

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALISSON AUGUSTO OLIVEIRA MADEIRA

**QUESTÕES DO CRITÉRIO DE RENDA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL –
BPC/LOAS**

São Luís
2015

ALISSON AUGUSTO OLIVEIRA MADEIRA - 2009028481

**QUESTÕES DO CRITÉRIO DE RENDA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL –
BPC/LOAS**

Monografia apresentada à Coordenadoria de Curso
para obtenção da nota da disciplina Monografia II.

Orientador: Prof. Fernando Otaviano Melo Jardim

São Luís - MA

2015

ALISSON AUGUSTO OLIVEIRA MADEIRA - 2009028481

**QUESTÕES DO CRITÉRIO DE RENDA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL –
BPC/LOAS**

Examinador (Orientador)

Examinador

Examinador

São Luís - MA

2015

“Aos meus pais”.

"Entre os fortes e fracos, entre ricos e pobres,
entre senhor e servo é a liberdade que oprime e a
lei que liberta".

(Henri Dominique Lacordaire)

RESUMO

Busca-se examinar as problemáticas advindas pela instituição do critério de renda do benefício de prestação continuada da lei orgânica de assistência social – BPC/LOAS (Lei 8742/93), previsto no § 3º do art. 20 de referida lei, assim como a evolução de sua definição. Objetiva-se demonstrar os seus efeitos danosos à sociedade e Estado, além de estudar suas alterações legais e jurisprudenciais ocorridas no decorrer do tempo. Utiliza-se como procedimentos metodológicos predominantes a análise jurisprudencial e legal, com o estudo detido da ADI nº 1.232/DF, que ocorreu em 1998 e declarou a constitucionalidade de aludido critério, assim como os Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963 e a Reclamação nº 4.374, ocorridos em 2013, os quais declararam a inconstitucionalidade do dispositivo mencionado, explicando as alterações ocorridas sobre a Lei 8.742/93 (LOAS), além da Constituição Federal, outros dispositivos legais, doutrina, jurisprudências diversas e instruções normativas. Conclui-se que o critério de renda do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 (LOAS) sofreu um processo de inconstitucionalização parcial decorrente de notórias mudanças fáticas e jurídicas ocorridas no Brasil, oportunidade em que o mesmo se tornou deficiente e o requerente pode apresentar outras provas que tenham o condão de comprovar sua miserabilidade. Todavia, ao mesmo tempo em que houve aludida inovação, referido artigo de lei continua em vigência normal, norteador administrativamente o INSS, e só podendo se flexibilizar pelo meio de atividade jurisdicional.

Palavras-chave: Assistência Social, Benefício Assistencial, critério de renda do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 (LOAS), Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963, Reclamação nº 4.374, STF, Jurisprudência.

ABSTRACT

Objective to examine the problematics generated by the creation of criterion of inspiring give the benefits of organic continuing provision from Social Assistance Law - BPC/Loas (Law No. 8742/93), foreseen in § 3, art. 20 of law, like the evolution of the concept. Objective manifests harmful effects in the Society and State, besides of study their legal and jurisprudential changes across the time. Is used methodological procedures of jurisprudential analisys, woth ADI N° 1.232 / DF, which occurs in 1998, witch declared constitutional of his criterion of inspiring give, like him as an Extraordinary Resources N° 567,985 and 580,963, therefore the Complaint N° 4.374, occurred in 2013, declared a unconstitutional of the dispositive, explaining the changes occurred in Lei 8.742 / 93 (Loas), besides the Federal Constitution, other devices commissioners doctrines, jurisprudential and variety Instructions normative. In conclusion the income criterion of § 3, Art. 20 of Law N° 8.742 / 93 (Loas) suffered a process of parcial inconstitucionalization generated by the fatic and juridic changes occurred in Brazil, which generated other tools to comprove the misery. However, at the same time it happened this inovations, the article of the law continuous normal full term, linking administratively the INSS, only can made more flexible by the jurisdictional activity.

Key-words: Social Assistance, Assistencial benefits, income criterion of § 3º, art. 20 of Law No. 8.742 / 93 (Loas), Extraordinary Resources N° 567,985 and 580,963, Complaint N° 4.374, STF, jurisprudence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	DA ASSISTÊNCIA SOCIAL	14
2.1	Seguridade Social – disposições gerais	14
2.1.1	Saúde.....	16
2.1.2	Previdência Social.....	17
2.1.3	Assistência Social.....	18
2.2	Da evolução da assistência social no Brasil.....	18
2.2.1	Evolução dos direitos fundamentais.....	18
2.2.2	Assistência Social como Direito Fundamental de segunda dimensão.....	21
2.2.3	Evolução da Assistência Social no Brasil.....	22
2.3	Da conceituação e regulamentação da assistência social.....	24
3	DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL	27
3.1	Evolução histórica do benefício assistencial.....	27
3.2	Da Conceituação e Regulamentação do Benefício Assistencial.....	32
3.2.1	Pessoa portadora de deficiência para fins assistenciais.....	33
3.2.2	Pessoa idosa para fins assistenciais.....	34
3.2.3	Definição de família para fins assistenciais.....	36
3.2.4	Estado de miserabilidade para fins assistenciais.....	38
4	DAS PROBLEMÁTICAS ADVINDAS DO CRITÉRIO OBJETIVO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	39
4.1	Da Interpretação no âmbito Administrativo pelo INSS.....	39
4.2	Da Interpretação pelo Poder Judiciário.....	40
4.2.1	Declaração de Constitucionalidade pelo STF em 1998 - ADI nº 1.232/DF.....	40
4.2.2	Declaração de inconstitucionalidade pelo STF em 2013 - Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963 e Reclamação nº 4.374.....	42
4.3	Eficácia atual do critério de renda do benefício assistencial.....	48
5	CONCLUSÃO.....	51

REFERÊNCIAS	53
--------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é de forte cunho social. Prevê uma enorme quantidade de direitos fundamentais, notadamente os sociais, que devem ser concretizados por políticas públicas e regulamentações do Estado.

Entre tais direitos sociais se encontra o da assistência social, tema de grande importância no presente momento histórico.

Explicita-se que, nos últimos anos, ocorreram grandes mudanças na política brasileira, sobretudo no desenvolvimento e inclusão social dos brasileiros, efetivados por meio de programas sociais e assistenciais extremamente polêmicos.

Exemplos destes são as cotas raciais para o ingresso em universidades e concursos públicos federais, além dos programas: Bolsa-Família, Fundo de Financiamento Estudantil (FIES), Minha Casa Minha Vida, dentre muitos outros.

Em relação a essas políticas sociais, mesmo havendo elevada aceitação por parte dos brasileiros (notadamente os de classes sociais menos abastadas), são vistas de maneira receosa por vários outros, que desejam um maior individualismo e liberalismo estatal.

Nesse momento histórico, é importante rever como se encontra a compatibilidade e eficácia dos benefícios e serviços assistenciais mais antigos em relação aos hodiernos, principalmente no que diz respeito à caracterização do seu público alvo, ou seja, a forma de enquadrar os requerentes como hipossuficientes.

A assistência social é um ramo da seguridade social. Esta, de acordo com a Carta Magna, consiste em um *“um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, previdência e à assistência social”*.

Por seu turno, a assistência social é definida na Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de assistência social - LOAS), como *“Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”*.

Dessa forma, diferencia-se da previdência social e saúde, principalmente, pelo condicionante para o seu usufruto, que é a necessidade do assistido.

Diferentemente da saúde que é devida a todos, e da previdência que exige a condição de segurado contributivo, a assistência só pode ser oferecida àqueles hipossuficientes na forma da lei.

Nesse sentido apresenta-se o benefício de prestação continuada da lei orgânica de assistência social – LOAS (Lei 8.742/93), também conhecido como benefício assistencial ou BPC/LOAS.

Este nada mais é do que um dos benefícios da assistência social. Entendendo-se que benefício é uma prestação pecuniária, e um serviço uma ação estatal sem transferência de valores, o benefício assistencial pode ser definido como uma prestação em dinheiro aos necessitados na forma da lei.

Diz respeito (i) à pessoa portadora de deficiência; (ii) ou ao idoso (com idade igual ou superior a 65 anos) que comprovem não possuir meios de prover sua subsistência ou tê-la provida pela família.

Tal comprovação de miserabilidade, de acordo com a LOAS, se dá através do critério de renda, que concede o status de necessitado àquele cujo ganho mensal familiar *per capita* for inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Todavia, tal critério objetivo foi alvo de intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais desde a sua instituição, o que gerou diversas ações direcionadas ao Supremo Tribunal Federal (STF), e à justiça como um todo, tendo o condão de alegar sua inconstitucionalidade, por restringir indevidamente o benefício aos hipossuficientes.

Isto posto, o objetivo deste trabalho acadêmico é de apresentar as grandes problemáticas geradas desde a instituição do critério de renda do BPC/LOAS até os dias de hoje, além de suas mudanças ao longo do tempo, destinando-se a entender como está a eficácia deste dispositivo administrativa e juridicamente.

O interesse do presente tema nasceu de experiência particular do autor quando do desempenho de suas funções jurídicas de estagiário na Defensoria Pública da União (DPU/MA) no 2ª Ofício Previdenciário, em relação à incompatibilidade entre os indeferimentos do INSS pautados na lei, e o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência contemporâneas.

Frequentemente eram realizados requerimentos administrativos em agências de previdência social para o recebimento do BPC/LOAS. Todavia, o índice de indeferimentos era altíssimo devido ao critério de renda de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, que dificilmente conseguia ocorrer na prática.

O alvo do benefício assistencial são idosos e deficientes, ou seja, pessoas extremamente vulneráveis, que muitas vezes destinam grande parte da renda de seu núcleo familiar para medicamentos e aparelhos de saúde (cadeiras-de-roda, muletas, fraldas geriátricas, etc), gastos estes não descontados da renda familiar pelo INSS, o que demonstra a insuficiência do dispositivo de lei.

Assim, os indigentes tinham seu requerimento negado injustamente e, mesmo com escasso poder aquisitivo, tinham que contratar um serviço advocatício para fazerem valer seus direitos. Com isso, sobrecarregavam as defensorias públicas da união, assim como o judiciário federal com demandas desta natureza, o que acabava por gerar embargo desnecessário da justiça.

Muito foi alegado que o critério absoluto de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo instituído pelo legislador foi insuficiente para aferir sobre a pobreza ou não dos indivíduos, tendo, porém, tal entendimento sido considerado constitucional em 1998 pela Suprema Corte através do julgamento da ADI nº 1.232/DF.

Ocorre que, através das mudanças fáticas e jurídicas mencionadas anteriormente, as novas leis regulamentadoras e criadoras de benefícios assistenciais instituíram critérios mais elásticos para aferição da pobreza dos indivíduos, o que levou o Pretório Excelso a modificar seu pensamento, declarando a inconstitucionalidade parcial do tema por meio dos Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963, além da Reclamação nº 4.374, ocorridos em 2013.

Ora, em se tratando de mudanças recentes sobre a matéria, é de grande importância o presente estudo, vez que é mister a necessidade de entender como se encontra a utilização do critério de renda do benefício assistencial do ponto de vista administrativo (seja do INSS ou por sua Procuradoria Federal Especializada) e jurisdicional (entendimento do STF e tribunais federais).

O procedimento metodológico utilizado será principalmente o de análise jurisprudencial, com o estudo da ADI nº 1.232/DF, ocorrida em 1998, que declarou a constitucionalidade do referido dispositivo legal, assim como os Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963 e a Reclamação nº 4.374, ocorridos em 2013, que declararam parcialmente a inconstitucionalidade da Lei 8.742/93.

O estudo de jurisprudências é de suma importância, pois é cada vez mais crescente a busca do poder judiciário para a efetivação dos direitos fundamentais, mormente os sociais. Houve um crescente descrédito pelo poder executivo (como citam-se pedidos de *impeachment* à presidente da república) e legislativo (devido a escândalos

de mensalão e corrupção em geral), o que acaba desviando todos os anseios e esperanças para o poder judiciário, visto como o verdadeiro guardião dos interesses da lei e do Estado.

Além deste procedimento, a análise de leis é de suma importância, em especial a Lei Orgânica de Assistência Social 8.742/93, e sua compatibilização com os entendimentos jurisprudenciais citados anteriormente. De forma suplementar, utilizar-se-á o procedimento histórico, com o fito de analisar as alterações ocorridas nos diversos conceitos sobre o tema para melhor explicação do assunto, quais sejam, a assistência social, o benefício assistencial e seu critério de renda.

2. Da assistência social

2.1 Seguridade social – disposições gerais

De acordo com a Constituição Federal de 1988, a seguridade social pode ser definida como “*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, previdência e à assistência social*”.

O professor Sérgio Martins traz a seguinte conceituação:

“O Direito da Seguridade Social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. (2011, p. 21)

Por sua vez, IBRAHIM (2011, p. 5), a define como:

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

A seguridade social foi regulamentada pelas leis nº. 8.212/93 (Plano de Custeio da Seguridade Social), Lei nº. 8.213/91 (Planos de Benefícios da Seguridade Social), Lei nº. 8.080/93 (Lei da Saúde) e Lei nº. 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social). Além de, inclusive, ter sido incluída como direito na Carta Internacional de Direitos Humanos:

“Artigo 22: Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.¹

Está inclusa em capítulo próprio da Carta Magna, entre os artigos 194 e 204, o que demonstra a grande importância dada pelo constituinte originário na sua criação. O

¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos art. 22.

legislador queria um sistema protetivo até então inexistente no Estado Brasileiro, que contivesse um espectro de atuação amplo, incidindo sobre os mais diversos riscos apresentados à população, tais como: enfermidades, velhice, incapacidades, e etc.

A estas situações dá-se o nome de “riscos sociais”, e ao seguro, criado justamente para proteger os indivíduos das possíveis indigências, de “seguro social” ou, de acordo com a constituição federal, “seguridade social”.

Analisando seu conceito legal, percebe-se o desmembramento da seguridade social em três áreas de atuação: Saúde, Previdência Social e Assistência Social. Cada qual com suas características e especificidades.

Ademais, a título de informação, explicita-se que a Seguridade Social foi fruto de uma grande evolução, que ocorreu desde o auxílio familiar, perpassadas por assistência voluntária e seguros privados, até o seguro social, que é um direito normatizado pelo ordenamento jurídico e devido pelo Estado.

Hodiernamente, muitos países estão modificando seu pensamento sobre a mesma. Como bem explica o doutrinador Fabio Zambite Ibrahim, o declínio da natalidade e o envelhecimento da população acabaram por gerar o recrudescimento de tais direitos, principalmente devido à diminuição dos recursos financeiros e econômicos para o seu financiamento. Nesse sentido, cita-se:

“O adequado dimensionamento do tamanho certo do Estado até hoje levanta discussões das mais acirradas não havendo consenso sobre o tema. Sabe-se que o Estado do Bem-Estar Social surgiu muito mais como um contraponto necessário ao crescimento do comunismo, do que como propriamente pela conscientização dos dirigentes mundiais pela importância da proteção social. **A farta oferta de benefícios foi feita, frequentemente, de modo irresponsável e visando unicamente rivalizar com o Leste Europeu.** É certo que o embate dialético entre estruturas e finalidades do Estado tenha havido algum exagero, de modo que **países que antes tinham ampla gama de ações sociais têm reduzido tais obras de modo generalizado, não só pelo fim da ditadura do proletariado, mas também pela insuficiência generalizada de recursos, agravada pelo envelhecimento mundial e pelas baixas taxas de natalidade.** Daí centrar-se o debate político atual no adequado dimensionamento do Estado moderno, na sua extensão necessária e adequada a o bem comum. Teríamos a então formação do Estado Pós-Social”².

Todavia, em que pese a importância de aludido tema, não é ele objeto deste trabalho, vez que o Estado Brasileiro ainda está fortemente enraizado na seguridade

² IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014. P. 4

social. Mesmo possuindo escassos recursos econômicos, o Brasil ainda goza de uma ampla gama de benefícios sociais previstos em seu texto constitucional.

Não somente isto, mas o governo eleito a mais de 10 anos possui viés notadamente esquerdista, o que acabou até mesmo fortalecendo a prática de benefícios e serviços sociais já existentes. Como exemplo: a criação do bolsa-família, programa minha casa minha vida, FIES, dentre outros.

Portanto, devido à grande importância da seguridade social e enorme proteção dada pelo Estado aos seus beneficiários, devem ser providos de forma plena, como preveem as leis dos benefícios e serviços sociais interpretadas de forma sistemática. Todavia, também deve ser sopesado o princípio da reserva do possível, que prega o exercício dos direitos sociais de forma regrada, de acordo com a possibilidade econômico-financeira estatal.

2.1.2 Saúde

A Saúde destina-se ao fornecimento de políticas sociais e econômicas que promovam o bem-estar e/ou reduzam o risco de doenças. Além disso, é “*direito de todos e dever do Estado*”, ou seja, é devida a todos sem discriminações ou requisitos para seu usufruto. O Art. 196 da CF traz suas linhas gerais:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”³.

O direito à saúde encontra previsão nos arts. 196 a 200 da Carta Magna, sendo este serviço prestado pelo SUS – Sistema Único de Saúde, órgão vinculado ao Ministério da Saúde. O SUS é financiado com orçamentos da seguridade social, advindos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, todavia, não está vinculado à Previdência e Assistência Social.

Assim, o INSS, autarquia federal responsável por gerir benefícios e serviços da Previdência Social, não tem qualquer relação e responsabilidade com os hospitais, casas de saúde e atendimentos em geral na área de saúde.

³ Constituição Federal, art. 196

Compete ao Sistema Único de Saúde: (i) executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica, e as da saúde do trabalhador; (ii) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; (iii) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; (iv) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; (v) fiscalizar e inspecionar alimentos, bem como bebidas e águas para o consumo humano; (vi) participar da produção de medicamentos, equipamentos e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde.

Explicita-se que a saúde pode ainda ser prestada de forma complementar pela iniciativa privada, isso ocorre mediante convênios ou contratos públicos privados em que empresas possuem a permissão legal para prestarem esses serviços, respeitando as normas inerentes à Saúde.

Possui o escopo mais amplo de todos os três segmentos da seguridade social, pois não prevê nenhuma espécie de restrição à sua clientela – qualquer pessoa tem direito ao atendimento de saúde providenciado pelo Estado – não necessitando, portanto, da comprovação de quaisquer contribuições ao sistema.

2.1.3 Previdência Social

Por outro lado, a previdência social é o ramo autônomo que se diferencia principalmente pelo seu caráter contributivo, ou seja, para que o cidadão possua direito aos benefícios previdenciários deve obrigatoriamente estar filiado e contribuindo ao respectivo regime da previdência social.

A contribuição é a materialização do “conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade”, pois, conquanto caiba ao Estado a disponibilização dos benefícios e serviços previstos na lei, à sociedade (notadamente aos contribuintes) cabe o fornecimento das chamadas contribuições sociais, que servirão como fonte de financiamento para todo o sistema securitário.

Dessa forma, em que pese a importância das contribuições sociais para o custeio da previdência, assistência e saúde, aquelas são requisitos imprescindíveis apenas para o gozo dos benefícios e serviços previdenciários, pois saúde e assistência não as exigem como condicionante de usufruto.

A previdência social também possui uma cobertura limitada de riscos, os quais se encontram previstos, de forma exemplificativa, no art. 201 da CF/88:

“Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observa dos critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.”⁴.

2.1.4 Assistência Social

Por fim, o ramo da assistência social. Este possui como único requisito a necessidade do assistido, ou seja, diferentemente da saúde que é devida a todos, e a previdência que exige a condição de segurado contributivo, a assistência só pode ser oferecida àqueles hipossuficientes na forma da lei.

Diz-se na forma da lei porque existem diferentes requisitos para cada benefício ou serviço assistencial, sendo o direito de assistência regulamentado pela Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS), que inclusive lhe apresentou uma definição legal:

“Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas”⁵

São exemplos de benefícios da assistência social: auxílio-natalidade; auxílio-funeral; bolsa família; benefício de prestação continuada (art. 203, V); abrigos, etc.

O Ministério responsável pelas ações da assistência social é o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

2.2 Da evolução histórica da assistência social no Brasil

2.2.1 Evolução dos Direitos Fundamentais

⁴ Constituição Federal, art. 201

⁵ Lei 8742/93, art. 1º

Os direitos fundamentais consistem em um gênero que abrange todos os direitos devidos aos cidadãos de determinado Estado. Estes passaram por diversas transformações ao longo da História.

Em um primeiro momento, houve a formação do Estado Liberal, a partir das Revoluções Burguesas dos séculos XVII e XVIII, em que o direito positivado foi elaborado com objetivo de limitar a atuação do Estado. Portanto, os direitos eram um conjunto de garantias individuais contra a intervenção estatal na esfera de autonomia privada do cidadão.

Nesse sentido, o doutrinador Leite (2009 p.35/36) afirma que:

O direito posto pela classe dominante, portanto, constitui um limitador da ação estatal, ao mesmo tempo em que se apresenta como um conjunto de garantias individuais oponíveis ao próprio Estado, cuja função seria apenas a de proteger/garantir a liberdade e a propriedade (como direito natural e absoluto) sob uma perspectiva individualista e nutrida pelo dogma da igualdade formal perante a lei [...].

Estes foram chamados de direitos de primeira dimensão, também denominados: direitos individuais ou negativos. Foram caracterizados pelos direitos de liberdade, políticos básicos e civis do povo.

Inicialmente, foram institucionalizados a partir da Magna Carta de 1215 do rei João Sem Terra e também pelos documentos históricos Bill of Rights e Habeas Corpus Act.

Historicamente, a Magna Carta foi um pacto estabelecido entre o rei João Sem-Terra e os bispos e barões ingleses, o qual garantiu alguns privilégios aos nobres ingleses. Contudo, em que pese ter alijado a população, serviu como referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos.

Posteriormente, com a Revolução Gloriosa em 1688 na Inglaterra, entraram em vigor os documentos Petition of Rights, Bill of Rights e Habeas Corpus Act, nos quais houve o reconhecimento dos direitos e liberdades dos cidadãos.

Posteriormente, no Século XVIII e XIX adveio a revolução industrial, e com ela, diversas consequências danosas aos cidadãos daquela época. Percebeu-se que a grande liberdade estatal dada aos particulares (vez que os direitos eram apenas negativos, de forma em que o Estado não intervinha sobre a autonomia de vontade dos cidadãos) acabou por gerar uma exploração do mais forte em detrimento dos mais fracos.

As condições de trabalho eram altamente precárias, com turnos que excediam as 8 horas diárias, aliadas à ausência de direitos trabalhistas. Tudo isto ocasionou uma forte exploração da força trabalhista que, inclusive podia ser facilmente trocada ao bel prazer do Burguês, sem quaisquer garantias aos Proletariados.

Nesse momento histórico, houve o desenvolvimento de doutrinas socialistas e grandes movimentos reivindicatórios. O Estado foi obrigado a conceber, não somente as prestações negativas retromencionadas (direitos de primeira dimensão), como também ações positivas (chamadas de direitos de segunda dimensão), em vista de proporcionar o bem estar social (welfare-state).

Isto conforme menciona Sarlet (2005, p.55):

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da Justiça Social.

Foram criados, então, os direitos prestacionais do Estado, em que se objetivava promover políticas públicas para amenizar a pobreza e desigualdades sociais decorrentes do advento da Revolução Industrial.

Menciona-se o entendimento de Comparato (2004 p.65):

Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar, a partir do século XIX, o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade enquanto virtude cívica (2004, p.65).

Nesse sentido, conforme o princípio da solidariedade, passou-se a proporcionar o bem-estar social e garantir aos cidadãos hipossuficientes direito a prestações sociais de forma obrigatória, como a saúde, educação, trabalho e assistência social, sendo, na prática, a materialização dos direitos individuais formalmente estabelecidos nas Cartas Políticas.

A previsão legal destes direitos só ocorreu no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar em 1919. Conforme assevera Sarlet (2005, p.56) “[...] no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos acabaram sendo consagrados em um número

significativo de Constituições, além de serem objetos de diversos pactos internacionais”.

Por fim, adveio o direito de terceira dimensão, caracterizado pela titularidade coletiva, denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, os quais são destinados à proteção de grupos humanos.

É imperioso colacionar os ensinamentos de Bonavides (2007, p.569):

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse outra dimensão de direitos fundamentais, até então desconhecida. Trata-se daquela que se assenta sobre a fraternidade, conforme assinala Karel Vasak, e provida de uma latitude de sentido que não parece compreender unicamente a proteção específica de direitos individuais ou coletivos.

Dentre os mais conhecidos direitos humanos de terceira dimensão tem-se o direito à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos. São estes conhecidos doutrinariamente como direitos coletivos.

2.2.2 Assistência Social como Direito Fundamental de segunda dimensão

Isto posto, percebe-se que alguns direitos fundamentais previstos nas cartas políticas devem ser obrigatoriamente promovidos e efetivados pelo Estado. O mesmo não pode contentar-se apenas com as liberdades negativas, mas também deve promover o bem estar social dos cidadãos do ponto de vista de saúde, educação, assistência social, dentre outros.

Esses direitos consistentes em ações positivas do Estado, são os Direitos Sociais, que compreendem: saúde, educação, trabalho, assistência social, seguridade, etc.

A assistência social, em decorrência de sua natureza de direito social, possui toda a sua previsão constitucional em normas de eficácia limitada, de acordo com a classificação de normas do doutrinador José Afonso da Silva. Ou seja, elas preveem um comando direcionado tanto para a sociedade quanto ao legislador, tendo esse o dever de efetivar aludidos direitos através da síntese de normas infraconstitucionais que lhes deem aplicabilidade integral.

Os comandos constitucionais foram importantes no momento em que apresentaram as disposições gerais e instituíram os benefícios assistenciais. Todavia, suas definições e conseqüente efetivação ocorreram, na prática, com as diversas normas

infraconstitucionais posteriores, tais como a pela Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS).

2.2.3 Evolução da Assistência Social no Brasil

Antes de sua institucionalização, a assistência social passou por um longo processo de evolução, gerada por lutas sociais contra os infortúnios naturais até a inclusão dos respectivos direitos sociais nas cartas políticas.

A doutrina até mesmo aponta que as ações assistenciais se desenvolveram antes mesmo da formação do Estado, e se configuravam em ações de solidariedade desenvolvidas entre grupos religiosos ou familiares, contra os problemas naturalmente estabelecidos.

Nessa ótica, Martinez (2010, p.188) afirma que:

O direito à assistência social é tema recente na história da humanidade, mas a técnica, propriamente dita, precedeu a previdência social. Seu dealbar institucional é antigo, veio antes do Estado e sua proteção, ministrada por pessoas ou famílias, imbuídas de alto espírito de solidariedade, encampadas pelos ordenamentos religiosos, máxime o cristão, espalhou-se pelo mundo.⁶

Nesse sentido, a assistência social nasce no Brasil com o caráter eminentemente privado, através das características de caridade ou favor (benemerência/filantropia⁷), estando, portanto, fora do espectro de proteção estatal.

6 MARTINEZ, Vladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3ª ed. São Paulo: Ltr, 2010.

⁷ Maria do Rosário Corrêa de Salles Gomes (2002, p. 41): “é necessário buscar as raízes centrais desta conformação singular nos dogmas religiosos e mitologia dos povos, que relaciona e identifica a ajuda ao “dom”: doar, receber, retribuir vem sendo tratados como deveres resultantes das dívidas morais. A Igreja Católica constrói, durante séculos, a crença da possibilidade de articulação entre o dom terreno e o dom espiritual, por meio da ajuda e doação do supérfluo: quem o faz aos pobres presta a Deus. O auxílio materializa a relação entre dar e receber, imbuído de significados: a ajuda, antes do liberalismo, integrava a troca social. O advento do liberalismo introduz a competitividade como eixo central para a sobrevivência humana, em sociedade de mercado, no lugar da ajuda. A prática esparsa de doar fica também gentilizadora nas instituições, denominadas filantrópicas. Desta forma a filantropia representa a possibilidade do exercício do dom, só uma estrutura de poder na qual são estabelecidas diferentes trocas: lealdade, retribuição futura, pressupõe quem dá e quem recebe, assentados em diferentes patamares, entre o domínio e a submissão. Assim, o escopo valorativo em questão, fortemente talhado pela Igreja Católica desde a Idade Média, identifica a prática da caridade e benemerência com a ideia da nobreza e caráter de costumes, antônimos do lucro egoísta: o rico, protegido por Deus, deve doar o supérfluo ao desfavorecido. A benemerência é movida pela piedade, comiseração, expressas no ato de ajuda ao próximo. Por sua vez, a filantropia é a laicização da caridade, soam expressão leiga e dotada de uma racionalidade estruturada, organizada sobre o pragmatismo maior do que a penalização e auxílio alheio.

A partir da década de 30, o Estado começa a subsidiar tais práticas de benemerência, através dos auxílios-subvenções, como o exemplo do Decreto n. 20.351/31 que instituiu a Caixa de Subvenções.

Ela buscava selecionar e fiscalizar as entidades alvo da transferência de auxílios financeiros do governo. Ajudava os estabelecimentos de ensino técnico e nacionalização do ensino, assim como instituições de caridades em hospitais, maternidades, leprosários, creches e órgãos de proteção à criança. O ministério da justiça exercia controle direto sobre tais instituições.

Por sua vez, a Constituição de 1934 aumentou o leque de abrangência das instituições passíveis de recebimento das subvenções, englobando as organizações de saúde, cultura e educação.

No Estado Novo, em 1937, a Constituição estabeleceu novos parâmetros para o Estado Social. Foi criado em 1938 o Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS) – Decreto n. 527 de 1938. Segundo Maria Luiza Mestriner (2001, p. 6-67), tratou-se da *“primeira forma de presença da assistência social na burocracia do estado republicano brasileiro, ainda que na função subsidiária de subvenção às organizações sociais que prestam amparo social”*.

Aludido conselho era órgão auxiliar do Ministério da Educação e Saúde. Seus membros cadastravam as entidades filantrópicas, avaliavam seu pedido de subvenções e submetiam-nos à aprovação do aludido Ministério. A última palavra, porém, cabia ao Presidente da Nação: que era o valor do benefício (denominado cooperação financeira).

Em 1942 é criada a LBA – Legião Brasileira de Assistência, órgão governamental dirigido pela primeira dama Darci Vargas, com atribuição de organizar voluntários e assistir idosos, inválidos e crianças carentes.

Através do seguimento cronológico mencionado, percebe-se a transformação gradativa da atuação estatal no campo assistencial, caminhando-se da execução subsidiária à execução direta.

Sobre o período que antecedeu a Constituição Federal de 1988, Evaldo Vieira tece os seguintes comentários sobre a assistência pública brasileira:

(...) a política social brasileira compõem-se e recompõem-se, conservando em sua execução o caráter fragmentado, setorial e emergencial, sempre sustentada pela imperiosa necessidade de dar legitimidade aos governos que buscam bases sociais para manter-se e aceitam seletivamente as reivindicações e até as pressões da sociedade (VIEIRA, 1997, p. 68)

Com o advento da Constituição de 1988, a assistência social ganha grande relevância, na medida em que deixa de ser mero instrumento de caridade para constituir-se como medida de efetivação dos direitos sociais.

Como é cediço, de acordo com o Direito Constitucional, os direitos fundamentais são subdivididos em gerações (hoje em dia, dimensões), quais sejam: primeira, segunda, terceira e, para alguns (devido à divergência doutrinária) quarta ou quinta dimensões.

Os direitos de segunda dimensão, também chamados de direitos positivos ou sociais, tratavam justamente do dever estatal em, através de políticas públicas, efetivar os programas estatais previstos no texto constitucional, notadamente os direitos sociais.

Dentre estes direitos fundamentais sociais, está o da assistência social, que, como já mencionado, trata-se de objetivo que deve ser perseguido pelo Estado através de políticas públicas e programas previstos na constituição federal e leis infraconstitucionais.

Ou seja, através da Constituição Federal de 1988, a assistência social deixou de ser iniciativa privada ou pública subsidiária para ter sua execução integralmente prestada pelo Estado.

2.3 Da conceituação e regulamentação da assistência social

A Assistência Social encontra previsão nos arts. 203 e 204 da Constituição Federal. Além disso, foi regulamentada pela Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS), bem como pelo Decreto nº 6.214/07 (o qual trata dos Benefícios de Prestação Continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso). Na LOAS, inclusive, lhe foi dada uma definição legal:

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

Possui como único requisito a necessidade do assistido, ou seja, diferentemente da saúde que é devida a todos, e da previdência que exige a condição de segurado contributivo, a assistência só pode ser oferecida àqueles hipossuficientes na forma da lei.

Seus objetivos são aqueles previstos nos incisos do art. 203 da Constituição Federal: proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Aludido artigo prevê tanto serviços assistenciais (prática de atos) quanto os benefícios assistenciais (prestações pecuniárias), sendo que apenas no seu inciso V existe a previsão do benefício assistencial, que possui exatamente esta nomenclatura.

O benefício assistencial mensal de um salário mínimo é devido ao necessitado que, para efeitos legais, é o idoso (65 anos ou mais) ou o deficiente, que sejam incapazes de prover sua manutenção, e cuja renda familiar per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.

Tal critério foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.232/DF proposta pelo Procurador Geral da República, argumentando-se que a Lei 8.742/93 restringia indevidamente o direito constitucional ao benefício.

No mesmo sentido, o STJ já decidira que o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não é absoluto, nada impedindo que o julgador fizesse uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade do autor (AGRESP 523864/SP, Rel. Min. Felix Fischer).

Atualmente, em que pese já haver decidido sobre a constitucionalidade de tal critério na ADI 1232/DF em 1998, a Suprema Corte modificou seu pensamento.

Em 18/04/2013, o STF julgou o recurso extraordinário n.º 567.985-3, de Relatoria do ministro Marco Aurélio, declarando *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do disposto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, devido a grandes mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

Aludido benefício assistencial, assim como os critérios utilizados para a sua concessão, serão esmiuçados em tópico posterior, devido às suas polêmicas recentes, que constituem o ponto central da presente argumentação.

Ademais, o Brasil aprovou recentemente, por meio de Decreto Legislativo 186/08, o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007:

“Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência”.

Com isso, houve alterações na LOAS, através da Lei n. 12.435/2011, que adequou-a às novas disposições sobre a matéria. Inovou com a definição de pessoa com deficiência, entendida como *“aquela que tem impedimentos de longo prazo (mínimo de 2 anos) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”*⁸.

Por sua vez, apresenta também a definição de família: *“é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”*⁹.

Tais inovações foram muito importantes para a interpretação e aplicação das normas de assistência. A Lei 8.213/91, que tratava isoladamente da matéria sobre a definição de família, excluía os filhos maiores de 21 anos do âmbito familiar, o que afastava sua renda do cálculo de aferição de miserabilidade. Através da conceituação da Lei n. 12.435/2011, passou-se a considerar os filhos como família independentemente da idade, contato que convivessem no mesmo teto. Portanto, incluiu seus ganhos na aferição de hipossuficiência familiar, acarretando maior justiça às pesquisas socioeconômicas.

Não só isso, mas houve uma mudança do termo incapacidade para impedimento. O que parece ser simples, na verdade, permitiu uma aplicação e interpretação mais abrangente, vez que incapacidade é um termo que possui nítida ligação com trabalho, sendo impróprio para crianças deficientes, por exemplo, em que a comprovação de hipossuficiência era totalmente diversa da impossibilidade de trabalhar.

⁸ Art. 20 parágrafo 2 da LOAS.

⁹ Art. 20 parágrafo 1 da LOAS.

Por conseguinte, entende-se que a assistência social possui caráter residual, pois é devida quando impossível for a aplicação de benefícios e serviços previdenciários. Existem casos em que pessoas não exercem atividades remuneradas, seja por impossibilidade (deficiência física ou mental), seja pelo exercício de atividades informais ou no campo durante toda a sua vida. Nestas situações excepcionais, caracterizada a hipossuficiência do assistido, existe a previsão legal de benefícios e serviços assistenciais, com a função de conceber qualidades mínimas de vida ao sujeito não enquadrado como segurado contribuinte.

A constituição determina que a assistência social será prestada preferencialmente com recursos do orçamento da seguridade social, e organizadas com base na descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e execução dos programas às esferas estadual e municipal, bem como às entidades beneficentes de assistência social. Além disso, prevê a participação da população, por meio das organizações representativas, na formulação de políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Por outro lado, a EC 42/2003 instituiu possibilidade aos Estados e Distrito Federal em vincular ao programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento (0,5%) de sua receita tributária líquida. Direcionados tais recursos a este objetivo, seria vedado o desvio para despesas com pessoal e encargos sociais, assim como despesas ou quaisquer receitas correntes de natureza diversa.

3. Do Benefício Assistencial

3.1 Evolução histórica do benefício assistencial

A primeira previsão legal do benefício assistencial foi justamente na Constituição Federal de 1988, antes disso não haviam benefícios desta natureza. Segundo Sérgio Fernando Moro (2003, p. 144) é um verdadeiro “direito antipobreza”.¹⁰

Antes dele, havia renda mensal vitalícia, instituída pela Lei n. 6.179, de 11 de dezembro de 1974, que dispunha:

¹⁰ Direito antipobreza, para aludido autor, é aquele voltado exclusivamente aos pobres e que tenha como objetivo o resgate do estado de pobreza. Assim não pode ser considerado direito antipobreza, por exemplo, o direito à assistência judiciária gratuita (ausência do objetivo “resgate da pobreza”), nem tampouco o direito à saúde ou à educação (cujos destinatários não são apenas os pobres na forma da lei).

Art 1º Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no 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 mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou ainda

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

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

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

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

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

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

Art 3º A prova de idade será feita mediante certidão do registro civil ou por outro meio de prova admitido em direito, inclusive assento religioso ou carteira profissional emitida há mais de 10 (dez) anos.

Art 4º A verificação da invalidez será feita em exame médico-pericial a cargo da Previdência Social urbana ou rural.

Art 5º A prova de inatividade e inexistência de renda ou de meios de subsistência poderá ser feita mediante atestado de autoridade administrativa ou judiciária local, identificada e qualificada que conhece pessoalmente há mais de 5 (cinco) anos o pretendente à renda mensal ora instituída.

Art 6º A prova de filiação à Previdência Social ou da inclusão em seu âmbito, assim como a do tempo de atividade remunerada, será feita por meio da Carteira Profissional ou de Trabalho e Previdência Social ou por qualquer outro elemento de convicção, inclusive declaração firmada pela empresa empregadora ou sócio remanescente, identificado e qualificado, na qual expressamente afirme o conhecimento pessoal do fato declarado, assumindo a responsabilidade pela declaração, sob as penas da Lei.

A relação jurídica da norma tinha como sujeito ativo o ex-trabalhador e como sujeito passivo, o FUNRURAL (na hipótese em que o sujeito ativo era ex-trabalhador rural), ou o INPS (na hipótese em que o sujeito ativo era ex-trabalhador não rural). O objeto de tal relação era a renda mensal vitalícia (prestação pecuniária) e, de acordo com o caso concreto, uma assistência médica complementar (serviço).

Conforme o estabelecido no Decreto n. 77.077/76 (CLPS), a prova de idade era realizada por meio da apresentação de certidão de registro civil ou outros meios admitidos pela lei (art. 75); a invalidez por meio de exame médico-pericial a cargo da Previdência Social urbana ou rural (art. 76); a inatividade e inexistência de renda ou de meios de subsistência mediante atestado de autoridade administrativa ou judiciária local (declarando conhecer o possível beneficiário a, pelo menos, 5 (cinco) anos) – art. 77. Já a filiação ao INPS e tempo de atividade remunerada, pela carteira profissional ou de trabalho, admitindo na ausência desses “outros elementos de convicção” (art. 78).

O valor de tal renda mensal vitalícia era o equivalente à metade do maior salário-mínimo vigente no país, não podendo ultrapassar 60% do salário-mínimo do local de pagamento. A fixação dessa quantia continuou vigente até julho de 1991, quando entrou em vigor a Lei 8.213/91 que, regulamentando a constituição de 1988, proibiu a fixação de qualquer benefício em valor inferior a um salário mínimo.¹¹

Diante da análise de tal renda mensal vitalícia, percebe-se ser possuidora de um forte traço assistencial, todavia, não pode ser considerada um benefício assistencial propriamente dito, pois exigia uma prévia filiação ao sistema previdenciário da época para o seu recebimento.

Tal renda mensal vitalícia foi concedida de 1975 até 1995, época em que foi substituída pelo benefício de prestação continuada.¹²

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a apresentar a subdivisão do sistema de seguridade social, estabelecendo a assistência social no seu art. 203:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

¹¹ Observa-se que o STF reconhecer que a regra traçada no §5º, art. 201 da CF era autoaplicável (RE 159.413-6/SP – Rel. Ministro Moreira Alves – DJ 26.11.1993), determinando que a partir da CF de 1988 “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor inferior ao salário mínimo”, neste rol inclusive aludida renda mensal vitalícia.

¹² De acordo com a Lei n. 8742/93 em seu art. 40” Art. 40. Com a implantação dos benefícios previstos nos arts. 20 e 22 desta lei, extinguem-se a renda mensal vitalícia, o auxílio-natalidade e o auxílio-funeral existentes no âmbito da Previdência Social, conforme o disposto na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. § 1º A transferência dos beneficiários do sistema previdenciário para a assistência social deve ser estabelecida de forma que o atendimento à população não sofra solução de continuidade. (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20.11.1998

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.

Dessa forma, pode-se concluir que o primeiro benefício realmente assistencial instituído no Brasil foi estabelecido pelo inciso V do art. 203 da Constituição Federal de 1988, que conferia prestação pecuniária 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, a garantia de um salário mínimo.

Aludido dispositivo, entretanto, não era autoaplicável, exigindo-se de ação do legislador infraconstitucional para a sua total concretização. Foi nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal decidiu:

EMENTA: Embargos de declaração em Recurso Extraordinário. 2. Decisão Monocrática do relator. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Previdenciário. Renda Mensal Vitalícia. Artigo 203, V, da Constituição Federal. Dispositivo não autoaplicável. 4. Eficácia após edição da Lei 8.742, de 07.12.1993. Precedentes. Agravo Regimental a que se nega provimento. (ED em RE no. 401.127-1/SP – Relator Ministro Gilmar Mendes – DJU 17.12.04).

Assim também o fez o legislador ordinário, conforme redação da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91) no seu art. 139:

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. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 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: (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

I - tenha sido filiado à Previdência Social, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não; (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

II - tenha exercido atividade remunerada atualmente abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social, embora sem filiação a este ou à antiga Previdência Social Urbana ou Rural, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

III - se tenha filiado à antiga Previdência Social Urbana após completar 60 (sessenta) anos de idade, sem direito aos benefícios regulamentares. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 2º O valor da Renda Mensal Vitalícia, inclusive para as concedidas antes da entrada em vigor desta lei, será de 1 (um) salário mínimo. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º A Renda Mensal Vitalícia será devida a contar da apresentação do requerimento. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 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. (Revogado pela Lei nº 9.528, de 1997)

Dessa forma, o Benefício Assistencial apenas foi regulado com a Lei Orgânica de Assistência Social (Lei 8.742/93), que fixou os seguintes requisitos para sua concessão:

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. (Vide Decreto nº 1.330, de 1994) (Vide Decreto nº 1.744, de 1995) (Vide Decreto nº 6.214, de 2007)

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 9.720, de 1998)

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

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

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica.

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

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo realizados pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. (Redação dada pela Lei nº 9.720, de 1998) (Vide Lei nº 9.720, de 1998)

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

Dessa forma, mesmo com a vigência de aludida lei 8.742/93, foi necessário a expedição do Decreto n. 1.744/96, para a realização das medidas administrativas e financeiras necessárias à sua concretização.

O Decreto 1.744/95 inovou também, dispondo que a idade a ser considerada do idoso era de 67 anos a partir de 1998 e, em 2000, 65 anos. Teve sua redação reforçada com a Lei 9.720/98.

Além destas, o limite de idade de 65 anos foi posteriormente confirmado através do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), o qual prevê:

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. (Vide Decreto nº 6.214, de 2007)

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.

Embora a LOAS preveja que à União caiba o encargo a responder pelo pagamento dos benefícios de prestação continuada, o art. 32, parágrafo único, do Decreto n. 1744/95 atribuiu ao INSS o dever de receber os requerimentos administrativos e a conceder ou não aludido benefício.

3.2 Da Conceituação e Regulamentação do Benefício Assistencial

O benefício assistencial surgiu através da Constituição Federal de 1988 que, através do seu espírito inclusivo e fraternal, o previu no art. 203, inciso V da Constituição Federal de 1988.

Tal benefício consiste na garantia de um salário mínimo 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, cabendo ao legislador a tarefa de disciplinar a concessão do benefício assistencial. O art. 203 é assim redigido:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
 I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
 II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
 III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
 IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
 V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O mesmo foi regulamentado pelo art. 20 da Lei no. 8.742/93 que delimitou o benefício aos idosos e portadores de deficiência cuja renda familiar *per capita* não ultrapasse a quantia de um quarto do salário mínimo, como se percebe pela leitura do §3º do art. 20, *in verbis*:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)
 (...)
 § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

Segundo esta lei o benefício será devido ao idoso e portador de deficiência enquanto perdurarem as condições que autorizaram sua concessão, ou seja, enquanto a pessoa portadora de deficiência estiver incapacitada do se sustentar, por exemplo, caso a renda da família aumente a patamar superior ao ¼ do salário mínimo tal benefício perde sua necessidade. Por isso mesmo, deve haver a revisão do benefício de 2 em 2 anos.

Trata-se de um benefício intransferível, ou seja, não gera o direito de pensão por morte, visto ser personalíssimo do beneficiário. Todavia, os valores não recebidos em vida pelo beneficiário serão pagos aos herdeiros.

É vedada sua acumulação com qualquer benefício previdenciário, exceto a pensão especial devida aos dependentes das vítimas de hemodiálise de Caruaru/PE (Lei 9.422/96), bem como não gera gratificação natalina.

Além do exposto, a assistência social é caracterizada pela dupla subsidiariedade, motivo pelo qual existem os requisitos de que o beneficiário não pode se enquadrar nos demais casos de seguridade privada ou pública.

3.2.1 Pessoa portadora de deficiência para fins assistenciais

Sobre o portador de deficiência ou necessidades especiais, para fins de concessão da assistência social, conforme redação do §2º do art. 20 da Lei 8.742/93, alterada pela Lei 12.470/2011, considera-se a pessoa *“que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”*.

Antigamente, seu teor legal estabelecia como caracterização de deficiência não somente a incapacidade para o labor, mas também para a vida independente: *“impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho”*.

A doutrina entende que a LOAS, no momento em que previu a incapacidade para a vida independente, na definição de portador de deficiência, acabou por extrapolar sua função de mera regulamentação da norma constitucional, passando a exigir um novo requisito para a concessão do benefício, não previsto anteriormente na constituição federal¹³.

¹³ Nesse sentido Fabio Zambitte Ibrahim (2006, p. 6) “sem embargos a redação legal é criticável, não sendo a mais adequada, devido à imprecisão do que seria a incapacidade para a vida independente. Isso

Nesse sentido a súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais estabeleceu que:

Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.

E a Advocacia-Geral da União, inclusive, através da edição da Súmula nº 30, considera que a incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho já é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente nos seguintes termos:

A incapacidade para prover 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 07 de dezembro de 1993.

Ademais, considera-se impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos, conforme o § 10 do art. 20 da Lei 8.742/93.

A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento por avaliação médica e avaliação social, realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS (§6º da Lei 8.742/93).

3.2.2 Pessoa idosa para fins assistenciais

A definição de pessoa idosa para fins de concessão do benefício assistencial passou por uma modificação ao longo do tempo, vez que a idade para sua aferição sofreu uma diminuição progressiva.

A Lei 7.842/93 definia como pessoa idosa, aquela “*com 70 (setenta) anos ou mais*”, com previsão legal no seu art. 20:

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.

acaba por excluir quase todas as solicitações administrativas do benefício assistencial, por perícia médica em geral entende que somente enquadrar-se-ia nesse requisito a pessoa totalmente dependente de terceiros, mesmo nas atividades mais básicas do dia-a-dia. Não parece ser este o ideal da constituição ao prever a assistência social que privilegia a dignidade da pessoa humana”.

Sucessivamente, com a edição da Lei 9.720, de 20 de dezembro de 1998, foi modificada tal idade para 67 anos a partir de 1998:

Art. 38. A idade prevista no art. 20 desta Lei reduzir-se-á para sessenta e sete anos a partir de 1o de janeiro de 1998.

Posteriormente o do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), solidificou a idade para 65 anos. Nesse sentido, seu art. 34:

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. (Vide Decreto nº 6.214, de 2007)
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.

Em suma, percebe-se que o requisito da idade mínima passou por sucessivas alterações, já tendo sido considerado 70 anos (01/01/1996 a 31/12/1997), 67 anos (01/01/1998 a 31/12/2003) e 65 anos, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) e a Lei 12.435/2011, que atualizou o art. 20 da Lei 8.742/93 para 65 anos.

A própria LOAS já previa em seu texto original que “*Art. 38. A idade prevista no art. 20 desta lei reduzir-se-á, respectivamente, para 67 (sessenta e sete) e 65 (sessenta e cinco) anos após 24 (vinte e quatro) e 48 (quarenta e oito) meses do início da concessão*”, portanto, restam afastados quaisquer argumentos que aludida diminuição de idade malferia o princípio da prévia fonte de custeio.

Ressalta-se que a definição de pessoa idosa para fins de assistência social é diversa da definição de idoso por si só, vez que o próprio Estatuto do Idoso previu em seu texto que o idoso seria aquele com “*idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos*”, mas previu casuisticamente que, para fins assistenciais, a idade a ser considerada deveria ser a de 65 anos.

O Recurso Extraordinário 580.963, os Ministros do Supremo Tribunal Federal declararam a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), corrigindo uma distorção criada pelo Estatuto do Idoso, no que toca a criação de uma desigualdade no cálculo da renda *per capita* ao considerar que somente os benefícios assistenciais concedidos por conta

da idade não seriam levados em conta no cálculo, visto que inexistia justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos.

Aludido estatuto estabeleceu ainda que “*O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas*” como estabeleceu também que parte do benefício assistencial poderia ser usado no custeio do sustento das entidades filantrópicas que abrangem os idosos¹⁴.

3.2.3 Definição de família para fins assistenciais

De acordo com a Constituição Federal a família é a base da sociedade e por isso o Estado possui a função de protegê-la. Sua definição é fortemente ligada ao conceito de afetividade, que é o principal suporte axiológico dos princípios que regem tal matéria.

Pelo fato de se conceituar através do afeto, a Constituição Federal lhe consagrou uma pluralidade de modalidades: a) pessoas casadas; b) união estável entre homem e mulher; c) a família monoparental (formada por um dos pais e seus descendentes); d) e, até mesmo, de acordo com o moderno entendimento do STF, a união homoafetiva (entre pessoas do mesmo sexo).

Segundo Pietro Perlingieri, a família como formação social é garantida pela constituição não por ser portadora de um direito superior ou superindividual, mas por ser o local em que se formará o ser-humano:

“A família é valor constitucionalmente garantido nos limites de sua conformação e de não contrariedade aos valores que caracterizam as relações civis, especialmente a dignidade da pessoa humana: ainda que diversas possam ser as modalidades de organização, ela é finalizada à educação e à promoção

¹⁴ Art. 35. Todas as entidades de longa permanência, ou casa-lar, são obrigadas a firmar contrato de prestação de serviços com a pessoa idosa abrigada.

§ 1º No caso de entidades filantrópicas, ou casa-lar, é facultada a cobrança de participação do idoso no custeio da entidade.

§ 2º O Conselho Municipal do Idoso ou o Conselho Municipal da Assistência Social estabelecerá a forma de participação prevista no § 1º, que não poderá exceder a 70% (setenta por cento) de qualquer benefício previdenciário ou de assistência social percebido pelo idoso.

§ 3º Se a pessoa idosa for incapaz, caberá a seu representante legal firmar o contrato a que se refere o **caput** deste artigo.

daqueles que a ela pertencem. O respeito à tutela não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas, que se traduzem em uma comunhão espiritual de vida (PERLINGIERI, 2002, p. 243)”.

A Carta Magna inclusive previu vários deveres da família em relação aos seus integrantes, sejam crianças, adolescentes e jovens, sejam idosos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Dessa forma, sintetiza Cristiano Chaves (2002, p.9) que “*a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano*”.

Ademais, pelo fato de a entidade familiar gozar de grande importância na formação plena dos indivíduos, diversos mecanismos foram criados para a sua proteção, dentre eles, o dever de Assistência.

A previsão constitucional de assistência derrocou no princípio da reciprocidade entre pais e filhos, em que devem os pais devem assistir, criar e educar os filhos menores; e por sua vez, os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Ou seja, via de regra, existe o dever de assistência familiar, em que, havendo alguma situação excepcional, como a incapacidade de um dos integrantes para o exercício do trabalho e obtenção de renda, têm o restante do núcleo familiar o dever de proverem tais recursos ao indigente.

Apenas na impossibilidade do provimento de aludidos recursos em sua plenitude, deve o Estado intervir na relação familiar concedendo valor pecuniário, qual seja, benefício assistencial.

Isto posto, a assistência familiar é substituída pela assistência social apenas na impossibilidade daquela prover todos os meios de subsistência necessários ao hipossuficiente, nos casos previstos em lei, devido ao caráter residual da assistência social.

Por outro lado, a LOAS traz uma definição mais específica de família. Ocorre que, para fins de obtenção do benefício de prestação continuada, a família deve ser considerada:

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

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

Quanto a exigência de “*desde que vivam sob o mesmo teto*” deve-se realizar uma interpretação com reservas. Ocorre que a assistência pública tem como condição a deficiência da assistência privada (tal como a família). Assim, mesmo não vivendo no mesmo teto, se for possível a demonstração de que os integrantes da família possuem plena capacidade de tutelar economicamente o indigente, não haveria o que se falar em benefício assistencial.

3.2.4 Estado de miserabilidade para fins assistenciais

Questão polêmica diz respeito a possibilidade de flexibilização do critério objetivo de definição de pessoa miserável previsto no §3º do art. 20 da Lei 8.742/93, qual seja, a renda familiar *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo.

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

O legislador preferiu definir pobreza sob uma condição absoluta, ou seja, miserável é aquele que apresenta renda inferior a ¼ do salário mínimo, sendo tal critério alvo de intensa discussão na doutrina e jurisprudência.

Todavia, mesmo sendo motivo de insegurança jurídica (diversas sentenças em sentidos opostos), aludido dispositivo continua normalmente em vigor, sendo aplicado normalmente nos requerimentos do BPC/LOAS submetidos ao INSS.

4. Das problemáticas e evolução histórica do critério de renda do Benefício Assistencial

4.1 Interpretação no âmbito Administrativo do INSS

Quanto à interpretação administrativa, diz-se aquela utilizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) na aferição dos requerimentos administrativos do benefício assistencial (BPC/LOAS), quanto ao enquadramento ou não do requerente estado de miserabilidade.

Pelo fato de ser uma autarquia federal, cabe ao INSS executar os serviços conforme estabelecido em sua lei criadora, ou seja, ele se encontra diretamente vinculado aos comandos do poder legislativo. Somente em hipóteses excepcionais, deve o mesmo seguir diretamente o entendimento jurisprudencial (do Poder Judiciário, portanto), nos casos das chamadas Súmulas Vinculantes, prolatadas pelo STF por decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, em que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, tem efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Isto posto, o Instituto utiliza somente o critério legal e objetivo da Lei federal nº 8.742, de 1993, ou seja, aquele estabelecido no § 3º do seu art. 20, que compreende a comprovação de hipossuficiência do idoso ou deficiente apenas nos casos em que sua família auferir renda *per capita* igual ou inferior a ¼ do salário mínimo.

Aludido dispositivo é insuficiente para aferição de miserabilidade do requerente. Suponha-se hipótese em que: idoso ou deficiente, levando-se em consideração o salário mínimo vigente (que é de R\$ 788,00), possua uma família de 4 pessoas que receba 1 salário mínimo integral. Dessa forma se enquadraria perfeitamente no dispositivo legal.

Todavia, o simples fato de a família acrescentar uma quantia irrisória (por exemplo, 2 reais) seria suficiente para retirá-los da incidência legal do benefício assistencial.

Soma-se isso ao fato de que idosos e deficientes são justamente alguns exemplos de pessoas mais vulneráveis, e que geralmente consomem remédios e tratamentos não

fornecidos pelo Estado, o que acaba por comprometer grande parte da renda familiar com estes insumos.

Ao INSS só é possível modificar seu pensamento através da demanda e consequente ordem judicial, proposta pelo requerente, visto que, como se vincula ao dispositivo de lei, não poderia descumprí-lo por vontade própria, devendo seguir fielmente seus mandamentos.

4.2 Interpretação pelo Poder Judiciário

A interpretação realizada pelo poder judiciário sofreu grande modificação com o passar do tempo.

Devido à polêmica do presente assunto, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade do critério de renda desde o início de sua regulamentação, já em 1998, através da ADI nº 1.232/DF.

Após se manifestar em sentido da constitucionalidade do dispositivo, a Corte Suprema ainda teve a oportunidade de emitir diversos julgamentos posteriores, hipóteses em que, paulatinamente, foi mudando o seu entendimento acerca da matéria.

Ocorreu que em 2013 houve o marco na mudança de visão do Pretório Excelso em relação ao critério de renda, nos casos publicados principalmente pelos Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963 e a Reclamação nº 4.374, oportunidades em que pregaram a inconstitucionalidade parcial do tema.

4.2.1 Declaração de Constitucionalidade pelo STF em 1998 - ADI nº 1.232/DF

Muito se discutia se o critério de renda do benefício assistencial disposto no § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1993, feria o preceito constitucional sobre assistência social, qual seja:

Art. 203. A assistência social será prestada **a quem dela necessitar**, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que **comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.**

Aludido dispositivo constitucional explica que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, enquanto ao benefício assistencial previsto no inciso V, existe a definição de necessitado como aquele que não possuir meios de prover à própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. Por fim, dá ao legislador infra legal o dever de definir o conceito de tal benefício através da reserva legal: conforme dispuser a lei, sendo, portanto, uma norma de eficácia limitada.

Pois bem, adveio tal lei, qual seja, a Lei federal nº 8.742, de 1993 que regulamentou o benefício assistencial. Ela estabeleceu como hipossuficiente aquele impossibilitado de prover sua própria manutenção cuja renda familiar mensal for igual ou inferior a ¼ do salário mínimo *per capita*.

Em que pese a clareza do dispositivo, derrocaram diversas discussões de inconstitucionalidade naquela época. Jurisprudência e Doutrina pregavam a inconstitucionalidade do critério de renda por definir a “*incapacidade de manutenção pela família*” tão somente por um critério absoluto e objetivo, o que acabava indo de encontro à ideia constitucional de que a assistência era devida “*a quem dela necessitar*”.

Ou seja, pregava-se que a instituição do critério de renda do no § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742/93 restringia indevidamente o benefício assistencial, pois aludido requisito era insuficiente e excluía diversos possíveis beneficiários do seu recebimento.

As intensas discussões doutrinárias e jurisprudenciais desencadearam na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, proposta pelo Procurador Geral da República da época, julgada em 27 de agosto 1998, que questionava a constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei 8.742/93.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que o dispositivo era constitucional, conforme trecho a seguir colacionado:

“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 A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO.** ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. **AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.**” (ADIN- 1232-1/DF – Tribunal Pleno - Julg. 27.8.1998 - DJ 1º.6.2001 – Min. Ilmar Galvão e para o acórdão Min. Nelson Jobim)

Após pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em 1998, no julgamento da ADIN nº 1.232, foi pacificado o entendimento de que o critério objetivo de ¼ do salário mínimo per capita era constitucional para fins de aferição da miserabilidade do idoso e portador de deficiência.

Todavia, A ADI já foi julgada com certas reservas, vez que alguns ministros se posicionaram apenas parcialmente favoráveis à inconstitucionalidade, já explicando haver omissão legislativa para a correta aplicação do dispositivo legal. Nesse sentido voto do ministro Sepúlveda Pertence:

”...o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta”.

Mesmo assim, o voto dos ministros foi no sentido de improcedência da ADI e consequentemente a constitucionalidade de aludido dispositivo legal. A maioria dos ministros entendeu que havia previsão da constituição de que a miserabilidade do idoso e deficiente deveria ser comprovada na forma da lei e esta, bem ou mal, havia cumprido tal mandamento. Nesse sentido, cita-se entendimento do ministro Nelson Jobim:

“Sr. Presidente, data vênua do eminente Relator, compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma”.

Segundo o princípio da separação dos três poderes, entendeu a Corte Suprema que não era caso de interferência do judiciário na vontade do legislador, entendendo que, na época, a regulamentação, em que pese não ter sido das melhores, não padecia de inconstitucionalidade em face do multicitado art. 203.

4.2.2 Declaração de inconstitucionalidade pelo STF em 2013 - Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963 e Reclamação nº 4.374

As discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria nunca cessaram, vez que continuaram sendo proferidos julgados com entendimentos contrários aos da ADI 1.232/DF do STF.

Com o tempo, após a sucessiva alteração dos ministros do STF e, conseqüentemente, do entendimento normativo e social da Suprema Corte, houve o julgamento dos Recursos Extraordinários nº 567.985 e 580.963, a partir de abril de 2013, bem como a Reclamação nº 4.374, oportunidades em que o Supremo Tribunal Federal voltou atrás em seu posicionamento.

Passou então a entender ser inconstitucional o requisito da renda *per capita* de um quarto do salário mínimo para a concessão do benefício assistencial (§3º do art. 20 da Lei 8.742/93).

Transcreve-se, na íntegra, a ementa dos Recursos Extraordinário 567.985 e 580.963, julgados pelo Supremo Tribunal Federal:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. **A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS.** Como a lei permaneceu inalterada, **elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.** Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. **O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas**

modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 567.985, Relator Ministro Marco Aurélio, Supremo Tribunal Federal, Plenário 18/04/2013) **(grifo nosso)**

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. **O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo.** Omissão parcial inconstitucional. 5. **Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003.** 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 580.963, Relator Ministro Gilmar Mendes, Supremo Tribunal Federal, Plenário, 18/04/2013) **(grifo nosso)**

De acordo com o novo entendimento firmado pelo STF, embora a Corte houvesse se manifestado pela constitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei 8.742/93, no que toca à exigência de renda *per capita* de um quarto do salário mínimo para concessão do benefício assistencial, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.242 não pôs fim à controvérsia jurisprudencial existente, continuando a existirem diversas decisões judiciais em sentido contrário, considerando outros meios de aferir a miserabilidade do indivíduo para fins de concessão do benefício assistencial.

Tal problemática gerou diversas consequências danosas à máquina administrativa e jurisdicional do Estado. O requerimento de benefício assistencial que não se coadunasse ao critério de renda do §3º, art. 20 da Lei 8.742/93, era prontamente indeferido pelo INSS, o que ocasionava necessidade de contratação de serviços advocatícios pelos necessitados em vista de comprovar sua situação de miserabilidade.

Tais ocorrências são, justamente, o oposto do que a LOAS visa proteger, que é justamente a dignidade dos necessitados na forma da lei.

Devido sua hipossuficiência econômica, tais indigentes se valem principalmente dos serviços das defensorias públicas, notadamente, as defensorias públicas da união, que possuem competência para atuação na justiça federal em face do INSS, por sua vez, uma Autarquia Federal.

Dessa forma, um critério de renda mal elaborado como o da Lei 8.742/93, além dos danos já previstos e sempre mencionados sobre os hipossuficientes, gera consequências negativas ao próprio Estado, seja nos indeferimentos injustos dos requerimentos do BPC/LOAS, seja na necessidade de contratação de serviços advocatícios pelos que se encontram em estado de miserabilidade, assim como acúmulo desnecessário de serviços na Procuradoria Federal Especializada do INSS, Defensoria Pública da União e da Justiça Federal, o que só contribui para o aumento de demandas e, conseqüentemente, ao embargo da justiça brasileira.

Soma-se isso ao advento de novas leis assistenciais que acabaram criando critérios muito mais elásticos para aferição de miserabilidade. Como as mencionadas nos julgados: Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

A título de exemplificação, citam-se os critérios para aferição de miserabilidade da Lei 10.836/2004 (instituidora do bolsa-família):

§ 6º Os valores dos benefícios e os **valores referenciais para caracterização de situação de pobreza ou extrema pobreza de que tratam os §§ 2o e 3o poderão ser majorados pelo Poder Executivo, em razão da dinâmica socioeconômica do País e de estudos técnicos sobre o tema**, atendido o disposto no parágrafo único do art. 6º.¹⁵

Art. 6º As despesas do Programa Bolsa Família correrão à conta das dotações alocadas nos programas federais de transferência de renda e no Cadastro Único a que se refere o parágrafo único do art. 1º, bem como de outras dotações do Orçamento da Seguridade Social da União que vierem a ser consignadas ao Programa.

Parágrafo único. **O Poder Executivo deverá compatibilizar a quantidade de beneficiários e de benefícios financeiros específicos do Programa Bolsa Família com as dotações Orçamentárias existentes.** (Redação dada pela Lei nº 12.817, de 2013)¹⁶

Nesse caso, o poder executivo possui uma liberdade para modificar os valores de referência para caracterização de pobreza ou extrema pobreza. Com isso, a lei incluiu uma previsão de modificação do critério de renda para o recebimento do bolsa-família pelo próprio poder executivo, desde que obedeça às dotações orçamentárias existentes.

Em um segundo plano, demonstram-se os critérios de miserabilidade da Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas:

Art. 5º Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a **famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros**, cumulativamente:

I - **renda familiar per capita inferior a meio salário mínimo;**

Por sua vez, esta lei apresentou um critério de renda absoluto e objetivo, da mesma forma que a LOAS, todavia, ao invés de utilizar o valor de até ¼ do salário mínimo per capita por família como condicionante do benefício, aumentou-o para ½ do salário mínimo vigente.

Percebe-se com ambas legislações que o critério de renda estabelecido pela LOAS foi de longe o mais rigoroso e que menos se enquadra no objetivo de comprovar a hipossuficiência dos seus destinatários.

¹⁵ Art. 6 § 6º da Lei 10.836/2004

¹⁶ Art. 6º Parágrafo único

Por isso mesmo, no julgado dos Recursos Extraordinário 567.985 e 580.963 o STF entendeu que ocorreu “*um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)*”.

Nesse contexto, no julgamento do Recurso Extraordinário 567.985, os Ministros do Supremo Tribunal Federal declararam a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, §3º da Lei 8.742/93, afastando o critério objetivo na aferição da miserabilidade requerida para concessão do benefício assistencial previsto na Lei 8.742/93, sendo possível que se avalie o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

No mesmo sentido, o STJ já entedia, há muito tempo diga-se de passagem, que o critério objetivo de renda padecia de efetividade integral, pois já explicava que era perfeitamente possível a utilização de outros meios comprobatórios de hipossuficiência pelos possíveis necessitados, conforme se observa na citação a seguir:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AFERIÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA E DA DEFICIÊNCIA POR OUTROS MEIOS QUE NÃO O CRITÉRIO DE 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO "PER CAPITA". POSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PERCEBIDO POR MAIOR DE 65 ANOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/2003. APLICAÇÃO ANALÓGICA. 1. Predomina no âmbito da Terceira Seção o entendimento de que o critério previsto no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 para a concessão de benefício assistencial deve ser interpretado como limite mínimo, **devendo ser incluídos os segurados que comprovarem, por outros meios, a condição de hipossuficiência. Precedente prolatado em recurso especial processado como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC (Resp n. 1.112.557/MG). 2. O benefício previdenciário de valor mínimo, recebido por pessoa acima de 65 anos, não deve ser considerado na composição na renda familiar, conforme preconiza o art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Precedente: Pet n. 7.203/PE, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 3. Agravo regimental improvido. (AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1247868, Relator Jorge Mussi, Quinta Turma do **Superior Tribunal de Justiça**, DJe 13/10/2011) (grifo nosso)**

Soma-se isto ao fato de que o Advogado-Geral da União editou a Instrução Normativa nº 04 de 17 de novembro de 2014 autorizando os Procuradores Federais responsáveis pela representação judicial do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) desistirem ou não interponem recursos das decisões judiciais que determinem a concessão do benefício previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/1993 utilizando como

fundamento único a comprovação da miserabilidade por outros meios além do requisito objetivo previsto no parágrafo 3º do mencionado dispositivo legal.

INSTRUÇÃO NORMATIVA No-4, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2014

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e XIII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o art. 4º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, Tendo em vista o que consta no Processo nº 00407.003202/2013-63, e **Considerando o acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 567.985, que declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, sem pronúncia de nulidade**, bem como a jurisprudência iterativa do Superior Tribunal de Justiça, edita a seguinte instrução, a ser observada pelos Procuradores Federais na representação judicial do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS: **Art. 1º. Fica autorizada a desistência e a não interposição de recursos das decisões judiciais que determinem a concessão do benefício previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/1993 utilizando como fundamento único a comprovação da miserabilidade por outros meios além do requisito objetivo previsto no parágrafo 3º do mencionado dispositivo legal.** § 1º. O disposto neste artigo não se aplica aos casos em que a decisão judicial estabelecer outro critério abstrato para a aferição da miserabilidade, como, por exemplo, a majoração da renda per capita do grupo familiar para ½ (meio) salário mínimo, mediante aplicação analógica das Leis nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997, e nº 10.689, de 13 de julho de 2003. § 2º. O disposto neste artigo não se aplica às instâncias judiciais em que seja permitida a discussão de matéria fática, remanescendo a necessidade de se impugnar decisão judicial fundamentada em acervo probatório que não comprove, de forma efetiva, a situação de miserabilidade do autor da ação. Art. 2º. Fica autorizado o não ajuizamento de ação rescisória contra as decisões judiciais transitadas em julgado nos termos do art. 1º desta Instrução Normativa. Art. 3º. A aplicação desta Instrução Normativa é exclusiva aos órgãos de contencioso da Procuradoria-Geral Federal e não desobriga o oferecimento de resposta e a arguição de matérias processuais, prescrição, decadência, aquelas previstas no art. 301 do Código de Processo Civil e outras de ordem pública. Art. 4º. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União (INSTRUÇÃO NORMATIVA No-4, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2014).

Em suma, o Superior Tribunal de Justiça já vinha afastando o requisito da renda per capita de um salário mínimo para atestar a condição de miserabilidade do indivíduo para fins de recebimento do benefício assistencial, sendo possível a comprovação da hipossuficiência por outros meios, entendimento que passou a ser manifestado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal a partir dos julgamentos ocorridos em abril de 2013 da Reclamação 4.374 e dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, bem como a própria Advocacia-Geral da União editou Instrução Normativa para guiar os Procuradores Federais responsáveis pela representação judicial do INSS no sentido de seguirem o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores.

4.3 Eficácia atual do critério de renda do benefício assistencial

Com isso, o entendimento da Corte Suprema foi no sentido de que o critério de renda do art. 20, §3º da LOAS padecia de inconstitucionalidade parcial.

Ocorre que, a decisão do STF ocorreu por meio do controle difuso de constitucionalidade nos casos dos Recursos Extraordinário 567.985 e 580.963, vez que a fundamentação dos mesmos era de que as causas decididas em única ou última instância declaravam a inconstitucionalidade de uma Lei Federal (qual seja, a Lei 8.742/93).

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

III - julgar, mediante **recurso extraordinário**, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) **contrariar dispositivo desta Constituição;**
- b) **declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;**
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal¹⁷.

Via de regra, a eficácia de aludidos julgamentos deveria ser apenas inter partes (entre as partes da demanda), não vinculando as outras formas de atuação do Estado, nem declarando a inconstitucionalidade para todos indefinidamente (*erga omnes*).

Além disso, produz efeitos ex tunc, vez que declaração de nulidade total da norma retroage desde a sua síntese, anulando, portanto, todos os atos e efeitos gerados pela mesma. Nesse sentido, cita-se entendimento jurisprudencial de 1996, do Ministro Celso de Mello:

"Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do poder público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe — ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos — a possibilidade de invocação de qualquer direito." (ADI 652-QO, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-92, DJ de 2-4-93). No mesmo sentido: ADI 1.434-MC, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 29-8-96, DJ de 22-11-1996.

Todavia, a Corte Suprema fez uso de uma técnica denominada “*declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*”, em que o Supremo reconhece que a

¹⁷ Art. 102 da Constituição Federal

norma é inconstitucional, mas a mantém no ordenamento jurídico até que nova lei seja editada em sua substituição, ou seja, a eficácia da lei fica suspensa até que o legislador manifeste-se sobre a situação inconstitucional.

A simples exclusão do §3º do art. 20 da LOAS deixaria sem aplicação a regra do art. 203, V, da CF/88, a qual possui eficácia limitada. A pronúncia de nulidade, por sua vez, não permitiria o cumprimento da diretriz constitucional, pois retiraria sua regulamentação infraconstitucional.

Foi nesse sentido que o Min. Fux, nos REs em questão, se posicionou:

“Ex positis, nego provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e proponho a declaração de inconstitucionalidade por omissão do parágrafo §3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, sem pronúncia de nulidade, fixando o prazo até 31/12/2015 para que o Congresso Nacional edite novo ato jurídico.”.

Todavia, o prazo proposto não foi acatado pelos ministros, o que acabou suspendendo a eficácia do §3º do art. 20 da LOAS indefinidamente, com efeitos *ex nunc*, a partir de aludido julgado. Nesse sentido, manifestação do Min. Joaquim Barbosa, durante o debate:

“Eu chamo a atenção do Tribunal, porque eu já acompanhei o Tribunal, a maioria, nessas decisões de fixação de prazo ao legislador, mas eu noto que isso serve para nos trazer conflito com o Legislativo, e, num certo sentido, desmoralizar, porque, se o legislador não cumpre esse prazo, nós trazemos o problema para cá, de novo, como aconteceu recentemente no caso do FPE. O legislador, talvez, deliberadamente, nada fez e o problema voltou para cá. E nós tivemos que, aliás, na minha ausência, o Ministro Ricardo Lewandowski fixou um novo prazo. O que acontecerá se esse novo prazo não for cumprido?”

Com isso a eficácia de aludido critério restou suspenso indefinidamente, necessitando o poder legislativo complementá-lo para sanar a omissão inconstitucional apresentada pela Corte Suprema.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, percebe-se que o critério de renda do §3º do art. 20 da Lei Orgânica de Assistência Social – LOAS, em que pese ter sido declarada constitucional em 1998 através da ADI nº 1.232/DF, hoje em dia padece de inconstitucionalidade conforme se depreendeu das análises dos Recursos Extraordinários nº 567.985, 580.963, e da Reclamação nº 4.374.

Ocorre que houve grandes mudanças fáticas e jurídicas no decorrer dos anos, além de novas leis regulamentadoras e criadoras de benefícios assistenciais que instituíram critérios mais elásticos para aferição da pobreza dos indivíduos, o que levou o Pretório Excelso a modificar todo o seu pensamento sobre o benefício assistencial, declarando a inconstitucionalidade parcial do tema por meio dos Recursos Extraordinários citados anteriormente.

Em seu julgamento, a Corte Suprema decidiu aludidas demandas através de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, o que significa dizer que os efeitos da decisão seriam *ex nunc*, ou seja, para o futuro, após o eminente julgado.

Nessa seara, como o controle de constitucionalidade foi apenas difuso, os efeitos seriam, em tese, destinados apenas aos casos concretos submetidos, causando ainda ausência de vinculação para as outras entidades e órgãos estatais que tratam da matéria, principalmente o INSS.

Todavia, hodiernamente, é de grande importância as decisões proferidas em Recursos Extraordinários. Se os tribunais federais e o STJ já convergiam no sentido de inconstitucionalidade do critério de renda, e já pregavam a necessidade de haver outras formas de aferir a miserabilidade dos requerentes, enorme seria a aceitação da mudança de entendimento do STF, e seu fiel seguimento.

No que tange à Procuradoria Federal Especializada do INSS, houve também o devido reconhecimento, vez que o Advogado-Geral da União editou a Instrução Normativa nº 04 de 17 de novembro de 2014 autorizando os Procuradores Federais responsáveis pela representação judicial do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) desistirem ou não interponem recursos das decisões judiciais que determinem a concessão do benefício previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/1993 utilizando como fundamento único a comprovação da miserabilidade por outros meios além do requisito objetivo previsto no parágrafo 3º do mencionado dispositivo legal.

Por fim, o INSS chegou a reconhecer de forma reservada o entendimento do STF em comento, vez que ainda procede aos indeferimentos administrativos pautados tão somente no critério de $\frac{1}{4}$ da renda familiar *per capita* até recentemente, pois não houve a síntese de norma interna para acatar o novo entendimento de comprovação de hipossuficiência.

Inclusive, constam no site da Autarquia Federal, como pressupostos para a concessão do BPC/LOAS os mesmos critérios previstos no art. 20 da Lei nº 8.742/1993 em relação à renda, sem quaisquer menções ao entendimento atual do STF.

Dessa forma, mesmo havendo inovação no julgamento do STF e certa convergência jurisprudencial sobre o tema, aludido tema padece ainda da necessidade de alteração legislativa, vez que o caso em concreto do §3º, art. 20 da LOAS foi tido pelos ministros como hipótese de omissão parcial do legislador, que deveria dar completude ao dispositivo estabelecendo efetivamente as formas da aferição de hipossuficiência mencionada.

REFERÊNCIAS

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de direito previdenciário. 16.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira Dos. Direito Previdenciário Esquematizado

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. 5ª Ed. São Paulo: LTr, 2013.

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

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, São Paulo, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira e Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, ibook.

KERTZMAN, Ivan. Curso prático de direito previdenciário. 9ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

REsp (Recurso Especial) nº 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, STJ – 3ª Seção, DJe 20/11/2009.

ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 1.232-1/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, STF – Pleno, julgado em 27/08/1998.