



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RODOLFO INÁCIO ASSIS DA SILVA

UM ESTUDO SOBRE O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA-BPC

SOUSA - PB
2011

RODOLFO INÁCIO ASSIS DA SILVA

UM ESTUDO SOBRE O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA-BPC

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Ma. Cecília Paranhos Santos Marcelino.

SOUSA - PB
2011

RODOLFO INÁCIO ASSIS DA SILVA

UM ESTUDO SOBRE O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA - BPC.

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de Direito do Centro
de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande,
como exigência parcial da obtenção do
título de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientadora: Prof^ª Cecília Paranhos Santos
Marcelino.

Banca Examinadora:

Data de aprovação: 02/06/2011

Orientadora: Prof^ª Cecília Paranhos Santos Marcelino

Examinador: Prof Robeivaldo Queiroga da Silva

Examinador: Prof^ª Iana de Melo Solano

A Deus.
Aos meus pais.
À minha família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por estar sempre presente em minha vida.

Aos meus pais, Francisco e Maria, que não mediram esforços para me dar uma boa educação e a minha família pelo apoio incondicional.

À minha namorada, Thaléia, pelas demonstrações de amor e pelo apoio e conforto nos momentos mais difíceis.

Aos meus grandes amigos pelos inúmeros momentos de alegria e de crescimento que vivenciamos.

À Prof^a Cecília Paranhos, minha orientadora, pela motivação e disposição de sempre e pelas intervenções precisas e esclarecedoras.

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

(Art. 1º Declaração Universal dos Direitos Humanos)

RESUMO

Este trabalho monográfico objetiva um estudo da Assistência Social como ramo da Seguridade Social, onde será abordado em especial o Benefício Assistencial de Prestação Continuada (BPC), sendo este um benefício de amparo aos mais necessitados economicamente, de modo que teremos como objeto inicial a análise dos beneficiários – idosos e pessoas portadoras de deficiência – e dos critérios a serem observados pelos mesmos para comprovarem seu direito ao benefício. O foco principal do presente estudo encontrará guarida em algumas das polêmicas atuais que envolvem o benefício assistencial em questão, quais sejam, a possibilidade de concessão do BPC ao estrangeiro não-naturalizado e, a análise do requisito econômico renda *per capita* familiar e seu valor excessivamente reduzido em ¼ do salário mínimo. A técnica de pesquisa utilizada foi a interpretação analítica da legislação constitucional e infraconstitucional, bem como do posicionamento doutrinário, e também a análise jurídica de alguns recentes julgados referentes a estas polêmicas em alguns juízos e tribunais, utilizando-se como método de abordagem o dedutivo. Através deste estudo será possível visualizar: a atuação da Assistência Social em seu papel de política pública; o tratamento dado ao estrangeiro no Brasil como pessoa humana detentora de direitos, dentre eles o de auferir ou não o benefício assistencial (BPC); e o posicionamento jurisprudencial e doutrinário relativo à renda *per capita* estabelecida pela LOAS, analisando-se ainda o Ativismo Judicial frente ao tema. A partir desta análise poderemos entender como os fundamentos e princípios constitucionais que envolvem estas questões, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, poderão servir de base para apontar uma atuação corretora por parte dos poderes Legislativo e Judiciário.

Palavras-chave: Assistência Social; Benefício Assistencial; Estrangeiro; Renda *Per Capita*; Atuação Judicial.

RÉSUMÉ

Cette monographie vise à une étude des services sociaux en tant que branche de la sécurité sociale, qui sera abordé en particulier le continu de prestations en espèces (BPC), qui est un bénéfice de l'aide aux plus démunis économiquement, de sorte que nous nous opposons à l'analyse initiale bénéficiaires - les personnes âgées et personnes handicapées - et les critères à observer par eux de prouver leur droit aux prestations. L'objectif principal de cette étude trouvent refuge dans certaines des controverses actuelles concernant les prestations d'aide sociale en question, à savoir, la possibilité de la BPC à étranger non-naturalisés, et de l'analyse économique de l'exigence de revenu par habitant et sa valeur trop réduit de $\frac{1}{4}$ du salaire minimum. La technique de recherche a été l'interprétation analytique de droit constitutionnel et infra, ainsi que la position doctrinale, et aussi l'analyse juridique de certaines controverses récentes au sujet de ces procès dans certains cours et tribunaux, en utilisant comme une méthode de l'approche déductive. Grâce à cette étude, vous pouvez consulter: la performance des services sociaux dans son rôle de la politique publique et le traitement accordé aux étrangers au Brésil en tant que détenteurs des droits de l'homme, y compris l'obtention de l'avantage ou non de soins (BPC) et le positionnement de la jurisprudence et doctrinale par rapport au revenu par habitant établi par LOAS, l'analyse même de l'activisme judiciaire contre le thème. A partir de cette analyse, nous pouvons comprendre comment les principes constitutionnels et fondamentaux qui concernent ces questions, parmi eux la dignité de la personne humaine peut être la base pour une société de courtage point d'action par le législatif et le judiciaire.

Mots-clés: l'aide sociale; des prestations d'aide; à l'étranger; revenu par habitant, l'expertise judiciaire.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL E A ASSISTÊNCIA SOCIAL	12
2.1 A SEGURIDADE SOCIAL	12
2.2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL	14
2.2.1 Conceito de Assistência Social	16
2.2.2 Princípios da Assistência Social.....	19
2.2.2.1 <i>Princípio da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica</i>	20
2.2.2.2 <i>Princípio da universalização dos direitos sociais</i>	21
2.2.2.3 <i>Princípio do respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária</i>	21
2.2.2.4 <i>Princípio da igualdade de direitos no acesso ao atendimento</i>	22
2.2.2.5 <i>Princípio da divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo poder público e dos critérios para sua concessão</i>	23
2.2.3 Objetivos e Diretrizes da Assistência Social.....	24
2.3 BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	25
3 DA NORMATIVA SOBRE O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	28
3.1 CONCEITUAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	28
3.2 DOS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	29
3.3 DOS BENEFICIÁRIOS DO BPC	31
3.3.1 Sobre os Idosos	33
3.3.2 Sobre os Portadores de Deficiência	34
3.3.2.1 <i>O menor portador de deficiência</i>	37
3.3.3 Sobre os Hipossuficientes Econômicos	39
3.3.4 Sobre Concessão à Estrangeiros.....	42
3.4 DO REQUERIMENTO, REVISÃO E CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO	43
4 DAS POLÊMICAS ATUAIS ACERCA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	47

4.1 SOBRE OS ESTRANGEIROS NÃO-NATURALIZADOS	47
4.1.1 Da Interpretação Constitucional e Legal	48
4.1.2 Dos Julgados Sobre o Tema	52
4.2 SOBRE O CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE.....	56
4.2.1 Sobre a Dignidade da Pessoa Humana	57
4.2.2 Sobre o Valor de ¼ do Salário-mínimo	58
4.2.3 Sobre a Atuação do Poder Judiciário Quanto ao Critério Renda	60
4.2.3.1 <i>Da ação direta de inconstitucionalidade – adin n ° 1.232-1-df</i>	60
4.2.3.2 <i>Dos julgados sobre o tema e o ativismo judicial</i>	62
5 CONCLUSÃO	67
REFERENCIAS.....	70

1 INTRODUÇÃO

Um longo caminho foi percorrido até que a Seguridade Social fosse institucionalizada no ordenamento jurídico brasileiro. Foi justamente através da Constituição Federal de 1988 que a Seguridade Social elevou-se a preceito fundamental, direito de todos e dever do Estado.

A Seguridade Social é moldada a partir de um conjunto de direitos sociais dentre os quais faz parte a saúde, a previdência social e a assistência social.

Em sendo assim, como objeto deste estudo, a Assistência Social foi garantida na Constituição Federal pelo disposto no artigo 203, inciso V, sendo prestada a quem dela necessitar e assegurando-se para isto “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”.

Coube justamente a Lei nº 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), garantir e regulamentar o que já se encontrava assegurado no dispositivo constitucional, entretanto, este instrumento legislativo mostrou-se ineficaz em alguns pontos.

Na Seção I da Lei em comento que trata do Benefício de Prestação Continuada (BPC) – um dos principais instrumentos de auxílio financeiro de cunho assistencial do País – abrigaram-se inúmeros temas controvertidos desafiadores para o legislador e o aplicador do direito.

O objeto principal do presente estudo encontra guarida justamente nos temas controvertidos, polêmicos por assim dizer, que rodeiam esta inovação constitucional e infraconstitucional que é a Assistência Social como ramo da Seguridade Social.

Dentre vários temas polêmicos, destacamos nesta pesquisa dois que ainda não restam totalmente pacíficos e que são objeto de apreciação dos juízos e tribunais do País, quais sejam, a possibilidade de concessão do benefício assistencial à figura do estrangeiro e a análise do requisito renda *per capita* familiar imposto pelo § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 (LOAS).

Em ambos os temas serão abordados os aspectos contidos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, na tentativa de buscar para elas a interpretação mais adequada em defesa do que boa parte da doutrina entende.

A análise de alguns julgados acerca destes temas principais também terá sua relevância de modo que, a partir dessa análise, poderemos tecer uma linha de raciocínio plausível com a realidade e a necessidade que se faz do estudo aprofundado do que fora proposto nesta pesquisa.

A pesquisa não tem por objetivo esgotar os assuntos aqui tratados nem mesmo oferecer soluções concretas capazes de por fim a celeuma que os envolve. Tem por foco suscitar o debate expondo a complexidade inerente ao estudo.

A partir das teorias e leis que envolvem o tema, o método dedutivo foi o utilizado, sendo este o mais adequado para o alcance que se pretende. A interpretação legislativa acerca de toda a política de assistência social, em especial no que envolve o benefício de prestação continuada assistencial, serão os elementos constantes capazes de demonstrar o que se busca no estudo.

Para tanto, o primeiro capítulo deste trabalho monográfico envolverá as considerações iniciais quanto à seguridade social e em especial a assistência social. Sobre esta, teceremos comentários sobre alguns aspectos gerais como conceito, princípios norteadores e objetivos e diretrizes, além de abordar uma visão geral sobre os benefícios assistenciais que envolvem essa política pública.

Já o capítulo seguinte será responsável por algumas minúcias do próprio benefício assistencial de prestação continuada, tratando-se do seu conceito, critérios de concessão, beneficiários, entre outros elementos regulamentados pela legislação infraconstitucional, abrindo as portas para o entendimento do que é e de como se posiciona o benefício assistencial como forma de inserção da população menos favorecida no restante da sociedade.

O terceiro e último capítulo desta monografia, abordará o objeto principal deste estudo. Trataremos das polêmicas atuais e ainda não pacificadas que envolvem não só o benefício assistencial, mas toda a política pública que o envolve.

Através da análise interpretativa do disposto quanto aos direitos sociais na Constituição Federal e dos instrumentos legislativos que regulamentam a Assistência Social, serão tratados os assuntos que envolvem a concessão do benefício assistencial ao estrangeiro bem como do critério renda *per capita* que há muito é objeto de discussão doutrinária.

2 O DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL E A ASSISTÊNCIA SOCIAL

Este capítulo tem por objetivo discorrer sobre o gênero Seguridade Social e, principalmente sobre a espécie, Assistência Social, no que se refere aos seus aspectos gerais e principiológicos, em virtude de ser esta uma vertente dentro do ramo do Direito da Seguridade Social cujos quais são inerentes o Benefício de Prestação Continuada e a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), objetos deste estudo.

2.1 A SEGURIDADE SOCIAL

Assim, a idéia essencial da Seguridade Social é dar aos indivíduos e as suas famílias tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de um infortúnio (invalidez, morte etc.), a qualidade de vida não seja significativamente diminuída, proporcionando meios para a manutenção das necessidades básicas dessas pessoas (MARTINS, 2008).

Esta idéia, então, refere-se à preocupação com os infortúnios da vida, sendo a Seguridade Social a atividade estatal de assegurar aos seus indivíduos e as suas famílias, a proteção necessária em momentos vitais no que se refere ao presente e principalmente ao futuro destes.

Na lição de Ibrahim (2008, p. 04) tem-se como conceito de seguridade social a seguinte expressão:

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

Ainda quanto ao seu conceito, Martins (2008, p. 19) define o Direito da Seguridade Social como se segue:

“O Direito da Seguridade Social é o 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.”

Neste diapasão, percebe-se que a Seguridade Social é gênero, do qual se tem como espécies: previdência social, saúde e assistência social. Pontuando que a seguridade é um conjunto de ações governamentais, bem mais amplo que a concessão de benefícios e aposentadorias, indo além do simples assistencialismo, apresentando um quadro mais amplo e significativo no cenário das atividades públicas do Estado.

Corroborando sua maior característica, a de Constituição Cidadã, a Constituição Federal de 1988 trata dos assuntos dos mais diversos, sejam aqueles considerados fundamentais, ou aqueles que normalmente não possuem natureza constitucional, abordando tópicos puramente socioideológicos como se faz em relação à Seguridade Social que é meio de compromisso entre o Estado individualista e o Estado Social, em face da própria sociedade.

A longa caminhada se deu em relação ao positivismo constitucional da Seguridade Social no Brasil. Ao dispor na Carta Magna as diretrizes e os princípios norteadores da seguridade social, há um avanço no tocante a leis mais consistentes sobre a matéria. Assim, esta caminhada teve seu início na própria sociedade e com caráter filantrópico, exercida através da assistência pública por meio de atividades religiosas, e depois, por meio de instituições públicas.

A Seguridade Social atualmente está disposta na Constituição Federal, no Título VIII, dedicado à Ordem Social, especificamente no Capítulo II. O constitucionalista Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 1247) discorre sobre a ordem social da seguinte forma:

“A ordem social tem como base o primado do trabalho, e, como objetivos, o bem-estar e a justiça sociais, diz o artigo 193. Privilegia o texto constitucional o trabalho nas suas relações com o capital, visando precipuamente à realização da justiça social. O capital constitui, pois, instrumento para a promoção do bem-estar dos indivíduos, e não um fim em si mesmo.”

Em sendo assim, o bem-estar de todos e a justiça social são à base da ordem social da qual faz parte a Seguridade Social como ferramenta necessária para a operação destes primados.

A previsão constitucional da Seguridade Social como um todo está disposta nos artigos 194 ao 204, de modo que este elenco constitucional é composto de princípios e preceitos programáticos que consubstanciam programas e diretrizes para atuação futura dos órgãos estatais e cuja eficácia é dependente de legislação ulterior de natureza integrativa, ou seja, tratam-se de normas de eficácia limitada, onde o constituinte deixou a cargo do legislador ordinário a regulamentação do que dispõe o texto constitucional.

Na lição de Alexandre de Moraes (2004, p. 686):

“A Seguridade Social foi constitucionalmente subdividida em normas sobre a saúde, previdência social e assistência social, regendo-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da igualdade ou equivalência dos benefícios, da unidade de organização pelo Poder Público e pela solidariedade financeira, uma vez que é financiada por toda a sociedade.”

Enfim, a Seguridade Social trata-se de um conjunto harmônico de normas pelas quais estão dispostas a previdência social, a saúde e a assistência social, sendo este tripé a base da Seguridade Social, e, em seu elenco constitucional dispõe-se dos princípios e objetivos basilares inerentes a busca do bem-estar social e da justiça social.

2.2 A ASSISTÊNCIA SOCIAL

A assistência Social – elemento do Direito da Seguridade Social – percorreu longo caminho até o positivismo jurídico que hoje se faz presente no elenco constitucional. A filantropia por parte da sociedade e das instituições religiosas, por muito tempo deu impulso a assistência aos mais necessitados.

Paulatinamente, estes atos filantrópicos que por longa data isentaram de responsabilidade o Estado desvincularam-se da caridade, e, a partir daí, a idéia de

que cabia ao Estado o amparo aos mais necessitados adentrou na concepção do positivismo moderno, com embasamento nos Direitos Humanos.

A assistência social no Brasil somente passou a ser regulamentada a partir da Constituição da República de 1988, sendo instituída como uma das três instituições fundamentais da Seguridade Social. Em etapas anteriores, não havia legislação específica disciplinando a matéria, logo, a assistência social limitava-se ao sistema previdenciário.

Em relação a isto, Carlos Simões (2009, p. 181) explana da seguinte forma:

“Esse fato expressa a superação do conceito de assistencialismo, da filantropia e da benemerência social, para a profissionalização da atividade pública não somente no atendimento das necessidades básicas da população, como e, sobretudo junto à população em situação de risco e vulnerabilidade social, pela reconstituição das relações familiares, habitação e reabilitação profissional e por programas e projetos de enfrentamento a pobreza.”

Como já foi dito anteriormente, atualmente, a Assistência Social, assim como a Saúde e a Previdência Social, é espécie, sendo o gênero a própria Seguridade Social. Estes institutos estão devidamente regulados na atual Constituição Federal e a Assistência Social, bem como o benefício de prestação continuada – objetos deste estudo - são previstos no artigo 203, inciso V da referida Carta:

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

(...)

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

Assistência Social é regida por sua própria lei, a LOAS, lei nº 8.742/1993, que foi instituída, entre outras coisas, para garantir o que dispõe o inciso V, do artigo 203 da CF. Esta lei tem a obrigação de garantir àqueles que necessitem o atendimento às necessidades básicas.

Em sendo assim, faz-se mister adentrar, a partir de agora, no estudo direcionado a este pilar da Seguridade Social que é a Assistência Social, onde situam-se os objetos deste estudo.

2.2.1 Conceito de Assistência Social

A conceituação da Assistência Social dentro da seara da Seguridade Social torna-se por demais relevante no que tange a compreensão do universo jurídico e principiológico, em que se insere o Benefício de Prestação Continuada, uma vez que este é a principal ferramenta do assistencialismo brasileiro.

A priori, destaca-se o conceito legal regulamentado em suas normas. Tanto a Lei nº 8.212/1991 em seu artigo 4º quanto o decreto 3.048/1999 em seu artigo 3º, que regulamentam a Seguridade Social, estabelecem que:

“A Assistência Social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice, e a pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição a Seguridade Social.”

Já a LOAS, Lei nº 8.742/1993, dispõe logo em seu artigo 1º que:

“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.”

Cabe, portanto, o destaque em ambas as definições, quanto a não necessidade de contribuição à Seguridade Social, bem como seu caráter obrigacional frente ao Estado em prover os mínimos sociais, sendo esta direito do cidadão, devendo ser prestada a quem dela necessitar.

Nas palavras de Carlos Simões (2009, p. 182), “ao contrário da saúde, que tem natureza universal e da previdência, restrita aos segurados, a assistência

adquiriu dimensões sociais definidas, em face da população em risco e vulnerabilidade social”.

A Constituição Federal foi omissa quanto a uma conceituação da Assistência Social, entretanto a leitura do seu artigo 203 reflete as palavras de Odonel Urbano Gonçalves (2005, p. 21) quando diz que “nada obstante não traga para o mundo jurídico o conceito de assistência social, delinea sua natureza e especifica seus objetivos”.

Diante desta omissão constitucional e em virtude da rigidez legislativa, a doutrina buscou o conceito da Assistência Social enfatizando-a como pilar sustentador que é da Seguridade Social. Dentre os diversos conceitos doutrinários destacam-se alguns.

Na lição de Martinez (1992, p. 99), conceitua-se a Assistência Social como:

“Um conjunto de atividades particulares e estatais destinadas ao atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. Não só complementa os serviços da previdência social, como a amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades providas.”

Por este entendimento, a Assistência Social é algo além da própria previdência social, é um complemento, pois se trata de prestações em forma de benefícios ou serviços que atendem todos aqueles indivíduos que se encontram em estado de necessidade e que se encaixam nas exigências legais independentemente de contribuírem ou não para a previdência social. Não há, pois, a necessidade de ser segurado de regime previdenciário, sendo que os próprios segurados são passíveis de serem acobertados pela assistência social através da prestação de serviços por parte dos entes sociais responsáveis.

Raciocínio semelhante quanto a esta maior abrangência de indivíduos e que define perfeitamente o ideal da Assistência Social pode-se encontrar na lição de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen (2005, p. 264):

“A Assistência Social, portanto, constitui-se em uma das vias do sistema de proteção social, destinada a abarcar os sujeitos não cobertos pela proteção da Previdência Social (cujo caráter, como já se acentuou, é eminentemente contributivo), justamente por sua ausência de inserção no mercado formal de trabalho e de renda

mínima, de modo a ofertar-lhes, condições de sobrevivência em enfrentamento à miséria, num primeiro momento e, para além disto, também propiciar condições mínimas de sobrevivência com dignidade.”

Tais condições mínimas de sobrevivência com dignidade são na verdade deveres inerentes ao Estado, a partir do momento em que o indivíduo firma o “contrato social” por meio do qual cabe ao Estado a manutenção de todo o coletivo. Certo é que apesar desta obrigação estatal, existem aqueles que não têm realmente condições de subsistir, como é o caso dos menores abandonados, indigentes e doentes de toda a espécie.

Fato, ainda, é que a Assistência Social mesmo pertencente ao elenco constitucional, não impede a sua prestação por outros que não o Estado – verdadeiro obrigado – sendo também prestada por instituições de beneficência e por particulares.

Para tanto, considera-se entidade beneficente de assistência social, para os fins da concessão ou renovação do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social, concedido pelo Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS, a Instituição dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, que atue objetivando: a proteção à família, à infância, à maternidade, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; ações de prevenção, habilitação, reabilitação e integração à vida comunitária de pessoas portadoras de deficiência; promover, gratuitamente, assistência educacional ou de saúde; promover a integração ao mercado de trabalho; o desenvolvimento da cultura; promover o atendimento e o assessoramento aos beneficiários da Lei Orgânica da Assistência Social e a defesa e garantia dos seus direitos.

Com brilhantismo, Martins (2008, p. 482) resume com perfeição o conceito de Assistência Social:

“A assistência social é, portanto, um conjunto de princípios, de regras e instituições destinado a estabelecer uma política social aos hipossuficientes, por meio de atividades particulares e estatais, visando à concessão de pequenos benefícios e serviços, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.”

A par de tudo quanto fora explanado, o conceito de Assistência Social situa-se vinculado a uma política social voltada àqueles que necessitem, de forma permanente ou provisória, sem a necessidade de uma contribuição prévia por parte do necessitado, por meio de atividades deveres do Estado, bem como através de ações filantrópicas por outrem que não o Estado.

Nesta seara, a assistência social regulada pela LOAS visa garantir um rendimento mínimo para seus hipossuficientes previamente elencados, idosos e deficientes, através principalmente do Benefício de Prestação Continuada – BPC – sendo estes não beneficiados pela previdência social. Além disso, a política de assistencialismo brasileira prevê e executa programas de distribuição de renda como Bolsa Família, Bolsa Escola entre outros, tentando propiciar o mínimo existencial que vem a ser tudo aquilo que se julga ser o necessário para, em uma determinada realidade, viver-se com dignidade.

2.2.2 Princípios da Assistência Social

Existem várias acepções para a palavra princípio, sendo relevante conhecer o seu significado perante o Direito. Na busca de uma definição Miguel Reale (1977, p. 299) explana que:

“Princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido, comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis.”

A importância dos princípios para o Direito foi perfeitamente identificada por Jorge Miranda (1990, p. 197-198) nos seguintes termos:

“O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de formulas verbais articuladas entre si, o Direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea; é coerência ou, talvez mais rigorosamente, consistência; é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. E esse ordenamento, esse conjunto, essa

unidade, esse valor, projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos. Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.”

Devido a esta importância atribuída aos princípios, inerentes a qualquer ordenamento jurídico, sendo os mesmos anteriores a todo preceito legal, é que se diz que eles serão uma base à assistência social, cuja obediência deve possuir a similitude de norma legal.

A par disto, o artigo 4º da Lei nº 8.742/93 elenca cinco princípios básicos que norteiam todo o sistema político da assistência social e que se somam em qualidade aos princípios inerentes a própria Seguridade Social. A doutrina comenta e conceitua cada um destes princípios o que ajuda em seu entendimento.

2.2.2.1 Princípio da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica

Um dos princípios que permeiam a seara da Assistencial Social é o da supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica, fazendo prevalecer às necessidades do cidadão acima do fator lucro, na prestação de serviços assistenciais.

Neste sentido, Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen (2005, p. 268) em sua obra, assim o conceituam:

“Significa dizer que à Assistência Social incumbe fornecer, pela via de suas prestações, a todos aqueles que se enquadrem na faixa de necessidade legalmente determinada, os meios para o envolvimento de sua condição de cidadãos, independentemente do custo financeiro que isto possa importar ao orçamento da Seguridade Social.”

O que importa na assistência social são as necessidades sociais daqueles que se enquadram no disposto legislativo, de modo que não cabe aqui examinar o impacto orçamentário nem o custeio que se faz necessário para o atendimento dessas necessidades. Defende-se então que o fator social posiciona-se acima do fator econômico no que se refere ao grau de importância e aos resultados para a sociedade. Entretanto, esta supremacia quanto ao BPC sobre o impacto e a forma de custeio que na teoria funciona, fica relativizada na prática devido às muitas limitações impostas pelo legislador ordinário, que dificultam e restringem por demais o acesso de muitos necessitados ao benefício assistencial.

2.2.2.2 Princípio da universalização dos direitos sociais

Este princípio segue a linha de raciocínio presente no princípio constitucional da universalidade que visa proporcionar benefícios a todos, independentemente de terem ou não contribuído.

Por ele está assegurado e se faz valer o caráter de complementaridade, inerente a assistência social, por abranger um maior número de indivíduos em relação à previdência social, sendo, pois universal o direito a prestação assistencial.

Nas palavras de Martins (2008, p. 483) este princípio tem o “fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas”.

Além da garantia de atendimento assistencial para todos independentemente de contribuição, este princípio estende ao destinatário da ação assistencial o direito de se ver acolhido pelas demais políticas públicas, não sendo a assistência social o único meio de amparo a que se vê obrigado o poder público.

2.2.2.3 Princípio do respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária

Seguindo a linha de proteção ao cidadão com foco na sua dignidade, pontua-se que a assistência social busca acima de tudo proporcionar a manutenção de valores como família e convivência social, além de oferecer-lhe benefícios e serviços públicos – como é o caso das prestações assistenciais – com qualidade.

Encontra-se, este princípio, com os preceitos que guiam a dignidade da pessoa humana, defendidos na própria Constituição Federal.

“Segundo o princípio do respeito à dignidade do cidadão, incumbe a Assistência Social ofertar proteção não vexatória, no que tange a comprovação da situação de necessidade, e, com seus serviços, promover a inclusão social dos beneficiários, isto é, proporcionar-lhes o efetivo exercício de sua cidadania.” (FORTES e PAULSEN, 2005, P. 269)

É a garantia que o cidadão tem em relação ao respeito do disposto constitucionalmente, à dignidade da pessoa humana, idealizando-se que o benefício fornecido é obrigação do Estado e principalmente direito do cidadão, não se fazendo necessária a adoção de procedimentos constrangedores ou humilhantes.

2.2.2.4 Princípio da igualdade de direitos no acesso ao atendimento

Outro princípio importante é o da igualdade de direitos no acesso ao atendimento, trazendo para a Assistência Social um caráter de isonomia e imparcialidade para a conferência deste assistencialismo. Pelos ensinamentos de Martinez (2001, p. 214):

“Diferentemente do seguro social, os beneficiários da assistência social estão na mesma condição, variando apenas a intensidade da necessidade. Não há progresso da situação: o *status* permanece o mesmo. Pouco importa qual tenha sido a contribuição para a sociedade, se a necessidade é presente.”

Trata-se, pois, da não discriminação sob qualquer espécie. A necessidade de quem busca o benefício, seja maior ou menor que outrem, não interessa para a sua concessão. Esta igualdade deve ser entendida não só pelo fator necessidade, como

também em relação à contraprestação dada à sociedade pelo sujeito beneficiário. O que importa é a comprovação da necessidade que justifica o benefício.

Aquele que busca o benefício deve ter tratamento e direitos idênticos a qualquer outro que se encontra em mesma situação. A intensidade da necessidade deve ser analisada apenas quanto às exigências legais à concessão do benefício assistencial.

Nesse sentido, a partir do momento em que o indivíduo busca a prestação assistencial e se encaixa no perfil legal para ter supridas suas necessidades ele é igual a qualquer outro que também faça *jus* a tal prestação sem que se leve em conta a contribuição do mesmo para com a sociedade.

2.2.2.5 Princípio da divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão

Em comentário a este último princípio do elenco do art. 4º da Lei 8742/93 – LOAS – toma-se por empréstimo mais uma vez as palavras de Fortes e Paulsen (2005, p. 270):

“Objetiva ele permitir o mais amplo acesso da população ao sistema da Assistência Social, uma vez que não se pode presumir que aqueles que já se encontram em situação de vulnerabilidade social sejam suficientemente instruídos acerca das suas prestações a que possam fazer jus, incumbindo, assim, ao próprio Poder Público alcançar-lhes as necessárias informações sobre pertinentes direitos.”

Diferentemente dos benefícios oriundos da previdência social - onde existe uma contribuição prévia por parte do beneficiário, de modo que geralmente ele busca junto ao poder público o benefício de que tem direito – no que se refere à assistência social este quadro se inverte de modo que o Estado quem deve divulgar, buscar e acompanhar os sujeitos detentores do direito, para que seja fornecida a prestação assistencial.

A própria situação de risco e vulnerabilidade em que estão inseridos os necessitados pode levar a crer que o indivíduo não é suficientemente instruído quanto a seus direitos. A partir daí entram em ação os programas e atividades sociais, através dos órgãos de prestação do serviço social, para a divulgação e inserção destas pessoas junto aos programas assistenciais.

2.2.3 Objetivos e Diretrizes da Assistência Social

Traçar objetivos significa impor metas, resultados que necessitam que sejam cumpridos. Em, Sergio Pinto Martins (2008, p. 483) diferenciam-se os princípios assistenciais dos seus objetivos afirmando que “são objetivos porque não informam, inspiram ou orientam o legislador, mas apenas são situações que a Assistência Social pretende cobrir”.

A Lei nº 8.742/93 dispôs sobre os objetivos no seu artigo 2º, afirmando que:

“A assistência social 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;”

Vale ainda a ressalva quanto a previsão constitucional de alguns destes objetivos como é o caso do § 1º do artigo 227 da CF que regulamenta o amparo às crianças e adolescentes disposto no inciso II do mencionado artigo 2º da LOAS, de modo que para este amparo deve-se obediência ao percentual destinado pelo poder público à saúde na assistência materno-infantil.

Insta-se acrescentar a este elenco apresentado pela LOAS que o artigo 203 da Constituição impõe mais um objetivo à assistência social, este considerado como o braço forte do assistencialismo brasileiro pois impõe como meta, o pagamento de uma renda mensal vitalícia às pessoas portadoras de deficiência ou idosos que não possam manter a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Pela análise destes objetivos, visualiza-se que a Assistência Social através de sua norma específica regulamentadora e o Estado brasileiro por meio de sua Carta Maior, estão caminhando juntos quando se conjugam os objetivos ora mencionados com os objetivos fundamentais da República elencados no artigo 3º da CF. A busca de uma sociedade livre, justa e solidária, a busca pela erradicação da pobreza e pela minimização das desigualdades sociais exemplificam bem a ideologia assistencial que o Estado e a sociedade perseguem.

Assim como ocorre com os objetivos, as diretrizes que traçam o rumo, o caminho e o procedimento a ser seguido pela Assistência Social estão dispostas na LOAS em seu artigo 5º, sendo elas: descentralização político-administrativa; participação da população; primazia da responsabilidade do Estado.

Com a primeira diretriz o Estado se auto-organiza de modo a facilitar e agilizar o atendimento e a implantação de ações assistenciais em todo o território nacional de forma efetiva e através de todos os Entes Federados, sendo que as normas gerais para a coordenação destas ações conjuntas cabem a União respeitando-se certa hierarquia entre os demais entes.

A segunda diretriz é decorrente do disposto constitucional inerente a Assistência Social no artigo 204, I e II, da Carta Maior, sendo que busca garantir a transparência das políticas assistenciais no que se refere à gestão dos recursos públicos destinados a esse fim, através da participação da população por meio de organizações representativas.

Por último e não menos importante, a terceira diretriz firma ainda mais a responsabilidade prioritária do Estado quanto à prestação assistencial devida àqueles que coexistem em seu *impérium*, atribuindo primazia ao Estado pelo ideal funcionamento das políticas assistenciais, devendo ele (o Estado) chamar para si a responsabilidade de forma prévia à sociedade e às organizações não-estatais e sem fins lucrativos, de modo que estas atuem de forma apenas secundária.

2.3 BENEFÍCIOS DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

A regulamentação de benefícios assistenciais no Brasil remonta à época bem anterior a instituição da Lei nº 8.742/93, mais precisamente ao ano de 1974 com a

implementação da Lei nº 6.179/74 que instituiu a Renda Mensal Vitalícia que também foi denominada de “amparo previdenciário”. Este amparo correspondia a benefício pecuniário de valor equivalente a metade do salário mínimo.

O amparo previdenciário era concedido aos maiores de 70 anos ou inválidos que, incapacitados para o trabalho, não auferissem renda alguma ou detivesse um rendimento que não superasse 60% (sessenta por cento) do valor do salário mínimo da época, excluída a possibilidade de manutenção obrigatória por familiares e constatada a incapacidade de prover sua própria subsistência.

Percebe-se que o benefício assistencial, inicialmente à época do amparo previdenciário, exigia a filiação do beneficiário ao sistema previdenciário pressupondo a qualidade de segurado em algum momento de sua vida. Torna-se evidente desta forma, que a assistência social somente passou a abranger a totalidade da população com o advento da Constituição de 1988, que passou a prever expressamente seu caráter não-contributivo.

De acordo com o artigo 203, inciso V da Constituição de 1988, o novo benefício de prestação continuada (substituto do amparo previdenciário) passou a ter o valor de um salário mínimo, tendo por beneficiários à pessoa portadora de deficiência e o idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família, cabendo, então, ao legislador ordinário definir os requisitos para a sua concessão.

Em razão do dispositivo legal supracitado, finalmente deu-se substância a política assistencialista no Brasil, o amparo previdenciário permaneceu sendo pago e concedido até a regulamentação da citada norma constitucional prevista no artigo 203, inciso V. Além disso, foram criados os auxílios-funeral e natalidade nos artigos 140 e 141 da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os benefícios da previdência social, sendo estes benefícios de caráter assistencial, mas que ficaram a cargo da Previdência Social até a entrada em vigor de lei específica que regulamentasse a assistência social.

Esta regulamentação coube a Lei Orgânica da Assistencial Social (LOAS) – Lei nº 8.742/93, que previu expressamente a extinção da Renda Mensal Vitalícia e dos auxílios funeral e natalidade através da implantação do atual Benefício Assistencial de Prestação Continuada e dos novos auxílios por natalidade ou morte.

Na lição de Carlos Simões (2009), hoje em dia, os benefícios assistenciais são classificados em duas espécies: *benefícios eventuais* e *benefício assistencial de prestação continuada*.

Os benefícios eventuais são prestações pecuniárias de caráter suplementar e temporário. São destinados às famílias que não têm possibilidade de arcar por sua conta própria com o enfrentamento de contingências sociais, dada a sua condição de vulnerabilidade, porquanto visam o pagamento de auxílio-natalidade e o auxílio-funeral às famílias cuja renda mensal per capita seja inferior a um quarto do salário mínimo, conforme preceitua artigo 22 da LOAS.

Já o benefício de prestação continuada (BPC), objeto deste estudo, tem como característica primordial e diferenciadora dos benefícios previdenciários o caráter não-contributivo, tendo como dever principal servir de garantidor dos mínimos sociais. É destinado a idosos e pessoas portadoras de deficiência que não tem possibilidade de manter-se por suas próprias forças, pela sua condição de vulnerabilidade, ou de serem mantidos por suas famílias por motivos de miserabilidade.

3 DA NORMATIVA SOBRE O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

A competência para legislar acerca da assistência social é concorrente, isto é, compartilhada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigos 24, XIV e XV, e 30, II da CF), sendo suas ações atribuição de todos os entes federativos, coordenados pela União, por meio do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome.

Conforme ordenamento jurídico brasileiro posiciona-se este benefício sob duas ópticas. A primeira, constitucional, onde a Assistência Social é disciplinada pelos artigos 203 e 204 e; a segunda, a nível infraconstitucional, pela Lei nº 8.742/1993, denominada Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), regulamentada pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.

Assim, a Constituição Federal juntamente com a LOAS conceitua, caracteriza, delimita requisitos e procedimentos acerca do Benefício de Prestação Continuada, de modo que, faz-se mister a partir de agora, neste capítulo, que os aspectos deste benefício passem a ser destrinchados.

3.1 CONCEITUAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) consagra-se como uma garantia de mínimo social assegurado pela Constituição Federal ao necessitado.

Trata-se de um benefício pago pelo Governo Federal, cuja operacionalização é atributo do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e assegurado por lei, permitindo o acesso de idosos e pessoas com deficiência às condições mínimas de uma vida digna.

Segundo o artigo 20 da Lei nº. 8.742/93 o benefício de prestação continuada-BPC é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais (atualmente 65 anos devido a mudanças na legislação) e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Como já dito anteriormente, não é benefício previdenciário devido à sua lógica de funcionamento, pois o mesmo não necessita de contribuição prévia do beneficiário, bastando apenas à comprovação da condição de necessitado.

Segundo Jediael Galvão Miranda (2007, p. 276), a denominação "benefício de prestação continuada" é imprópria, consignando que existe uma ampla quantidade de benefícios pecuniários da seguridade social que são pagos de forma mensal e sucessiva, devendo adequar-se melhor designá-lo como benefício assistencial ou amparo social, mais condizente com a política de assistência social.

Este raciocínio condena a denominação tão usual do benefício concedido a nível assistencial, qual seja Benefício de Prestação Continuada, em virtude da existência de outros benefícios, estes de caráter previdenciário, que por natureza tem suas prestações também continuadas. O fato é que tal denominação tornou-se costumeira no campo assistencial de modo que o autor acima acerta em sua crítica em prol da confusão gerada quanto à nomenclatura, sendo então mais sensato adotar-se como denominação benefício assistencial ou amparo social.

Controvérsias quanto à denominação a parte, o fato é que este benefício social desponta, atualmente, como um dos maiores programas de transferência de renda no Brasil para pessoas portadoras de deficiência e idosos que não tem condições de gerir sua autonomia financeira ou que não tenha provida por sua família. Trata-se de direito público subjetivo de caráter personalíssimo.

3.2 DOS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

No que pertine a concessão deste benefício, é imperioso observar os critérios que configuram a situação de beneficiário, ou seja, as características para as pessoas passíveis de receber este benefício por parte da Assistencial Social.

Assim, vislumbrou-se até aqui que os beneficiários assistenciais são, em resumo, os idosos e deficientes em estado de necessidade e que não possuem meios de por si sós ou por seus familiares auferirem condições para sua manutenção. Equipara-se a eles também o estrangeiro naturalizado e domiciliado no Brasil, desde que não vinculado a outro sistema de previdência social.

É sabido ainda que os beneficiários assistenciais não necessitam de contribuição prévia à seguridade social, entretanto, devem enquadrar-se nos requisitos estipulados nos parágrafos do artigo 20 da Lei nº 8742/93:

“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.”

Os critérios ou requisitos de concessão elencados no artigo em apreço podem resumir-se em quatro requisitos personalíssimos do requerente: comprovação da deficiência ou da idade mínima de 65 anos para o idoso não-deficiente, idade esta que segundo o dispositivo acima seria de 70 anos, mas foi regulamentada pelo Estatuto do Idoso, sendo agora de 65 anos; renda familiar mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo que atualmente seria de R\$ 136,25; não estar vinculado a nenhum regime de previdência social, pois neste caso seria segurado da previdência social e teria direito a outros benefícios; não podendo receber benefício de espécie alguma.

Sobre o § 5º do citado artigo cabe desde já uma ressalva. O mesmo dispõe que “a situação de internato não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício.”

Quanto a ele explica Fortes e Paulsen (2005, p. 276):

“[...] a situação de internato não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício. Trata-se de importante referência, já que muitas vezes os indivíduos idosos ou deficientes em situação de miserabilidade acabam sendo abandonados pelas famílias, e recolhidos em abrigos, geralmente municipais (asilos e casas de crianças) e, em tal situação, sem renda alguma, não ficam alijados do direito à prestação.”

O objetivo de tais requisitos é justamente limitar o acesso ao benefício àqueles que realmente necessitam, evitando-se com isso uma sobrecarga a este benefício que não possui cunho contributivo e sim solidário.

Desta feita, mais uma vez ratifica-se que àqueles que são contribuintes para os benefícios previdenciários não se submetem a tais requisitos pelo devido e justo fato de já serem contribuintes para o custeio previdenciário. Já os que se enquadram

na situação de necessitados dos planos assistenciais dependem da solidariedade de toda a sociedade e, em virtude disso, deve-se observar uma maior proteção a concessão deste benefício.

Dessa maneira, para a concessão do benefício devem estar presentes todos os requisitos necessários, ou seja, a hipossuficiência da parte beneficiária (renda inferior a ¼ do salário-mínimo per capita) e a impossibilidade dela prover a sua própria manutenção ou de tê-la provida por sua família e a idade e/ou o estado de saúde em que esta se encontra, bem como a não-percepção de qualquer vinculação ou de recepção de benefício previdenciário.

3.3 DOS BENEFICIÁRIOS DO BPC

A discussão no tocante a um benefício, ou prestação, pago pelo Estado incide-se sempre na questão dos sujeitos pertinentes a esta situação. Aqueles que por direito possuem enquadramento legal para auferir o benefício de prestação continuada devem obedecer, via de regra, os critérios legais estabelecidos, conforme Lei nº 8.742/ 93.

Nas palavras do Procurador Federal Danilo Cruz Madeira (2010):

“Trata-se, portanto, de benefício que tem por meta resguardar aqueles que, por uma situação adversa, não têm condições de manterem a própria subsistência. Protege, em outras palavras, o miserável, que, por isso, não teve condições de contribuir para a Previdência Social. Com isso, tenta-se fazer com que, mesmo eles, tenham acesso ao mínimo necessário para usufruírem dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana.”

Logo, é imprescindível seguir as normatizações quanto aos beneficiados e quanto aos valores de forma precisa, para que o acesso ao benefício assistencial seja justo e devido apenas àqueles considerados merecedores.

Neste mister, coube a Constituição Federal justamente a tarefa de limitar sua concessão àqueles poucos indivíduos que o legislador julgou serem os mais necessitados através do inciso V do artigo 203, conforme inscrição a seguir:

“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 tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.”

Em sendo assim são beneficiários os idosos e os portadores de deficiência que não tem condições de argüir com a própria manutenção, bem como os quais a sua família também não tenha meios de provê-la. Diante disto, cabe alertar para o conceito de família que aqui se aplica.

Segundo Martins (2008, p.493):

“Entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes. Unidade mononuclear compreende o cônjuge, companheiro (a), filho (a) menor de 21 anos, pais, irmãos menores de 21 anos.”

Este entendimento do citado autor é justamente o disposto na própria LOAS, em seu artigo 20 § 1º, de modo que este remete tal elenco ao artigo 16 da Lei nº 8.213/91, desde que vivam sob o mesmo teto. Eis o que diz este dispositivo:

“Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;”

Este dispositivo que discrimina a unidade familiar tem sua importância ainda quanto à configuração dos que farão parte do cálculo da renda *per capita*, assunto que será abordado mais adiante.

Busca-se a partir de agora a análise em separado das peculiaridades de cada um destes beneficiários no que se refere à necessidade da concessão e aos procedimentos referentes a esta, levando-se em conta não só a situação do idoso e do deficiente como também do estrangeiro.

3.3.1 Sobre os Idosos

A figura do idoso no ordenamento jurídico brasileiro teve sua devida importância consolidada com a Lei nº. 10.741/2003. Esta norma buscou proteger especificamente os idosos, e justamente por isso é chamado de Estatuto do Idoso.

Sabe-se que o idoso, para o benefício, não tem enquadramento como hipossuficiente ou miserável, pois o simples fato de ser idoso não leva a esse entendimento imediato. A proteção dada a estes indivíduos pelo assistencialismo brasileiro é similar a dos deficientes pelo fato de ambos serem pessoas com necessidades diferentes das demais, pela sua situação de fragilidade física ou mesmo mental.

No que tange a esta colocação do idoso no rol dos beneficiados pelo BPC, pode-se dizer, sem rodeios, que é um requisito etário objetivo, com a função de limitar o acesso ao benefício, estabelecendo um limite para o início da concessão desta prestação assistencial.

Em sendo requisito etário, no tocante ao idoso, a Constituição Federal, no artigo 230, parágrafo 2º, fixou a idade de 65 anos para a gratuidade nos transportes coletivos urbanos, o que já poderia ser aproveitado quanto à idade para percepção do benefício assistencial.

O fato é que, *a priori*, esta idade fixada no artigo em questão não foi aproveitada para a concessão do benefício. Discutindo sobre a melhor posição sobre a faixa etária para a concessão do benefício, Eduardo Rocha Dias e José Leandro Monteiro de Macedo (2008) apontam as três fases etárias que o benefício percorreu para que se chegasse ao consenso atual:

“No período de 1º de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997, vigência da redação original do art. 38 da lei 8742, de 1993, a idade mínima para o idoso era de 70 anos;

A partir de 1º de janeiro de 1998, a idade mínima para o idoso passou a ser de 67 anos, conforme nova redação do art. 38 (Lei 8742, de 1993) dada pela MP 1.599-39, de 1997, e reedições, convertida na Lei 9720, publicada no DOU em 1º de dezembro de 1998;

A partir de 1º de janeiro de 2004, a idade mínima para o idoso passou a ser de 65 anos, conforme o art. 34 da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003.”

Na verdade, quanto à conceituação de idoso, o Estatuto (Lei nº 10.741/03), diz que o idoso é aquele que possui mais de 60 (sessenta) anos, não havendo distinção entre homem e mulher, mas que para fins de concessão do benefício assistencial a idade seria de 65 (sessenta e cinco) anos. Utilizou-se para tanto o critério orçamentário para a escolha desta idade na concessão do referido benefício.

Em que pese à redação inicial colocar o idoso aos 70 anos, vigora atualmente a idade de 65 anos, em razão da regulamentação dada pelo Estatuto do idoso, sendo esta Lei posterior a LOAS, fazendo então, por este motivo, valer o que lhe é disposto.

Destaca-se ainda que o benefício assistencial (de Prestação Continuada) ao idoso, e só ele, era excluído da contagem da renda familiar per capita (requisito objeto para auferir o estado de necessidade econômica) para a concessão de outro benefício assistencial ao idoso. Vale dizer, um grupo familiar composto por dois idosos podia gerar um benefício assistencial para cada.

Tal vantagem em face do idoso tinha guarida no que dispõe o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº. 10.741/2003:

“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.
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.”

Segundo o dispositivo em questão, não se excluiu, portanto, qualquer outro benefício da contagem, apenas o assistencial.

Quanto à comprovação da idade esta será realizada através da apresentação de algum destes documentos: certidão de nascimento; certidão de casamento; certidão de reservista; carteira de identidade; carteira de trabalho e previdência social emitida há mais de cinco anos; certidão de inscrição eleitoral.

3.3.2 Sobre os Portadores de Deficiência

Devido à histórica situação de exclusão e de desvantagens vivida pelos portadores de deficiência no Brasil, a Constituição Federal, resolveu por dar tratamento adequado aos mesmos.

Nesta seara, a Carta Maior na tentativa de vedar discriminações, vem a trazer diversas determinações com a finalidade justa de impedi-las e, com isso, reduzir estas desvantagens vividas pelos deficientes, buscando, mais e mais, integrá-los na vida social.

É com essa finalidade que se insere na vida do portador de deficiência necessitado, o BPC, como forma de integração social para estas pessoas protegidas constitucionalmente, devendo ser interpretado, também, como uma medida promocional de mobilidade social.

A Lei Nacional da Pessoa Portadora de Deficiência (Lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989, regulamentada pelo Decreto nº 3.298 de 20/12/1999) conceitua o que seja deficiência ao considerar-se – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; deficiência permanente, aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter possibilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e incapacidade uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida (BRASIL, 1989).

Já o § 2º do artigo 20 da LOAS foi mais sucinto ao definir o que se entende por pessoa portadora de deficiência, afirmando que "§ 2º. Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho".

Pela análise do disposto na lei, estabelece-se como requisito para a concessão do benefício assistencial que o futuro beneficiário seja portador de incapacidade tanto para o trabalho como para os atos da vida independente, isto, de forma simultânea. Se tais pressupostos não estiverem presentes ou comprovados no caso concreto, torna-se impossível a concessão do benefício assistencial em apreço.

Esta é a interpretação originária do espírito que orientou sua feitura. Mais uma vez nas palavras do Procurador Federal Danilo Cruz Madeira (2010):

“Se o legislador pretendesse estipular como requisito tão-somente a incapacidade para o trabalho, não teria incluído a conjunção aditiva “e”, mas uma conjunção alternativa, ou simplesmente omitiria a expressão “incapacidade para a vida independente.”

Tal situação deve ser apurada por perícia médica a ser realizada pelo Instituto Nacional de Seguridade Social- INSS. Como bem observa o Procurador Federal Hermes Arrais em sua obra (2009, p. 569):

“No âmbito previdenciário exige-se menos; qualquer segurado que esteja incapacitado, de forma total, para o exercício da atividade laborativa (não para a vida independente), faz jus ao auxílio-doença (caso a incapacidade seja temporária), ou à aposentadoria por invalidez (se permanente a incapacidade).

No pertinente ao benefício assistencial não basta à incapacidade laborativa, porque a lei impõe incapacidade também para a vida independente.

A exigência é maior porque o benefício da LOAS é ofertado sem que haja qualquer contraprestação do beneficiário. É a sociedade que assume a obrigação inviável à família, ao passo que o benefício previdenciário exige contraprestação pecuniária (contribuição) e carência (conforme o caso).”

Esta exigência de simultaneidade quanto à deficiência é tema que ainda não se encontra pacífico diante da doutrina. O fato é que em face dos benefícios previdenciários, o assistencial tem sua origem e beneficiários diferentes dos daqueles. Por este motivo, a priori, julga-se válida a interpretação do legislador quanto a uma diferenciação para a concessão deste benefício.

Vale ainda a análise da polêmica envolvendo o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, mencionado anteriormente, em face do beneficiário deficiente, quando relevante e absurda era a situação de não exclusão do benefício concedido ao beneficiário deficiente do cálculo da média da renda familiar, sendo este privilégio apenas dos idosos.

Eis o que o Ivan Kertzman (2009, p. 431, 432) disse a respeito:

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

(...)

Os legisladores, motivados pela salutar intenção de favorecer os tão-sofridos idosos do país, acabaram por criar uma verdadeira aberração legal.”

Tratava-se, pois, de uma afronta, guardada as devidas proporções, ao próprio princípio da igualdade, quando trouxe em seu texto tal favorecimento a apenas uma classe de beneficiários de um mesmo benefício.

Esta discrepância vem sendo corrigida pelos legisladores de modo que a Comissão de Seguridade Social e Família aprovou, em 24 de janeiro de 2011, o Projeto de Lei nº 6.818/10, do Senado, que exclui do cálculo da renda familiar o Benefício de Prestação Continuada para os deficientes.

O projeto tramita em regime de prioridade e será analisado ainda pelas comissões de Finanças e Tributação; e de Constituição e Justiça e de Cidadania, antes de seguir para o plenário.

3.3.2.1 O menor Portador de Deficiência

No que tangencia a hipótese de concessão deste benefício assistencial ao menor portador de deficiência, em especial ao menor de entre 16 e 14 anos, bem como menores de 14 anos, propriamente, que conforme letra da lei estaria impossibilitado para atividade laboral, configurando uma incidência nos requisitos legais estabelecidos para auferir o BPC.

O fato é que a lei exige que o postulante seja incapaz para o trabalho gerando dúvida por demais pertinente quanto ao deficiente menor de 14 anos, cujo trabalho, por força da Constituição, é vedado.

É sabido que o benefício assistencial é devido ao idoso e ao deficiente, mas não há previsão normativa alguma em favor do menor, seja ou não portador de deficiência, pelo simples fato de o ser.

Neste sentido, judicialmente, a questão suscitou polêmica. Alguns magistrados chegaram a sustentar que, como toda criança é incapaz para o trabalho e para a vida independente, não fariam elas jus ao benefício em apreço, por possuírem as qualificadoras legais para enquadramento na lei.

De fato, a premissa é correta. Afinal, "uma criança que nasça sem as duas pernas é tão incapaz para a vida independente quanto um recém-nascido íntegro, sadio, fisicamente perfeito". ALENCAR (2009, P. 570)

No entanto, a lei é clara ao dizer que o benefício assistencial é devido tão-somente aos deficientes, e não às crianças sadias.

A par de tudo isto, e com o entendimento de que para o menor de 16 anos, bastam a confirmação da deficiência e a constatação da miserabilidade do grupo familiar, para o reconhecimento do seu direito ao benefício assistencial de prestação continuada, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU), reunida em Salvador nos dias 13 e 14 de setembro de 2010, reformou decisão da Turma Recursal (TR) da Seção Judiciária de Pernambuco.

O fato ocorrido refere-se ao processo de nº 2007.83.03.50.1412-5, quando o restabelecimento do benefício assistencial foi negado tanto em 1º grau como na TR. O acórdão deu entendimento de que seria precoce decretar a "invalidez" de uma pessoa tão jovem (o autor possuía, na época, 13 anos), uma vez que, excetuando-se atividades braçais, o segurado podia, no futuro, exercer plenamente outras atividades que não dependam do membro superior esquerdo, este motivo da deficiência.

Entretanto, para o juiz federal Manoel Rolim Campbell Penna, relator do processo na TNU, a concessão do benefício assistencial ao requerente, no caso em tela, "não desestimula nem prejudica que o menor possa vir a adquirir capacitação para o desempenho de alguma profissão compatível com suas limitações, dando a entender ter sido a motivação da sentença e do acórdão".

Explicou o magistrado que:

"O benefício apenas cumpre o propósito constitucional de que se lhe assegure o amparo necessário a uma sobrevivência condigna enquanto presentes as condições que inviabilizam o seu auto-sustento ou seu provimento por sua família."

O Juiz entendeu ainda que a concessão do benefício deve ser reavaliada a cada dois anos, como é de regra quanto a revisão do benefício na forma do artigo 1º da Lei 8.742/93, sendo então verificadas as condições atuais do beneficiário. A partir de então se pode falar em suspensão ou prorrogação do benefício.

Em sendo assim, a partir da revisão poder-se-ia auferir não só a condição de sua menoridade, mas também a sua situação de miserabilidade ou mesmo da deficiência que antes o afligia.

Para tanto ainda vale a análise do artigo 203, inciso V, e o artigo 20, parágrafo 2º, da Lei 8.742/93, que em nenhum momento limitaram a concessão do benefício assistencial aos maiores de idade, não sendo este, pois, mais um requisito.

Em sua conclusão diz o magistrado:

“Por tais razões voto no sentido de conhecer e dar provimento ao presente pedido de uniformização, assentando que, ao menor de 16 anos, salvo o que se veja na condição de aprendiz a partir dos 14 anos, basta o atestado médico da deficiência invalidante, apurada à luz da Súmula 29 da TNU, e a verificação de miserabilidade de sua família, prejudicial ao seu sustento, para que faça jus à percepção do benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição e no artigo 20 da Lei 8.742/93; benefício este a ser mantido até que o menor deficiente complete 16 anos ou até que o núcleo familiar esteja apto a prover a sua subsistência, o que acontecer primeiro, sem prejuízo das reavaliações periódicas da concessão, que ainda podem prorrogar o benefício para além daquela idade e a maioridade, se mantida a miserabilidade do grupo familiar e o autor, então já maior, não tiver adquirido qualquer capacitação profissional.”

Em virtude desta decisão, o processo foi devolvido à Turma recursal de origem para que seja proferido novo julgamento, com base agora em nova avaliação do conjunto probatório e levando-se em consideração o estabelecido neste julgamento da TNU.

Trata-se, pois de grande avanço que defende por fim a polêmica e abranger um número maior de beneficiários facilitando o seu acesso ao benefício.

3.3.3 Sobre os Hipossuficientes Econômicos

O estado de necessidade do interessado é requisito essencial para a obtenção do benefício em estudo. A condição de hipossuficiente econômico refere-se à ausência de condições de prover o próprio sustento do interessado ou de tê-lo provido por sua família, configurando uma situação de carência de recursos.

A Lei nº 8.742/93 estabeleceu uma linha de pobreza tomando por base um percentual do salário mínimo vigente no País. Estabeleceu-se em seu artigo 20, § 3º, que “considera-se incapaz de prover à manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”.

Sobre esta matéria, Daniel Machado da Rocha (2003, p. 148), quanto à existência de estudos voltados para a determinação de quem seriam os hipossuficientes econômicos (pobres nas palavras do autor), aduz:

“Em vista da existência de dados e estudos consideráveis para caracterização da pobreza, seria razoável que, para caracterização do direito ao benefício da assistência social, eles fossem tomados por base, ainda que isso envolvesse uma opção entre as metodologias e resultados disponíveis.”

A par de quem é hipossuficiente, fato é que o grupo familiar, cuja renda deverá ser considerada na aferição do direito ao benefício, é definido como aquele constituído pelas pessoas elencadas no artigo 16 da Lei nº 8.213/91 (art. 20, § 1º, da LOAS, com a redação da Lei nº 9.720/1998), que constituem o que já foi abordado anteriormente quanto ao conceito de família adotado para o BPC.

Em sendo assim, apenas essas pessoas elencadas pela LOAS e suas respectivas rendas serão computadas para a verificação da fração legal de ¼ do salário mínimo. Com isso, outros eventuais habitantes da residência (sogro, sogra, genro, nora, primos, etc.), restariam excluídos desta contagem, fato este que já traz a tona certa discrepância na escolha dos componentes familiares pelo legislador.

Quanto às formas de comprovação da renda e conseqüentemente do limite de ¼ do salário mínimo, o artigo 13 do Decreto nº 6.214/07 estabelece:

“Art. 13. A comprovação da renda familiar mensal per capita será feita mediante Declaração da Composição e Renda Familiar, em formulário instituído para este fim, assinada pelo requerente ou seu representante legal, confrontada com os documentos pertinentes,

ficando o declarante sujeito às penas previstas em lei no caso de omissão de informação ou declaração falsa.

§ 1º Os rendimentos dos componentes da família do requerente deverão ser comprovados mediante a apresentação de um dos seguintes documentos:

I - carteira de trabalho e previdência social com as devidas atualizações;

II - contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador;

III - guia da Previdência Social - GPS, no caso de Contribuinte Individual; ou

IV - extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida por outro regime de previdência social público ou previdência social privada.”

O parágrafo primeiro do referido artigo ainda prevê que a apresentação de algum dos documentos de que trata o dispositivo legal não obsta a faculdade de o INSS de emitir parecer sócio-econômico da família do beneficiário.

Ainda quanto ao Decreto nº 6.214/07, o seu art. 19 diz que:

“Art. 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.

Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.”

Esta é exigência disposta no parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso – já analisado anteriormente quando do estudo do idoso como beneficiário, tendo ainda como valia saber que:

“Art. 34. Aos idosos, a partir de 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 um salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

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

Muito já foi discutido em relação à posição do hipossuficiente econômico quanto ao critério estabelecido pela LOAS para a concessão do BPC. Parte da

doutrina considera essa previsão como um terceiro requisito para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada. O entendimento mais plausível é aquele segundo o qual este dispositivo legal traduz uma presunção absoluta de miserabilidade.

Conforme mencionado anteriormente, os requisitos para a concessão do benefício são: ser a pessoa idosa ou portadora de deficiência e miserabilidade.

Dessa forma, os requisitos estão previstos apenas no caput do artigo 20. Se a lei desejasse trazer um novo requisito para a concessão do benefício, o faria também no caput, e não em um dos parágrafos.

Por este raciocínio verifica-se ser uma presunção absoluta de miserabilidade. Em outras palavras, quando a renda familiar for inferior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo por cada membro da família, a miserabilidade é presumida. Nos demais casos, isto é, quando a renda familiar per capita for superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, a miserabilidade deverá ser comprovada por qualquer meio de prova em direito admitido, sendo esta mais uma polêmica inerente ao assunto que será abordada posteriormente neste estudo.

3.3.4 Sobre Concessão a Estrangeiros

Outro ponto de fundamental importância sobre a concessão deste BPC hospeda-se na possibilidade de estrangeiros usufruírem de alguma maneira deste benefício assistencial, conferido com tantas restrições aos brasileiros natos e naturalizados.

Diante disto, tomando-se por base o disposto no artigo 12, §2º, da Constituição Federal que assegura que “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição”, a possibilidade de concessão do benefício ao estrangeiro naturalizado torna-se evidente.

Corroborando a previsão constitucional, o artigo 7º do Decreto nº 6.214/07 expressamente dispõe que:

“O brasileiro naturalizado, domiciliado no Brasil, idoso ou com deficiência, observados os critérios estabelecidos neste Regulamento, que não perceba qualquer outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, nacional ou estrangeiro, salvo o da assistência médica e no caso de recebimento de pensão especial de natureza indenizatória, observado o disposto no inciso VI do art. 4º, é também beneficiário do Benefício de Prestação Continuada.”.

Em sendo assim, desde que preenchidos todos os requisitos legais, o estrangeiro que for devidamente naturalizado fará jus não só ao benefício assistencial, como também a todos os benefícios previdenciários.

É fato que a doutrina majoritária entende que o estrangeiro naturalizado adquire o *status* de cidadão brasileiro cujo conceito é concernente ao gozo efetivo dos direitos individuais, coletivos, sociais e políticos. Por este motivo têm-se como iguais, no que se refere ao benefício assistencial, tanto o estrangeiro naturalizado como o próprio brasileiro.

Real controvérsia existe quanto à possibilidade de o estrangeiro não-naturalizado auferir o benefício assistencial em igualdade com os brasileiros natos e naturalizados, sendo este objeto de discussão posterior deste estudo.

3.4 DO REQUERIMENTO, REVISÃO E CANCELAMENTO DO BENEFÍCIO

Para o recebimento do benefício faz-se necessário requerer o mesmo administrativamente junto ao INSS, quando preenchidos os requisitos para o enquadramento do indivíduo como beneficiário. Exceção se faz nos casos em que o Judiciário intervém diante da provocação da parte interessada. Nas palavras de Carlos Simões (2009, p. 332):

“A concessão do benefício, pelo INSS, está sujeita ao preenchimento dos requisitos legais, acima expostos, com a ressalva quanto ao citado limite, uma vez que tem a natureza de ato administrativo vinculado, demandando, portanto, de investigação probatória da efetiva presença dos requisitos legais. Mas sua demanda ao Poder Judiciário não está condicionada a prévio requerimento ao INSS, no caso específico do citado limite de renda familiar, porque é público e notório seu indeferimento.”

Em virtude de ser o limite de renda familiar um ato administrativo vinculado e sendo o INSS obrigado a fazê-lo, não há sentido em acionar o Judiciário somente após uma tentativa frustrada perante o órgão operador do benefício.

Administrativamente, o meio adequado é o *Requerimento de Amparo Social*, sendo também necessária a apresentação de alguns documentos, dentre eles atestado do conselho de assistência social (ou de autoridades locais ou mesmo de assistentes sociais), que possa certificar a inexistência de atividade remunerada bem como a composição do grupo familiar e laudo de avaliação, emitido por equipe multiprofissional.

De acordo com o artigo 37 da LOAS, o benefício é concedido, de início, pelo prazo de 12 meses, no máximo, para a pessoa com deficiência e 18 meses para o idoso, passando posteriormente a ser pago continuamente, se mantidas as condições em que foi concedido.

Quanto a revisão do BPC, está é realizada em conformidade com o *caput* do artigo 21 da LOAS, fazendo-se necessária a cada 2 (dois) anos a partir da concessão do benefício. Neste sentido, observa-se no "Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem", confirmando tal argumento.

O processo de revisão sofreu alterações a partir de 2007, por meio do Decreto nº 6.214/07, de modo que até então esta revisão era realizada periodicamente e na forma de etapas, sendo que todos os benefícios concedidos em um determinado período eram avaliados na sua etapa respectiva. Ao todo haviam sido realizadas seis etapas de revisão até a promulgação do Decreto nº 6.214/07. Eis o que trata o artigo 42 do dispositivo em comento, responsável pelas alterações:

"Art. 42. O Benefício de Prestação Continuada deverá ser revisto a cada dois anos, para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem, conforme dispõe o art. 21 da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, passando o processo de reavaliação a integrar o Programa Nacional de Monitoramento e Avaliação do Benefício de Prestação Continuada.

Parágrafo único. A reavaliação do benefício de que trata o caput será feita na forma disciplinada em ato conjunto específico do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do Ministério da Previdência Social, ouvido o INSS."

Maria Lúcia Lopes da Silva (2004, p. 235) esboça sua crítica quanto ao processo de revisão do BPC da seguinte forma:

“É preciso dizer que a realização da revisão sob a alegação do controle de fraudes não se justifica, uma vez que a lei e todos os atos normativos prevêem o cancelamento dos benefícios concedidos irregularmente, por intermédio de mecanismos específicos [...] a melhor forma de controlar a fraude é evitá-la [...] exige-se uma inversão da lógica: é preciso assegurar a participação e o controle da população usuária e dos gestores e técnicos da área da Assistência Social, em todas as etapas do processo relativo ao BPC, especialmente na concessão do mesmo! Este é o melhor caminho para um controle justo e democrático.”

Sua crítica é justamente voltada para a idéia de utilização do processo revisional como ferramenta de localização e combate as fraudes, quando na verdade deve ser um instrumento de avaliação do BPC quanto a sua gestão.

Julga-se servir a revisão periódica como forma de garimpo a procura de imperfeições contidas na LOAS, de modo que o benefício será mantido ou suspenso, tomando-se por base os critérios objetivos estabelecidos na LOAS, quanto ao limite de renda familiar mensal per capita e também quanto a condição de deficiente, sendo estes critérios, como já é sabido, limitadores do acesso ao benefício.

Dessa forma, o objetivo principal da revisão é corrigir distorções na concessão e na manutenção do benefício de prestação continuada junto ao idoso e à pessoa com deficiência, na busca de manter sob a proteção assistencial aqueles que têm direito ao benefício assistencial de prestação continuada e dependem dele para prover sua manutenção.

Tais objetivos vêm sendo atingidos discretamente e pode-se dizer que o processo de revisão constitui importante indicador para o conhecimento das condições de vida dos beneficiários do BPC, contribuindo também para a avaliação das ações assistenciais como um todo.

Quanto a cessação e cancelamento do benefício o artigo 21 da LOAS enfatiza em seus §§ 1º e 2º:

“[...]”

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

§ 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.”

O benefício também cessa na hipótese de morte presumida ou ausência do beneficiário, declarada judicialmente. Vale ressaltar que neste caso ou no caso de morte comprovada, não há que se falar em transferência a herdeiros, pois se trata de um benefício personalíssimo.

4 DAS POLÊMICAS ATUAIS ACERCA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

É parte da história legislativa brasileira, em especial quando se trata de inovações constitucionais, que estas sofram diversas críticas durante seu período inicial de vigência justamente por trazer a incógnita quanto à sua repercussão junto ao ordenamento.

Assim foi, e continua sendo nos dias de hoje, quando se fala da Assistência Social como instituto jurídico, inovação da atual Constituição Federal, em especial sua Lei Orgânica (Lei nº 8.742/93) e demais Leis e Decretos que a regulamentaram posteriormente.

Para tanto, este capítulo tem por objetivo trazer para discussão alguns dos pontos que ainda desafiam o legislador ordinário e, principalmente, os aplicadores do Direito, que volta e meia vêem-se diante de situações complexas referentes ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Observando neste ponto que, os princípios norteadores dispostos na Carta Maior, em especial a proteção à dignidade da pessoa humana, à vida e a não discriminação sob nenhuma hipótese, serão a chave para o entendimento do tema proposto.

4.1 SOBRE OS ESTRANGEIROS NÃO-NATURALIZADOS

Anteriormente, abordou-se a situação do estrangeiro no Brasil quanto à concessão do benefício assistencial. Em resumo, foi dito que diante da disposição constitucional que impossibilita a distinção entre brasileiros natos e naturalizados, resguardados os casos previstos na Constituição Federal, não há que se falar em não-concessão do benefício ao brasileiro naturalizado, sendo este indiscutivelmente um brasileiro igual a qualquer outro.

O ponto controvertido existente, outrora levantado, é inerente a possibilidade de concessão ao estrangeiro não-naturalizado justamente por não possuir o *status* de cidadão brasileiro, sendo este considerado por alguns como um pré-requisito a concessão do benefício.

Aqueles que defendem a não concessão do benefício embasam-se justamente neste aspecto da cidadania como chave para a falta de direito do estrangeiro, alegando-se ser fundamental desfrutar do *status* de nacional do Estado, que confere tais direitos, não sendo possível, sem a presença desse *status*, que o princípio da igualdade possa ser invocado.

Para a confirmação deste entendimento quanto a necessidade de ser cidadão brasileiro para auferir o benefício, os defensores da tese alegam o disposto no artigo 1º da LOAS (Lei nº 8.742/93):

“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.” (grifo nosso).

Nesta defesa aduz-se ainda o disposto no artigo 195 da Constituição Federal, em seu § 5º, dizendo que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Em sendo assim, não seria possível uma interpretação extensiva do nosso ordenamento jurídico para que seja concedido o benefício de prestação continuada ao estrangeiro, pelo fato de esta extensão ferir o dispositivo acima em ofensa ao interesse público.

O presente estudo segue o entendimento contrário a estes, atribuindo ao estrangeiro não-naturalizado direito semelhante ao brasileiro quanto ao benefício assistencial. Para a compreensão desta tese faz-se necessária a exposição dos fundamentos constitucionais e legais bem como de julgados recentes que se seguem.

4.1.1 Da Interpretação Constitucional e Legal

A priori, é sabido que os direitos e garantias fundamentais são estendidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, encontrando a devida proteção no

artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, dispondo sobre os direitos e garantias fundamentais.

Vejamos, *in verbis*:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

Em complementação, o artigo 6º, CF, que trata dos direitos sociais, os quais também estão inseridos no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais, dispõe que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, **a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição” (grifo nosso).

Tem-se por consequência que se tratando de direitos e garantias fundamentais, sendo estes individuais e coletivos ou mesmo sociais, não há que se falar em diferenciação entre brasileiros e estrangeiros residentes no País, prevalecendo o princípio da isonomia.

Visto isso, percebe-se de pronto que, assim como a Constituição Federal é a maior responsável quanto à isonomia entre brasileiros e estrangeiros, apenas a mesma detém a competência necessária para definir as necessárias limitações.

A Carta Maior é taxativa quanto a não discriminação de qualquer pessoa por conta de sua nacionalidade ou origem, cor da pele, condição social, qualquer outro motivo (artigo 3º, inc. IV, CF). A equiparação de direitos e deveres entre nacionais e estrangeiros, com as exceções previstas na própria Constituição, serve de orientação quanto ao tratamento dos residentes do País.

Sobre o tema, o Prof. José Afonso da Silva (2004, p. 337) explana:

“O princípio é o de que a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis (CC, art. 3º). Há, porém, limitações aos estrangeiros estabelecidas na Constituição, de sorte que podemos asseverar que eles só não gozam dos mesmos direitos assegurados aos brasileiros quando a própria Constituição autorize a distinção.”

Dentre algumas limitações constitucionais ao estrangeiro destacamos: o artigo 14, §§ 2º e 3º, que tratam do alistamento e da elegibilidade eleitorais; o artigo 190 que trata do arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira; o artigo 172 que trata dos investimentos de capital estrangeiro; o artigo 222 que trata da propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens; o artigo 227, § 5º, que trata da adoção da criança ou adolescente por parte de estrangeiro.

Enfim, percebe-se que a Constituição Federal cumpre o seu papel de Constituição analítica, por abarcar em seu bojo os mais variados institutos jurídicos, apontando inclusive as limitações que o legislador constitucional entendeu por necessárias quanto à concessão de direitos à figura do estrangeiro.

Insta-se afirmar que apenas a Carta Maior pode prever direitos, deveres e limitações ao estrangeiro, de modo que os direitos e garantias fundamentais, como já fora dito, estão assegurados ao estrangeiro, dentre eles o direito à assistência social.

Ante o que fora exposto, a assistência social tem sua previsão, para todos que dela necessitem, no artigo 203 da Carta Maior, sendo o seu inciso V o garantidor do benefício assistencial em comento como se segue:

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

(...)

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

A Constituição remete ao legislador ordinário a regulamentação deste dispositivo, entretanto, não lhe atribui competência para desrespeitar os limites constitucionais, inclusive no que diz respeito à diferenciação entre brasileiros e estrangeiros, não podendo, portanto, o legislador infraconstitucional retirar a proteção aos estrangeiros quanto aos direitos e garantias fundamentais.

A alegação fundada no artigo 1º da LOAS de que apenas ao cidadão está disponível o benefício resta inoperante, pelo fato precípua de não ser esta condição, requisito inerente a pessoa do beneficiário. O artigo 203 apontado acima é claro em

seu inciso V ao dizer que o benefício será devido às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos hipossuficientes, não fazendo qualquer menção quanto à condição de cidadão.

Tal regulamentação, por parte do legislador ordinário, dada através da Lei nº 8.742/93, em nenhum momento fez qualquer restrição em seu texto ao estrangeiro quanto do direito ao benefício, apenas calou-se quanto ao mesmo. Na verdade, coube ao Decreto n.º 6.214/07 que regulamenta o benefício, restringir este direito.

Tratando ainda da importância dos direitos fundamentais e de sua indisponibilidade Sérgio Fernando Moro (2001, p. 31) diz que "Atribuir a um direito o caráter de *fundamental*, em primeiro lugar, imuniza-o contra a política ordinária, retirando-lhe da esfera de disponibilidade do legislador".

Em complementação deste pensamento, acrescenta-se a visão de Ingo Wolfgang Sarlet (1998):

"De pronto, verifica-se que a vinculação aos direitos fundamentais significa para o legislador uma limitação material de sua liberdade de conformação no âmbito de sua atividade regulamentadora e concretizadora.

[...]

Isto significa, em última *ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram".

Por este entendimento, consagra-se que ao legislador ordinário resta impossibilitada a restrição de qualquer direito fundamental assegurado constitucionalmente, por não ser matéria de trato infra-legal, mas apenas constitucional.

Como dito anteriormente, a Lei nº. 8.742/93 não operou qualquer restrição em seu texto, esta foi tarefa do Decreto n.º 6.214/07 que, pelas razões acima vistas, violou a Constituição Federal. Além do mais, vale lembrar que os Decretos são instrumentos normativos editados pelo Poder Executivo para tornar efetivo o cumprimento da lei, e, assim sendo, teriam ainda menos poder para efetuar tamanha restrição.

4.1.2 Dos Julgados Sobre o Tema

Neste momento, vale o estudo de alguns casos que coadunam com o entendimento acima apontado, destacando que, tais casos aqui expostos, tratam da concessão do benefício assistencial aos estrangeiros de diferentes nações e com diferentes necessidades.

De início trataremos da análise do julgamento do recurso interposto pelo Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS – por parte da 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, referente ao Processo de nº 2009.51.51.047895-6/01, que em 09 de novembro de 2010, teve o seguinte entendimento:

“PREVIDENCIÁRIO – CONCESSÃO DE LOAS PARA ESTRANGEIRO – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL – PORTUGUESA NÃO NATURALIZADA BRASILEIRA, CONTANDO COM 98 ANOS DE IDADE, RESIDINDO DESDE 1953 NO BRASIL – IDOSA. DESAMPARADA. HOSPEDADA NO ABRIGO SANTA MARIA, EM SANTÍSSIMO – RECIPROCIDADE COM LEGISLAÇÃO PORTUGUESA – TRATAMENTO ANÁLOGO DA LEI Nº 32/2002 – CARÁTER EVENTUAL E EXCEPCIONAL – RECURSO DO INSS CONHECIDO E NÃO PROVIDO.”

O caso em tela conta como parte, com uma estrangeira de origem portuguesa, de modo que este fato por si só torna o entendimento do Juiz Relator, Vladimir Santos Vitovsky, bastante esclarecedor e confirmador do entendimento que ao estrangeiro existem reais hipóteses que permitem a concessão do benefício. Em seu voto o Juiz Relator aduz:

“A legislação portuguesa nos art. 82 e 84-a da Lei nº 32/2002 prevê o sistema de ação social que tem por objetivos fundamentais a prevenção e reparação de situações de carência e desigualdade socioeconômica, de dependência, de disfunção, exclusão ou vulnerabilidade sociais, destinando-se a assegurar especial proteção aos grupos mais vulneráveis, notadamente crianças, jovens, pessoas com deficiência e idosos, bem como a outras pessoas em situação de carência econômica ou social, disfunção ou marginalização social (art. 82 da Lei nº 32/2002). Seu art. 84-a prevê a concessão de prestações pecuniárias apenas em caráter eventual e em condições de excepcionalidade, dando-se ênfase às prestações em espécie, ao

acesso à rede de serviços sociais e ao apoio a programas de combate a pobreza e a marginalização social. **Importante salientar que o sistema de ação social abrange os estrangeiros, bastando que sejam residentes em Portugal.**" (grifo nosso).

Faz-se mister invocar os preceitos baseados em tratados firmados entre Brasil e Portugal, bem como a Lei portuguesa nº 32/2002 em comento, que trata justamente do sistema de segurança social daquele País, como fez o Juiz Relator em seu voto pois, entre Brasil e Portugal, devido a estes pactos entre nações, deve existir o mínimo de reciprocidade entre ambos, incluindo-se a proteção social.

Ainda nas palavras do Juiz relator:

"há reciprocidade entre o tratamento assistencial português e o brasileiro, devendo tão somente haver adequação às hipóteses de concessão do benefício, a saber, além da idade (ou deficiência) e a miserabilidade, deve ser concedido em caráter eventual e excepcional aos estrangeiros portugueses residentes no Brasil, tal qual se observa na hipótese da autora".

Com base no exposto, tem-se por pacífico o entendimento da possibilidade de concessão para o caso em tela e para os casos que envolvam brasileiros e portugueses. Esforço maior faz-se na busca de argumentos que justifiquem a concessão do benefício a estrangeiros de origens diversas.

Um caso bastante interessante que ilustra esta situação é o do estrangeiro Mama Selo Djalo, nacional da Guiné-Bissau, que desafiou totalmente a tese daqueles que entendem pela não possibilidade de concessão a estrangeiros.

O estrangeiro em tela é nacional da Guiné-Bissau como já dito, além de estar residindo no Brasil a cerca de dez anos de forma irregular. Acrescenta-se a isso o fato de ser ele portador de uma doença terminal. O mesmo requereu o benefício assistencial sendo negado pelo INSS o que acarretou a busca ao Poder Judiciário, dada pelo processo de nº 0507062-90.2009.4.05.8100 no Estado do Ceará.

Sendo concedido o benefício assistencial em 1ª instância, coube recurso por parte do INSS sendo este apreciado pela Turma Recursal do Ceará. O Juiz Federal George Marmelstein Lima em seu voto negou provimento ao recurso.

Em seu entendimento, o Juiz Federal analisou o caso e de início aportou o fato de que os direitos previstos no artigo 5º da Constituição Federal são garantidos "aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil". De fato o autor da presente

ação reside no país, mesmo que irregularmente, e inclusive laborando através de pequenos serviços, prestados a comunidade em que vivia que garantiam sua subsistência.

Depois da doença, o mesmo ficou comprovadamente incapacitado para o trabalho, além de não possuir familiares que pudessem mantê-lo, sendo, pois incapaz de sobreviver e tratar sua doença.

O INSS alegou a situação irregular do estrangeiro além do fato de não ser ele nacional de Portugal, não sendo possível falar-se em reciprocidade entre nações quanto à assistência social. Entretanto ao mesmo foi concedido por sentença judicial dada pelo Juiz Federal Dr. Alcides Saldanha, a garantia de permanência no Brasil até o fim de seu tratamento médico, fundamentado da seguinte forma:

“a permanência do estrangeiro no território nacional revela-se como um dos únicos meios disponíveis, senão o único, para se garantir a continuidade do tratamento médico, mormente quanto ao fato de que o país de origem do autor (Guiné-Bissau) sabidamente não possui estrutura médico-hospitalar adequada para o combate à moléstia que o acomete (insuficiência renal crônica terminal por nefrosclerose hipertensiva)” (Proc. 2009.81.00.000642-6 – 10ª Vara/CE).

Através desta sentença judicial a situação do estrangeiro no País deixou de ser irregular, pois a Guiné-Bissau, assim como o Brasil, faz parte da Comunidade de Países de Língua Portuguesa – CPLP, que possuem um acordo específico sobre a concessão de visto temporário para tratamento médico, acrescentando-se a isso o fato de o autor ter contraído a doença após sua entrada em território nacional, fato este que afasta qualquer justificativa quanto ao seu ingresso com o único intuito de auferir o tratamento e o benefício assistencial.

No decorrer deste estudo deixamos claro que em nenhum momento a legislação brasileira, quanto à assistência social, foi explícita nem implícita em seu entendimento a ponto de negar-se o benefício aos estrangeiros. Além do mais é sabido que a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental além do direito à vida, são protegidos constitucionalmente, não podendo existir violação nem limitação quanto a estes preceitos.

Em trecho de seu voto, o Juiz Federal George Marmelstein Lima, foi bastante feliz quando disse:

“A sua condição, portanto, é de residente, tanto que lhe foi reconhecido o direito ao tratamento médico gratuito. Não é coerente reconhecer a ele o direito de ser tratado no Brasil e não lhe conceder os meios mínimos para a sua sobrevivência. Mama Djalo não pode trabalhar. Mas precisa se alimentar, pagar o aluguel e o transporte para o seu tratamento. O direito constitucional brasileiro previu o benefício assistencial exatamente para esse tipo de situação, onde a pessoa está em condições de extrema vulnerabilidade física e financeira. Negar a Mama Djalo esse direito só porque ele não nasceu em nosso país seria avalizar um preconceito por nacionalidade incompatível com qualquer noção de dignidade humana, especialmente quando não há qualquer norma constitucional ou legal que autorize claramente esse tipo de discriminação.”

É com base no direito à vida, na dignidade da pessoa humana e no preceito constitucional elencado no artigo 3º da Carta Maior onde constitui objetivo da República Federativa do Brasil “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem”, acrescentando-se ainda que o autor não se apresenta como mero aproveitador da boa vontade de um País, mas sim, como alguém que aqui veio buscar crescimento e oportunidades, que foi negado provimento ao recurso interposto pelo INSS e mantida a sentença reconhecendo o direito da parte de receber o benefício assistencial enquanto permanecesse no Brasil, fortalecendo ainda mais o entendimento da possibilidade aos estrangeiros, sob a análise dos casos concretos.

Em 2009 foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal caso de Repercussão Geral a partir de decisão de Recurso Extraordinário RE 587970, interposto pelo INSS após a condenação do instituto ao pagamento do benefício assistencial à estrangeira Felícia Mazzitello Albanese, residente há mais de 54 anos no Brasil.

O entendimento do Juizado Especial foi de que à legislação ordinária cabe apenas definir os critérios para aferição da miserabilidade, não sendo lícito limitar o benefício nos termos pretendidos pelo INSS.

Na sustentação do instituto alegou-se que nacionais e estrangeiros não estão em idêntica situação fática. Citou, em apoio desta tese, o fato de terem sido estendidos aos portugueses residentes no país os mesmos direitos dos cidadãos brasileiros, com isso significando que aos demais não seriam assegurados iguais direitos.

Entretanto, a tese da defesa da autora manteve-se vitoriosa ao alegar que a pretensão do INSS “implicaria odiosa discriminação entre nacionais e estrangeiros e conflita com a dignidade da pessoa humana”.

No voto do relator do recurso o Ministro Marco Aurélio, percebeu-se a repercussão geral do tema aduzindo que:

“Levem em conta não apenas o grande número de estrangeiros residentes no país, como também o fato da matéria repercutir, considerado o INSS, no campo dos interesses dos cidadãos brasileiros.

[...]

cumpra ao Supremo definir, passo a passo, o tratamento a ser dispensado, sob o ângulo constitucional, a nacionais e estrangeiros residentes no Brasil”.

Em conclusão, podemos entender que a situação do estrangeiro no Brasil quanto ao benefício assistencial é por demais polêmica. Entretanto, o Poder Judiciário vem progredindo generosamente em seus entendimentos de modo que, a análise concisa de cada caso revela a necessidade de uma análise na legislação que trata deste assunto, fortalecendo sempre que o direito à vida e a dignidade humana estão acima de qualquer conduta discriminadora.

4.2 SOBRE O CRITÉRIO DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE

Outro tema que há muito tempo é motivo de discussão é o relativo ao requisito disposto no § 3º, do artigo 20 da Lei nº 8742/93, que se refere ao critério objetivo de aferição da miserabilidade para a concessão do benefício assistencial.

A discussão previamente abordada traz a guisa deste estudo, mais uma vez, este dispositivo legal que traduz uma presunção absoluta de miserabilidade de modo que a Lei assim dispõe:

“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.

[...]

§ 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.”

Assim sendo, trata-se de um critério que, preenchido diretamente, já traduz a necessidade daquele que pleiteia o benefício, sendo de pronto, suficiente para a concessão do BPC.

O fato controverso encontra assentamento justamente nesta escolha legislativa quanto à fração definida como critério. Inúmeros são os entendimentos que derrubam a necessidade de preenchimento deste requisito, que ainda se mantém firme como arma de limitação ao acesso do benefício.

Neste estudo buscaremos expor tais entendimentos através da análise da doutrina, além de trazer a tona alguns julgados relativos a este problema envolvendo também outras formas de comprovação de miserabilidade, levando-se em conta a dignidade da pessoa humana.

4.2.1 Sobre a Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana insculpido no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal, é elemento indispensável para o entendimento real do quão é necessário o benefício assistencial bem como, do quanto o Estado encontra-se obrigado diante da sociedade a zelar pelo bem-estar de todos.

É justamente no liame presente entre o conceito de dignidade humana e mínimo existencial, que encontramos base para um entendimento plausível que confere ao legislador o dever de rever ou atenuar a exigência imposta pelo critério em estudo.

A este respeito vale a citação das palavras de Barroso (2003, p. 335), conceituando que:

“A dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da

humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do **mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade.** Aquém daquele patamar, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade." (grifos nossos)

Trata-se, pois, o mínimo existencial, da garantia de recursos dos mais variados, necessários a sobrevivência ao menos física do indivíduo. A dignidade da pessoa humana engloba o mínimo existencial, pois àquela não cabe falar-se apenas em sobrevivência, mas sim, em uma vivência, onde se respeite os direitos necessários à convivência em sociedade da maneira mais igualitária e menos vexatória possível.

A par do já dito quanto à dignidade humana, vale a análise do disposto no artigo 7º, inciso IV da Carta Maior, que garante ao trabalhador um salário cujo valor mínimo deva "atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social".

Eis uma verdadeira incongruência, pois, o critério em estudo, necessário a concessão do benefício a um indivíduo, foi vinculado justamente sobre este salário-mínimo que, pelo menos em tese, garante ao trabalhador e a sua família o mínimo necessário a subsistência.

É sabido que o valor do salário-mínimo atual não é nem de perto suficiente para garantir o que constitucionalmente deveria ser assegurado por ele. Daí visualizarmos que a definição dada pelo legislador sobre a miserabilidade foi por demais excessiva, levando-se ao questionamento referente à base empírica utilizada pelo mesmo para a escolha da fração de $\frac{1}{4}$.

Pode-se concluir que o legislador não se preocupou com o quanto o valor do salário-mínimo é suficiente para atender as necessidades do trabalhador e de sua família, tornando a linha de pobreza severamente achatada.

4.2.2 Sobre o Valor de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo

Por ser objeto de demasiadas críticas, o valor que fixa a miserabilidade em $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo torna-se o elemento central do estudo a partir de agora.

É tão visível e inegável o absurdo deste critério que somente na Câmara dos Deputados há 20 projetos de lei que visam à majoração do valor (PL ns. 738, 883, 1.063, 1.143, 1.123, 1.451, 1.519, 1.477, 1.527, 1.828, 1.743, 3.108, 3.197, 2.706, 2.712, 3.459, 463, 788 e 1.463 – todos tramitando em apenso ao PL nº 3.055/99). Entretanto até então não houve qualquer correção legislativa.

Conforme visto anteriormente, o valor atual do salário-mínimo não atende o que a Constituição Federal determinou como necessário para uma vida digna. Entretanto, como se já não fosse suficiente a alegação de que a família que vive com tal salário necessita de amparo, o legislador reduziu por demais o limite necessário ao benefício.

Pois bem, se analisarmos outros benefícios assistenciais de caráter financeiro, todos instituídos posteriormente ao BPC, veremos que há verdadeira discrepância de valores relacionados à renda *per capita*, de modo que os mesmos tratam a miserabilidade de forma mais branda.

Como exemplos citamos: o Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) regulamentado pela Portaria nº 458 do Ministério da Previdência e Assistência Social, de 4 de outubro de 2001, que estabelece suas diretrizes e normas; o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA) instituído pela Lei nº 10.659/03; além do Programa de Garantia de Renda Mínima (PGRM) instituído pela Lei nº 9.533/97. Todos eles devidos às famílias que comprovem renda *per capita* inferior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo.

Através desta comparação torna-se ainda mais evidente a rigidez excessiva para considerar alguém hipossuficiente para o benefício assistencial, de modo que os outros instrumentos assistenciais entendem a miserabilidade de uma forma mais realista.

Nas palavras de Carlos Gustavo Moimaz Marques (2009, pag. 124-125) em relação a estes instrumentos:

“Não se justifica, ante a identidade comum entre todos eles, o tratamento diferenciado da definição de miserabilidade [...]

Nunca é demais observar que os direitos sociais remetem a um conceito de liberdade configurado a partir da igualdade. Quebrar o

espírito isonômico é quebrar toda a sistemática defendida pelo sistema de seguridade social.”

Trata-se então de verdadeira afronta a sociedade que confia no amparo dado pela seguridade social, em especial a assistência social, e principalmente ao disposto nos princípios que norteiam todo esse sistema.

Atualmente, a Câmara dos Deputados analisa o Projeto de Lei 117/11, do deputado Hugo Leal (PSC-RJ), que aumenta para meio salário-mínimo a renda familiar *per capita*, sendo este sim, verdadeiro avanço capaz de atenuar os problemas gerados por esta diferenciação de valores, passando a abranger um número maior de brasileiros.

4.2.3 Sobre a Atuação do Poder Judiciário Quanto ao Critério Renda

Evidenciou-se até aqui ser válida a defesa de que o critério renda em comento colide com os preceitos defendidos constitucionalmente, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana.

O excessivo achatamento dado pelo § 3º do artigo 20 da tão citada Lei nº 8.742/93, quando comparado com outros instrumentos assistenciais de transferência de renda, revela a real falta de isonomia existente entre os critérios definidores de hipossuficiência, levando aqueles que se vêem prejudicados e necessitados a buscar as vias judiciais para auferir seu direito já resguardado.

Neste tópico iremos adentrar no estudo da atuação e do posicionamento do Poder Judiciário quanto ao benefício, sendo o foco o critério renda.

4.2.3.1 Da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN n ° 1.232-1-DF

Em conformidade com o dito anteriormente, é sabido que o benefício assistencial é assegurado constitucionalmente pela norma disposta no artigo 203, inciso V da CF/88, sendo que lei ordinária posterior trataria de sua regulamentação.

Coube, portanto a Lei nº 8.742/93 (LOAS) este dever, de modo que o seu artigo 20, § 3º nasceu trazendo consigo a polêmica inerente ao critério definidor da hipossuficiência, qual seja, o da renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo.

Justamente este critério, elencado dentre outros da Lei nº 8.742/93 (LOAS), teve sua constitucionalidade questionada através de Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1.232-1-DF, ajuizada pelo Procurador-Geral da República da época.

O Supremo Tribunal Federal- STF entendeu por improcedente a argumentação constante da ADIN, conforme a ementa e o extrato de ata que se segue:

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

EXTRATO DE ATA:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.232-1

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR PARA ACÓRDÃO: MIN. NELSON JOBIM

REQTE. : PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA

REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

DECISÃO: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, vencidos, em parte, os Srs. Ministros Ilmar Galvão (Relator) e Néri da Silveira, que emprestavam à norma objeto da causa interpretação conforme a Constituição, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votou o Presidente. Redigirá o acórdão o Sr. Ministro Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Marco Aurélio, Sydney Sanches e Celso de Mello, Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente. Plenário, 27.08.98.”

A intenção inicial da ADIN era dar uma interpretação mais ampla da Lei, de modo que outras formas possíveis de comprovação da miserabilidade não fossem afastadas, estabelecendo pelo menos que aquele critério referente à renda servisse de base para a aferição de miserabilidade, não sendo tão taxativa a necessidade de preenchimento do valor impugnado.

Contudo, o STF entendeu apenas que a LOAS era suficiente e legítima para definir o critério de miserabilidade entendendo para tanto que a norma constitucional não era auto-executável, cabendo a legislação infraconstitucional sua regulamentação incluindo também estabelecer o critério em comento.

Pelo entendimento desta ADIN dado pelo STF, restou total liberdade dada ao legislador ordinário na definição dos parâmetros que o mesmo julgasse adequados.

4.2.3.2 Dos Julgados Sobre o Tema e o Ativismo Judicial

O limite fixado em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo pelo próprio legislador é sem dúvida um dos tópicos mais polêmicos envolvendo o benefício assistencial que, apesar da fundamentação teórica, exposta até aqui, abrangendo alguns princípios fundamentais, ainda não resta resolvido por parte do legislador.

Via judicial, é sabida a possibilidade de intervenção para declarar a inconstitucionalidade de um texto infraconstitucional, seja incidentalmente ou de ofício. A Constituição Federal é responsável por definir os instrumentos processuais necessários para tal objetivo. Nas palavras de Moimaz Marques (2009, p. 124):

“no que diz respeito a questões envolvendo os direitos sociais prestacionais, o próprio sistema constitucional elenca os instrumentos processuais específicos para este intento, que são: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (no caso, omissão parcial) e o mandado de injunção”.

Pois bem, como dito anteriormente, justamente através da provocação do judiciário ante o órgão supremo, o STF, via Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1.232-1-DF, ainda assim não restou resolvida a polêmica, sendo declarada a constitucionalidade do dispositivo limitador do benefício.

Em julgado posterior do próprio STF quanto à matéria, manteve-se a constitucionalidade do dispositivo, entretanto abriu-se brecha para a atuação dos demais tribunais e juízes para que se pudesse comprovar a miserabilidade das partes por outros meios de prova. Eis parte do voto do Ministro Gilmar Mendes, afirmando que:

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

Este também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que conclui:

"Lei n. 8.742/93, art. 20, § 3º, regulamentando a norma da CF, art. 203, V, quis apenas definir que a renda familiar inferior a ¼ do salário-mínimo é, objetivamente considerada, insuficiente para a subsistência do idoso ou portador de deficiência; **tal regra não afasta, no caso em concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado** (REsp 223.603/SP, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ 21.2.2000)" (grifo nosso)

É certo que por estes entendimentos, que dão brecha ao aplicador do direito para buscar a resolução do caso concreto, busca-se abrandar a rigidez excessiva do critério discutido. Entretanto o mesmo entendimento aquece outro ponto controvertido referente ao ativismo judicial e a quebra de igualdade na concessão do benefício.

Quanto ao ativismo judicial, este é objeto de atuação constante do Poder Judiciário e motivo de grandes debates. Tem por essência justamente a omissão legislativa, levando o aplicador do direito a assumir este papel. Na definição de Luis Roberto Barroso (2009):

"O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

[...]

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

O fato controverso inerente ao ativismo judicial refere-se à adoção da função de legislador por parte do aplicador do direito, pois este, ao buscar outros meios de prova para auferir a situação de miserabilidade quanto à necessidade da parte para o benefício assistencial, estará legislando para aquele caso concreto, por dar uma interpretação extensiva aos requisitos objetivos delimitados pelo legislador ordinário.

Como conseqüência desse ativismo, resta quebrada a isonomia que deveria ser assegurada quanto ao benefício assistencial, pelo fato de que cada aplicador do direito tem uma visão diferente sobre a situação de hipossuficiência. Uns com uma visão mais branda, outros com uma visão mais próxima do definido na Lei nº 8.742/93.

Para exemplificar esta quebra de igualdade quanto ao deferimento do benefício como conseqüência do ativismo judicial, citam-se os seguintes julgados do TRF/3ª Região.

Concedendo o benefício citam-se: Processo nº 2004.03.99.010833-0, reconheceu o direito ao benefício assistencial sendo que a autora residia junto a seu marido, aposentado, com renda de um salário-mínimo, seu filho, vigia, com renda de R\$ 440,00 e sua filha, vendedora, com renda aproximada de R\$ 800,00, totalizando um total atual aproximado de R\$ 1.800,00. Atribuindo sobre este total o critério da renda *per capita*, esta seria de aproximadamente R\$ 450,00, bem superior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo; Processo nº 2002.61.84.000852-0 concedendo o benefício a interessado cuja renda *per capita* do grupo familiar, composta por 4 (quatro) pessoas, é de R\$ 1.002,00, maior que $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo; Processo nº 2007.03.00.064999-9 onde a renda familiar composta de 4 (quatro) pessoas, é de R\$ 1.143,69, também superior.

Já, em negativa, o mesmo Tribunal entendeu diferente nos seguintes processos: Processo nº 2001.61.23.000966-3 com núcleo familiar composto de 3 (três) pessoas com renda familiar total de R\$ 408,00; Processo nº 2007.03.00.081376-3 cuja família era composta por 3 (três) pessoas com renda de R\$ 568,03 no total; Processo nº 2007.03.99.020733-3 com núcleo familiar composto de 2 (duas) pessoas com renda total de R\$ 632,03.

Pela análise dos julgados acima, visualizamos a real consequência de atribuir-se ao aplicador do direito o papel de definidor de hipossuficiência econômica, pois cada julgador tem uma noção diferente, levando a ocorrência de absurdos, como àqueles mostrados acima, dentro de um mesmo Tribunal.

Nas palavras de Moimaz Marques (2009, p. 127):

“ao adotar a postura de legislador, o aplicador/intérprete substitui o juízo de valor político e econômico do Legislador, imprimindo ao caso o seu próprio critério de seletividade e distributividade, critério este que não lhe é afeto.

[...]

Acaba-se malferindo todo o sistema de seguridade social, visto que macula outros princípios constitucionais que se encontram no mesmo patamar daqueles supostamente protegidos, quais sejam a isonomia, a separação de poderes, a seletividade/distributividade e a própria universalidade buscada pelo sistema de seguridade social”.

Defende-se sempre que o critério discutido restringe por demais o acesso dos menos favorecidos ao benefício assistencial, tendo em vista o que dispõe o princípio da dignidade da pessoa humana cumulado com outros princípios. Entretanto ao atribuir-se o poder de definição de hipossuficiência ao aplicador do direito, existe seria afronta a outros princípios constitucionais, como dito pelo autor acima.

A própria Constituição Federal, no artigo 203, V, cuida da exclusividade dada ao Poder Legislativo quanto à tarefa de regulamentar as hipóteses de incidência da prestação assistencial, não sendo então o papel do Poder Judiciário dar uma interpretação extensiva.

Foi dito anteriormente que o Texto Constitucional também se encarregou de definir quais os instrumentos hábeis para aferir a compatibilidade do fato aos princípios constitucionais e às leis: a ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção.

É justamente através destes instrumentos que se entende que o Poder Judiciário poderia cumprir o seu papel, sem que para isso assumisse a posição que não é sua, de legislador do caso concreto evitando-se a quebra de isonomia dos direitos sociais.

Quanto a isso, o Ministro do STF Gilmar Mendes quando do julgamento da tutela liminar na Reclamação nº 4.374/PE, já mencionada anteriormente, após entender sobre a possibilidade de buscarem-se outros meios de prova para aferir a

miserabilidade, observou o seguinte quanto à possibilidade de interposição de nova ação direta de inconstitucionalidade sobre o tema:

“Ao meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da lei n. 8.742/93.”

Destarte tudo o exposto, percebe-se que os poderes Legislativo e Judiciário, já extrapolaram do tempo para corrigir o que erroneamente foi definido no § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93. Cabe, portanto, *a priori*, ao Poder Judiciário via ação direta de inconstitucionalidade encerrar a divergência dos próprios tribunais quanto à constitucionalidade do dispositivo e, posteriormente a esta interpretação, fazer valer a função outorgada constitucionalmente pelo artigo 203, V, ao Poder Legislativo para que este faça a correção legislativa adequada e necessária.

5 CONCLUSÃO

A Assistência Social foi assegurada na Constituição Federal como política pública e direito fundamental, elencada dentre os direitos sociais. A própria CF/88 atribuiu poderes para o legislador infraconstitucional regulamentar a organização e a forma de prestação da Assistência Social, donde nasceu a LOAS (Lei Orgânica da Assistência Social), a Lei nº 8.742/93.

A Constituição Federal ainda garantiu a prestação por parte do Estado de um auxílio de um salário mínimo àqueles que não possuíssem condições de auferir com a própria manutenção, elencando-se como detentores desse direito o portador de deficiência e o idoso.

Através da garantia desse auxílio, entra em cena o Benefício Assistencial de Prestação Continuada – o BPC – objeto principal deste estudo, sendo este benefício assistencial o responsável por inúmeras controvérsias jurídicas.

Durante este estudo, nos preocupamos em localizar a Assistência Social dentro do campo da Seguridade Social, atribuindo o real valor de direito social constitucionalmente protegido, valor este inerente aos respectivos institutos.

Adentrando no estudo do benefício assistencial, percebemos que o seu funcionamento é bem elaborado tendo em vista o caráter não-contributivo da Assistência Social, sendo que neste sentido o BPC torna-se objeto de amparo de poucos, apenas daqueles rigorosamente selecionados pelo legislador.

Nesta seara, tivemos uma noção inicial do quanto à exigência insculpida no dispositivo legal é severa e limitadora, sendo esta a porta de entrada para o estudo desenvolvido no último capítulo.

Especificamente, nos voltamos ao estudo de algumas celeumas que envolvem este direito social, objetos de profundas pesquisas por parte da doutrina e de verdadeiros desafios jurídicos e legislativos.

Em sendo assim no último capítulo vimos inicialmente à questão que envolve a concessão do benefício assistencial ao estrangeiro, sendo este não-naturalizado, onde constatamos que a Lei nº. 8.742/93 não operou qualquer restrição em seu texto quanto ao mesmo, sendo esta tarefa do Decreto n.º 6.214/07 que, pelo que foi exposto, violou a Constituição Federal, não sendo possível elencar esta restrição a figura do estrangeiro.

Corroborando com este entendimento viu-se alguns julgados que apontam um progresso quanto à possibilidade que envolve o tema sobre a concessão do benefício, de modo que a análise de cada caso revela também a necessidade de uma análise na legislação sobre o assunto, creditando tais entendimentos a superioridade do direito à vida e a dignidade da pessoa humana sobre qualquer outro aspecto limitador.

O segundo tema vislumbrado referiu-se ao critério renda *per capita* familiar, responsável por delimitar o conceito de miserabilidade para o BPC e de limitar drasticamente o acesso dos que realmente necessitam do benefício.

A crítica referente a este critério limitador fez-se inicialmente através do entendimento de mínimo existencial e sua garantia via princípio da dignidade humana. A partir de então, pudemos entender o quão o valor atribuído – ¼ do salário-mínimo vigente – é insuficiente para atender as necessidades humanas, sendo este classificador de uma miserabilidade extrema, muito além do suficiente para que um ser humano entenda-se como necessitado.

Sendo este o entendimento esmagador da doutrina, buscamos a análise de alguns julgados envolvendo o tema, visualizando-se o entendimento dos Tribunais nacionais. Eis que surge ponto relevante, na discussão referente ao ativismo judicial.

Com tudo o exposto neste trabalho monográfico, entendemos pela existência de verdadeira omissão legislativa e profunda e inadequada interferência do Poder Judiciário nos casos concretos aqui apresentados, de modo que este ativismo judicial, que outrora seria método de correção, evidencia-se como ferramenta inadequada para a solução do problema que aqui se envolve.

Em conclusão, por tudo o averiguado no presente estudo, envolvendo a política assistencial e as celeumas abordadas – quanto ao estrangeiro e ao critério renda *per capita* familiar – entendemos que, apesar de inegável o avanço da Assistência Social como garantidora de direitos fundamentais e ferramenta de inclusão social, muito ainda há que ser trabalhado em especial pelo Poder Legislativo.

Ao Poder Judiciário sempre deve persistir o dever de analisar o caso concreto que a ele seja apresentado, entretanto, ao mesmo deve ser cobrado o dever de interferir, ante a omissão legislativa, da forma mais correta possível e através das ferramentas necessárias, com o verdadeiro intuito de evitar-se o errôneo ativismo judicial e impulsionar as correções legislativas que se fazem necessárias para que

se assegurem os direitos fundamentais individuais e sociais inerentes a política de Assistência Social.

REFERENCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Benefícios previdenciários**. 4ª ed. rev. e atual. com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**, artigo disponível em <http://www.migalhas.com.br>, acesso em 10 de março de 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 1988.

_____. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**.

_____. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. **Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências**.

_____. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. **Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências**.

_____. Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974. **Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências**.

_____. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. **Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências**.

_____. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.**

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências.**

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências.**

_____. Lei nº 9.533, de 10 de dezembro de 1997. **Autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.**

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências.**

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.232-1-DF sobre o Benefício de prestação continuada. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 02 de março de 2011.

_____. Turma Nacional de Uniformização. Processo nº 2007.83.03.501412-5 – PE. Sobre Benefício Assistencial (Art. 203,V CF/88) - Benefícios em Espécie - Direito Previdenciário. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 10 de março de 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 14ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DIAS, Eduardo Rocha e MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: Método, 2008.

FORTES, Simone Barbisan. PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: Prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Manual de Direito Previdenciário**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 6ª Ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

MADEIRA, Danilo Cruz. **O benefício assistencial (LOAS) ao portador de deficiência menor de 14 anos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2735, 27 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18114>>. Acesso em: 8 fev. 2011.

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.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: LTR, 1992.

_____. **Princípios de direito previdenciário**. 4 ed. São Paulo: LTR, 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2008

MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da seguridade social: direito previdenciário, infelizmente, assistência social e saúde**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.276.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORO, Sergio Fernando. **"Benefício da Assistência Social como Direito Fundamental"**, Boletim dos Procuradores da República, 2001.

PORTUGAL. Lei n.º 32/2002 de 20 de Dezembro. **Aprova as bases da segurança social**.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

ROCHA, Daniel Machado da. **Temas atuais e direito previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SIMÕES, Carlos. **Curso de direito do serviço social**. 3ª Ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Maria Lúcia Lopes da. **Benefício de prestação continuada da lei orgânica de assistência social: impacto e significado social**. São Paulo: Cortez Editora, 2004.