem no Brasil e aumento de quase três vezes do número de brasileiros que voltam do exterior.”*

⁴¹ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/20122002censo.shtm>, acesso em 20 de maio de 2010.

Diante das informações retromencionadas, a população estrangeira, detentora dos requisitos legais para concessão do BPC, é inexpressiva, logo, não procede o argumento da concessão trazer fortes malefícios ao orçamento público brasileiro.

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, apregoando a universalização dos direitos sociais, as Constituições dos Estados Democráticos de Direito passaram a positivá-los. A partir disso, considerando a Constituição Federal de 1988 como uma das mais democráticas do Mundo atual, seria um retrocesso alijar os estrangeiros, que residem regularmente no Brasil, de uma proteção social que garanta o mínimo existencial, em última instância, o fundamento precípua do Estado e do ordenamento jurídico brasileiro, a dignidade da pessoa humana.

4 A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE OUTRO BENEFÍCIO (PREVIDENCIÁRIO OU ASSISTENCIAL) PARA IDOSO

A Lei nº 10.741/2003, no art. 34, § único prevê que o benefício assistencial concedido a qualquer membro da família do idoso não será computado na renda *per capita* para fins de concessão de outro benefício de prestação continuada ao idoso requerente, *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.”

De acordo com uma interpretação literal do dispositivo legal, depreende-se que um idoso que perceba BPC não será computado seu valor na renda *per capita*, *a contrario sensu*, se perceber benefício previdenciário, mesmo um salário mínimo, será considerado no cálculo da renda.

Esta interpretação gera críticas perante a doutrina e entendimentos diversos entre os Tribunais.

Fábio Zambitte (2009) ensina que tal diferenciação não se justifica, porque a intenção do Legislador de privilegiar o idoso deverá ocorrer de forma isonômica, de

forma a evitar um desprestígio do sistema previdenciário, já que o idoso contribuinte do RGPS durante a vida e obteve sua aposentadoria, poderá situar-se em estado pior frente àquele que nada verteu ao sistema.

Coaduna-se, nesta perspectiva, Simone Barbisan e Leandro Paulsen (2005), de forma que não somente o benefício assistencial percebido por um idoso deve ser excluído do cômputo da renda familiar *per capita*, mas também qualquer benefício previdenciário que ficasse dentro do limite de valor do BPC, sob pena de não se realizar a igualdade material em situações equiparadas.

A TNU, conforme os seguintes arestos, proferiu decisão no sentido de aplicar-se analogicamente o art. 34, § único da Lei nº 10.741/2003 ao idoso que perceba benefício previdenciário:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ESTATUTO DO IDOSO. ARTIGO 34, 'CAPUT' E PARÁGRAFO ÚNICO. **APLICAÇÃO ANALÓGICA. CONJUGE QUE PERCEBE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE VALOR MÍNIMO. 1. O parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) pode ser aplicado por analogia à hipótese em que o benefício percebido pelo cônjuge é de natureza previdenciária.** 2. É intuitivo que assim seja, na medida em que o desiderato da legislação especial do idoso é o de lhe assegurar uma renda mínima que lhe propicie a existência com dignidade. Sabe-se, inclusive, que a maior parte de suas despesas é gasta com medicamentos, de modo que buscou a lei garantir a reserva de um mínimo de recursos para tal fim. 3. Precedente desta TNU no Processo nº 2006.83.00.510337-1 (julg. 29.10.2008). 4. Pedido de Uniformização a que se nega provimento. (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 200770600015825, Relatora: Juíza Federal Joana Carolina Lins Pereira, publicado DJ 23/03/2010)

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ESTATUTO DO IDOSO. ARTIGO 34, 'CAPUT' E PARÁGRAFO ÚNICO. APLICAÇÃO ANALÓGICA. **CÔNJUGE QUE PERCEBE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO SUPERIOR AO VALOR MÍNIMO. 1. O parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) pode ser aplicado por analogia à hipótese em que o benefício percebido pelo cônjuge é de natureza previdenciária.** 2. **Embora esta Turma Nacional de Uniformização já tenha decidido que o parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003 possa ser interpretado de maneira extensiva, a fim de excluir do cálculo da renda familiar não só o benefício assistencial, percebido por outro idoso integrante do grupo familiar, mas também a aposentadoria deste, não se tem admitido tal interpretação quando o valor da aposentadoria supere o do salário mínimo.** 3. Precedente desta TNU no Processo nº 2006.63.06.00.7427-5. 4. Pedido de Uniformização não provido. (Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 200870950009582, Relatora: Juíza Federal Joana Carolina Lins Pereira, publicado DJ 25/03/2010)

Em contrapartida, o STJ utiliza a interpretação restritiva do art. 34, § único do Estatuto do Idoso, ou seja, o benefício previdenciário do idoso será computado na renda familiar *per capita*:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LOAS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 10.741/2003. ESTATUTO DO IDOSO. **INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. É firme o entendimento no âmbito desta Corte Superior no sentido de que o art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/2003 deve ser interpretado restritivamente, ou seja, somente o benefício assistencial porventura recebido por qualquer membro da família pode ser desconsiderado para fins de averiguação da renda per capita familiar, quando da concessão do benefício assistencial a outro ente familiar. (...)**
4. Agravo regimental desprovido. (AGRESP 200700321590, Relatora: Min. Laurita Vaz, publicado DJE, data: 06/04/2009).

Ainda que a TNU determine a utilização da interpretação analógica do art. 34, § único da Lei nº 10.741/2003 em relação ao benefício previdenciário do idoso, não retira a sua visível inconstitucionalidade, porquanto não há uma justificativa objetiva e razoável para tratar de forma desigual o idoso da pessoa portadora de deficiência.

Dessarte, tal dispositivo legal fere o princípio da isonomia, da universalidade do atendimento e da cobertura, da seletividade e da distributividade dos benefícios e serviços, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade de situação entre beneficiários e da proteção aos indivíduos em situação de vulnerabilidade ou risco social, de forma que o mais plausível é suscitar o STF para declarar sua inconstitucionalidade ou ser revogada pelo legislador.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 traçou características políticas e jurídicas ao Estado sem precedentes na história da sociedade brasileira.

Foi justamente neste contexto que a Assistência Social deixou de ter um caráter meramente assistencialista, filantrópico para obter natureza de direito fundamental. E, com essa nova percepção, assegurou-se, de forma inédita, um benefício de essência eminentemente assistencial aos idosos e deficientes (incapazes para o trabalho) hipossuficientes economicamente a fim de garantir sua existência digna.

Por óbvio, a norma constitucional não poderia prever todos requisitos para concessão do benefício assistencial, assim incumbiu-se este feito à Lei nº 8.742/93 e ao Decreto nº 6.214/2007.

Mas, a partir da plena eficácia do art. 203, V da CF/88, surgiram críticas e divergências acerca das interpretações dadas aos dispositivos constitucionais e legais.

Para o indivíduo comprovar a condição de idoso, basta prova documental. Entretanto, para pessoa demonstrar ser portador(a) de deficiência, a questão não é pacífica perante o INSS, o Judiciário e os doutrinadores.

Como foi minuciosamente exposto nesta monografia, concluiu-se que a Assistência Social, mediante os princípios da dignidade da pessoa humana e da subsidiariedade, visa proteger aquele que é incapaz para realizar qualquer tipo de labor, restando impossibilitado de promover o seu próprio sustento. Logo, é visível que deste único fato já decorre o risco ao seu bem-estar, ao seu mínimo existencial.

Assim, exigir ainda que o indivíduo não possa realizar os atos de vida diária, dependendo de um terceiro, é, na verdade, malferir as finalidades da Seguridade Social, o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, uma vez que a Assistência Social busca dar meios para o sujeito poder se restabelecer a fim de reinserir-se no mercado de trabalho, garantir seu bem-estar social, financeiro, além de promover a justiça social (“é

dando a cada um o que não é seu que se engrandece a condição humana e que se redime a injustiça dos grandes abismos sociais” – Lazzari, 2008, p. 35).

Em relação à renda familiar *per capita*, o art.20, § 3º do LOAS necessita ser atualizado pelo legislador em virtude do tratamento desigual perante as leis assistenciais supervenientes, sem olvidar que esse limite para mensuração da miserabilidade deverá ser abaixo do salário mínimo, podendo ser conjugado com outros meios probatórios da necessidade de proteção assistencial.

O BPC é devido ao estrangeiro residente no Brasil, quando preenchido os requisitos legais, porquanto a CF/88 determina expressamente que os beneficiários da Assistência serão aqueles que dela necessitarem, em nenhum momento vedando ao estrangeiro acesso ao benefício assistencial, em consonância com o art. 5º, *caput* da Lei Maior.

Em relação ao art. 34, § único da Lei nº 10.741/2003, ainda que a TNU determine a utilização da interpretação analógica desse dispositivo quanto ao benefício previdenciário do idoso, não retira a sua visível inconstitucionalidade, porquanto não há uma justificativa objetiva e razoável para tratar de forma desigual o idoso da pessoa portadora de deficiência.

Portanto, ante o exposto, o aplicador do direito, diante do fenômeno da constitucionalização do direito, deverá interpretar a lei de forma a dar a máxima efetividade e maior concretização possível das normas constitucionais.

A partir disso, conclui-se que a Assistência Social, como meio e fim estatal de realizar o bem-estar e a justiça social, prestará o BPC aos idosos, às pessoas consideradas deficientes, desde que incapacitadas para qualquer trabalho, brasileiros natos ou naturalizados e estrangeiros residentes no país, uma vez que tenham comprovado não poder prover seu sustento e nem tê-lo provido por algum familiar, considerando o limite objetivo imposto na lei como parâmetro, podendo avaliar o estado de miserabilidade juntamente com outros meios comprobatórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. São Paulo: Universitária de Direito, 2003.

ALEXY, Robert. **Theoría de los derechos fundamentales**. 2ª. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria geral da previdência social**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BIANCHINI, Alice. A igualdade formal e material. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**, São Paulo, n. 17, p. 202-222, out-dez. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BOTELHO, Marcos César. **O benefício assistencial de prestação continuada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 179, 1 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4654>>. Acesso em: 27 jan. 2010.

BRASIL. Instituto Nacional da Seguridade Social. Instrução Normativa INSS/PRES nº 20, de 11 de outubro de 2007, disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2007/20.htm>. Acesso em 20 de maio de 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2000**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias>, acesso em 20 de maio de 2010.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de direito previdenciário**. São Paulo: Editora Método, 2008.

FIGUEIREDO, Antônio Macena de; SOUZA, Soraia Riva Goudinho de. **Projetos, monografias, dissertações e teses: da redação científica à apresentação do texto final**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

FUNDAÇÃO DO BANCO DO BRASIL E FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (Brasil). **Retratos da Deficiência do Brasil**. Disponível em: http://www.fgv.br/cps/deficiencia_br/, acesso em 20 de maio de 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005. Volume I.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2009.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Manual de direito previdenciário**. 9ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

LIMA, George Marmelstein. **Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

_____. **Benefício Assistencial para Estrangeiro – Caso Mama Selo Djalo**. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2010/04/21/beneficio-assistencial-para-estrangeiro-caso-mama-selo-djalo/>, acesso em 30 de abril de 2010.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. **O Benefício Assistencial de Prestação Continuada**. São Paulo: Editora LTR, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. 4ª ed. São Paulo: Editora LTR, 2001

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

PEREIRA, Suzete Franco. Proteção social à pessoa idosa. **Revista da Escola Paulista de Direito**. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 291-303, mar./abr. 2006.

Perícia médica: avaliação da incapacidade laborativa. Disponível em: www.higieneocupacional.com.br/.../pericia-medica-ms-ops.doc. Acesso em: 28 de abril de 2010.

SANFELICE, Patrícia de Mello. O princípio da solidariedade – origem, características e aplicação na seguridade social. **Revista de direito social**. Porto Alegre: Nota Dez. n. 7. p. 11- 15. 2002.

SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O princípio da seletividade das prestações de seguridade social**. São Paulo: Editora LTR, 2004.

SARLET, Ingo W., **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **“Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”**, in: SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.11 e ss.

SIMM, Zeno. **Os direitos fundamentais e a seguridade social**. São Paulo: Editora LTR, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **“O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária”**, in: SARLET, Ingo W.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner (org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69 e ss.