

A efetivação dos direitos sociais assistenciais a partir da intervenção proativa do poder judiciário

José Ricardo Caetano Costa*
Fernando Amaral**

Introdução

Podemos afirmar, inicialmente, que a Assistência Social no Brasil esteve intimamente ligada à concepção de beneficência, benesse, esmola, amparo, entre outros tantos adjetivos.

Quiçá por isso podemos compreender porque foram as atividades beneficentes as responsáveis pela distribuição dos auxílios aos mais necessitados, papel este exercido, inicialmente, pelas Primeiras-Damas que assumiram as coordenações da Legião Brasileira de Assistência nos mais diversos níveis (Municipal, Estadual e Federal). Assim como podemos compreender um certo sentimento piegas herdado de uma concepção de Assistência Social atrelada à Igreja Católica, cuja missão era distribuir

* Mestre em Direito Público (UNISINOS), Doutor em Serviço Social (PUCRS), Pós-doutor em Educação Ambiental (FURG), Advogado Previdenciário e Coordenador. Pesquisador do CEPESS – Centro de Estudos e Pesquisas em Seguridade Social. Professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Rio Grande (FURG). E-mail: jrcc.pel@gmail.com

** Professor-substituto na Universidade Federal do Rio Grande (FURG) – Especialista em Direito Público pela Escola Verbo Jurídico (Porto Alegre/RS); Pesquisador do CNPQ; Advogado; nandoamaral@gmail.com

benesses, conformando uma ideia de misericórdia, compaixão e compadecimento para com os mais pobres.

Não há dúvidas que a Constituição Federal de 1988 quebra esse paradigma, concebendo a Assistência Social como parte integrante da Seguridade Social (art. 194 da CF/88), o que vale dizer, em outras palavras, que está, juntamente com a Previdência e a Saúde, são espécies do gênero Seguridade Social.

Parece-nos que isso não é pouco, rompendo com a lógica acima referida. Trata-se, agora, de conceber e inserir os direitos assistenciais no catálogo dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais.

De outro modo, para efetivar e otimizar os direitos sociais assistenciais, dando eficácia a estes direitos, é necessário que se faça cumprir a Constituição, seja pela via legislativa ou pela iniciativa do executivo, seja pela ação proativa do Judiciário.

A questão do único benefício de prestação continuada (BPC) da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 9.874/93) é emblemática para exemplificar o que aqui pretendemos desenvolver. Vejamos. A CF/88 assegurou, em seu art. 203, V, o benefício de um salário mínimo às pessoas portadoras de deficiências e aos idosos (atualmente com 65 anos ou mais). Registre-se que a CF/88 foi promulgada à 05/10/88 e a Lei da Assistência Social somente veio a lume em 1993 (Lei nº 8.742/93), e seu único benefício pecuniário foi implantado a partir de 1996, com um déficit de oito anos.

Esse longo percurso, entre a vigência da CF/88 e da promulgação da LOAS, demonstra a má vontade e falta de interesse em cumprir o preceito Constitucional, conforme veremos no percurso do presente trabalho.

Interessa-nos refletir, neste passo, os critérios utilizados pela administração do seguro social (INSS), no que respeita aos critérios da deficiência e da renda familiar como autorizativas,

respectivamente, para concessão do BPC por incapacidade ou por idade.

Por fim, interessa-nos ainda investigar qual está sendo o papel do Judiciário na apreciação dos casos concretos e nas decisões dele emanadas, mormente quando a eficácia e concretização dos preceitos constitucionais relacionados à Assistência Social, encontram guarida pela posição proativa e criadora deste.

I – Gênese e Legado dos Direitos Sociais Assistenciais

Na nossa compreensão a "Poor Law", denominada "Lei dos Pobres", ocorrida no berço da Revolução Industrial, a Inglaterra, em 1601, passa a definir um marco do que hoje concebemos como Direitos Assistenciais.

Para fazer essa análise nos centramos basicamente na obra de Karl Polanyi, denominada "A grande transformação", cujo título próprio sugere a dimensão desse período como marco divisor de uma época.

Neste passo, tentaremos analisar os dois momentos que marcaram os direitos sociais assistenciais no mundo ocidental: A *Poor Law* de 1601 e a *Poor Law Reform*, de 1834. Ainda nesse contexto, busca-se analisar a *Speenhamland* (1795 a 1834), sendo esta, segundo Polanyi (2000), as origens de nossa época.

Este primeiro marco dos Direitos Assistenciais, trazido pela Lei dos Pobres ou lei elisabetana, como restou conhecido, somente pode ser compreendido dentro do contexto do capitalismo inicial, representando pela Revolução Industrial (Inglaterra, fins do século XVIII). Isso porque o capitalismo trouxe mudanças brutais no modo de vida das pessoas: a nova ordem capitalista subverteu as relações pessoais e sociais desta época. O capitalismo que ia se configurando passou a gerar inúmeros problemas sociais à nova classe trabalhadora que se configurada: fome, doenças, precarização entre outros.

É nesse contexto que foi editada a Lei dos Pobres de 1601, como uma tentativa de amenizar a questão social que se apresentava. Segundo esta lei, revogada a partir de 1834 pela Nova Lei dos Pobres, a Assistência Social tinha uma configuração de política privada, ligada às paróquias. Consistia, pois, na arrecadação das paróquias de impostos e taxas para subsidiar os pobres e necessitados. Este sistema concedia auxílios pecuniários aos inválidos (crianças, idosos e deficientes) e aos pobres considerados válidos, em troca do subsídio, buscava trabalho a esse contingente cada vez mais crescente, diante dos efeitos deletérios da Revolução Industrial. A mendicância, por sua vez, "era severamente punida e a vagabundagem era uma ofensa capital em caso de reincidência" (POLANYI, 2000, p. 98).

Ainda na *Poor Law* de 1601, foram organizadas as denominadas "casas de trabalho", as *Workhouses*, embrionárias dos asilos. A Assistência era localizada por região, o que passou a criar um problema pela mobilidade dos necessitados que buscavam as paróquias com melhores condições econômicas. Essa prática ficou proibida a partir do *Act of Settlement* (Ato de Domicílio), de 1662, que "proibia às paróquias de se livrarem dos seus pobres, obrigando esses mesmos pobres a não se mudarem de domicílio" (ROSANVALLON, 1984, p. 112). Por outro lado, essa lei entrava em choque e em contradição com a necessidade trazida pelo capitalismo nesse período, qual seja, a de uma mão de obra abundante, móvel e flexível, cuja exigência de um mercado supostamente livre e autorregulável preconizava.

Parece-nos que Marschall resume bem esse momento emblemático dos Direitos Sociais Assistenciais quando afirma que a Lei dos Pobres elisabetana pode ser compreendida como "um item num amplo programa de planejamento econômico, cujo objetivo geral não era criar uma mudança essencial", segundo aponta, ela foi um "meio de aliviar a pobreza e

suprimir a vadiagem" (MARSHALL, 1967, p. 71).

Na "Poor Law" de 1834, segundo Marshall, os direitos sociais passaram de existir e seus antigos usuários passaram a ser tratados como indigentes (MARSHALL, 1967, p. 72). Percebe-se, segundo as análises de Marshall, autor este que estudou, assim como Polanyi, profundamente esse período histórico, que esta concepção trazida por esta segunda Lei dos Pobres passou a delinear o que modernamente concebeu-se como Assistência Social.

Com efeito, segunda esta Lei, as reivindicações poderiam ser atendidas somente se os seus usuários deixassem de ser cidadãos, o que equivale dizer que "tinha 'direito' à Assistência quem renunciasse absolutamente a quaisquer direitos." (SCHONS, 1999, p. 73).

Esta mudança trazida pela nova "Poor Law", de 1834, somente pode ser entendida se compreendido o processo de movimento dialético do capitalismo emergente com a Revolução Industrial que se desencadeava. Não havia como conciliar os interesses do livre mercado com um sistema intervencionista, como o existente na primeira Lei dos Pobres. É necessário, neste novo momento histórico, o livre movimento dos trabalhadores em potencial, com a criação de uma nova classe trabalhadora. É justamente por isso que Polanyi afirma que a *Speenhamland* (1795 a 1834, quando a nova "Poor Law" revogou a primeira Lei), designa o fim de uma época e o começo de outra.

Selma Maria Schons faz uma análise digna de nota e destaque, em relação a essas duas Leis dos Pobres. Vejamos:

"Enfim, esse período mostra-nos ainda como um mecanismo de Assistência esteve presente no retardamento do mento do processo como um todo, processo esse que, logicamente, a partir da economia de mercado, estava por se afirmar. Por outro lado, mostra-nos também como a lei da Assistência aos pobres de 1601 – basicamente uma Assistência de vizinhos e 'paroquial' (Work houses) e a mendicância é passível, de punição – é

retomada na Nova Lei dos Pobres de 1834, embora já sob o prisma de uma Assistência Pública, limitando-se aos que abdicaram de quaisquer outros direitos. A Assistência desse período que tem o estigma de ser para aqueles que desistiram de lutar, ou seja, é uma Assistência para doentes, velhos e/ou para preguiçosos."(SCHONS, 1999, p. 74)

Por ser, acreditamos, nesse contexto que nascem os direitos sociais Assistenciais, é que acreditamos ser imprescindível essas reflexões, que sobremaneira norteiam estes direitos na modernidade.

II – Assistência Social e Assistencialismo no Brasil

A Assistência Social no Brasil sempre esteve atrelada a uma concepção de bem-estar e de assistencialismo, não de Direito Social, quicá pelo legado trazido pelas Leis dos Pobres, conforme visto no item anterior. Tanto é que o nascedouro dos auxílios aos pobres, no Brasil, esteve vinculado, historicamente, com a filantropia religiosa, num primeiro momento, e aos cuidados de instituições públicas, mas com gestão privadas, como é o caso da LBA.

Como efeito, “a LBA tem origem na mobilização do trabalho civil, feminino e de elite, em apoio ao esforço nacional representado pela entrada do Brasil na II Guerra Mundial, através da prestação de serviços assistenciais às famílias dos convocados.” (SPOSATI; FALÇÃO; FLEURY, 1989, p. 63)

A gestão da LBA era privatista porque seu cargo maior geralmente era ocupado pelas primeiras-damas, não havendo nenhum critério técnico para definir as prioridades e a gestão dos recursos.

Se o Estado brasileiro, até 1920, não intervinha nas relações de trabalho e, igualmente, nos Direitos Sociais em geral, a partir de 1930, com Vargas, o Estado entra em conflito com a oligarquia liberal, apontando novas perspectivas (MENDONÇA, 2009, p. 133/134). Ocorre que, ao inverso da perspectiva marshalliana, os direitos sociais, no Brasil,

antecedem aos direitos políticos. Nesse sentido, portanto, é que compreende-se a denominada "cidadania regulada" ou tutelada pelo Estado. A herança varguista, com efeito, é prova dessa constatação¹.

Por outro lado, ampla parcela da população, representada pelos trabalhadores rurais, autônomos, empregados domésticos, desempregados e subempregados, permaneceram alijados de qualquer proteção social (COSTA, 2010).

Nesse sentido, podemos afirmar que, no Brasil, os Direitos Sociais como um todo estão vinculados às classes sociais determinadas: foi desse modo quando da criação das Caixas de Aposentadorias (CAP's), na década de 20, buscavam "proteger uma das categorias mais mobilizadas, a dos ferroviários" (COHN, 1980, p. 20), enquanto os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP's), que as sucederam, na década seguinte, também eram organizações por categorias profissionais (COSTA, 2011, p. 34).

Muito embora tenhamos, com a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), de 1960, algum avanço em termos de unificação dos direitos sociais, mediante a unificação dos seis maiores Institutos então vigentes, ainda assim restaram excluídos os trabalhadores rurais, os domésticos e os trabalhadores na informalidade.²

¹ Esta herança varguista é singular para demonstrar essa regulação dos movimentos sociais: sindicatos tutelados e atrelados ao governo; verticalização das políticas sociais; normatização e regulação dos conflitos através do Judiciário, por intermédio da Justiça do Trabalho; enfim, regulação das relações sociais com alienação da classe trabalhadora em um capitalismo industrial ainda incipiente, mas que precisava dessa estrutura para se desenvolver.

² Frise-se que, no caso dos trabalhadores rurais, a extensão dos direitos sociais a essa gama imensa de trabalhadores, que representava a maior parcela da força de trabalho ativa em 1960, as oligarquias rurais não permitiram a participação dos rurícolas nesses direitos sociais. (COUTO, 2006, p. 113). Na verdade esse processo de exclusão, em relação aos

Com efeito, se os Direitos Sociais relativos à Previdência Social foram concedidos, no Estado brasileiro, aos trabalhadores formalmente reconhecidos profissionalmente - não sendo a esmo que a instituição da Carteira de Trabalho servia como um passaporte para a obtenção destes direitos, no caso da Assistência Social a condição é diferente: "para os excluídos do processo, foi reservado o espaço da filantropia da assistência social para ajudá-los a sobreviver à miséria" (MENDONÇA, 2009, p. 178). A Assistência Social, nesse viés, "segue um caminho marginal, descentralizado, mediante a articulação do Estado com a filantropia privada responsável pelos despossuídos dos atributos da cidadania." (MENDONÇA, idem, ibidem).

Essa concepção de Direito Social, conforme analisada, deverá ter outro rumo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, fruto de longo embate entre as forças sociais que a conceberam.

III – A Assistência Social enquanto Direito Fundamental a partir da CF/88

Elevada como uma das pilastras da Seguridade Social pela Constituição Federal de 1988, juntamente com a Saúde e Previdência, a Assistência Social passa a ser compreendida como direito fundamental. Se trata, portanto, de significativo avanço no sentido de conceber os direitos sociais assistenciais como direitos os quais os sujeitos políticos, desprovidos dos denominados mínimos sociais, possuem a prerrogativa de disporem de um salário mínimo do qual possam garantir um mínimo de dignidade em meio ao capitalismo selvagem em que vivemos.

Observamos, por outro lado, que não basta a CF/88 ter

trabalhadores do campo, foi amenizado somente com a Carta Maior de 1988. Isso porque, até abril de 1991, os aposentados rurais ainda permaneciam recebendo a metade do salário mínimo e as pensionistas, desses trabalhadores, recebiam somente 30% do SM em seus proventos.

assegurado esse direito. Prova disso é o fato de a LOAS ter sido promulgada somente em 1993, praticamente cinco anos após a promulgação da CF/88, e seu único benefício de prestação continuada somente passar a vigor a partir de 1996.

Como se não bastasse, o critério da renda mensal “per capita” inferior a ¼ do SM legal, conforme exposto no art. 20, § 3º, bem como os critérios de deficiência, expostos no artigo 20, § 2º, ambos da Lei 8.742/93, passaram a restringir mais ainda a possibilidade da concessão destes direitos.

São estas as questões que passamos a examinar no item subsequente.

IV – Critérios para Caracterização dos Beneficiários do BPC da LOAS: miséria, pobreza e necessidade

Pela redação dada ao artigo 203, da CF/88, a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar. O critério utilizado pelo legislador constituinte é o da necessidade.

O INSS, órgão gestor do seguro social, que realiza a triagem, concessão, manutenção e pagamento do Benefício Assistencial, passou a exigir como requisito social a miserabilidade como requisito para a concessão deste benefício.

A Autarquia Previdenciária interpreta literalmente o disposto no § 3º da Lei nº 8742/93 que assim refere: "considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo."

A distância que separa os conceitos de “necessidade” e os da “miserabilidade” é por demais gritante. Se é correto afirmarmos que todo o miserável é necessitado, a recíproca nem sempre é verdadeira. Isso porque, segundo critério utilizado por Márcio Pochmann, miserável é aquele que percebe menos que 25% do salário mínimo como renda *per capita* (PORCHMANN, 2012, p. 22-24)

Não podemos crer que a política de assistência social no Brasil possa considerar somente como beneficiário do Benefício Assistencial quem está abaixo da linha da pobreza, traduzindo, aqueles que estão na miséria absoluta.

Aceitar esse referencial é ferir de morte o direito social assistencial consagrado no art. 203, da Constituição Federal de 1988, que assim preconiza: “a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social...” Isso porque “a Constituição fala em necessidade, mas não exige um estado de miséria para a concessão deste benefício” (SAVARIS, 2009, p. 319).

Esse critério nefasto que elege a miséria como requisito para a concessão do benefício assistencial reforça a concepção, historicamente constatada, de que a assistência social deve se concebida como auxílio aos miseráveis. O mesmo fato explica porque a Assistência Social foi a última das políticas do gênero seguridade social a ser regulamentada.

Prova disso são os dados que traduzem, no ano de 2011, um total de 155.725 benefícios requeridos, por idade, havendo somente a concessão de 64.136, menos da metade dos requeridos.

Podemos constatar, nesse sentido, que “há um generalizado desconhecimento da política de assistência social no Brasil. Guarda-se ainda o conceito presente no senso comum de que ela é benevolência da sociedade civil solidarista ou do Estado para com os pobres.” (SPOSATI; FALCÃO; FLEURY, 2006, p. 122).

Para constataremos o surrealismo do critério da renda *per capita* utilizado como parâmetro na concessão administrativo/burocrática do BPC da LOAS basta imaginarmos um exemplo que é bem comum: uma família de quatro pessoas, dentre as quais um é portador de deficiência, cuja renda única provem do trabalho de outro componente do grupo familiar, sendo que este percebe um salário mínimo como fruto de seu labor. A concessão do BPC, sob o ponto de vista administrativo,

resta indeferido sob o argumento de que a renda familiar ultrapassa ao critério restritivo previsto na Lei nº 8742/93.

Ninguém duvida, pois, que esta família encontra-se em estado de vulnerabilidade social, estando abaixo da linha da pobreza, conforme critério já acenado.

A luta para que o BPC da Assistência Social passe a integrar o rol dos direitos a que os cidadãos, até mesmo para que alcancem essa condição fática, perpassa pela análise do critério ora utilizado pelo INSS.

No julgamento da Adin nº 1.232 o STF teve a oportunidade histórica de reparar o equívoco no que respeita esse critério da renda *per capita*, quedando-se omissos.

Na verdade o STF recusou-se de apreciar a constitucionalidade ou não do critério previsto na Lei nº 8742/93, alegando que cabe à legislação ordinária fixar quais serão os critérios da política assistencial. As fundamentações dos votos do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Ellen Gracie, por sua vez, levantam como fundamento a incapacidade do Estado para arcar com os custos de eventual elevação do número de beneficiários do BPC da LOAS.

Em contrapartida, em outros julgamentos que se seguiram, a Corte Máxima readequou seu posicionamento no sentido de alargar o critério da renda familiar utilizada pela burocracia estatal.

Vejamos:

RECURSO. Extraordinário. Benefício de Prestação Continuada. Art. 203, V, da CF/88. Critério objetivo para concessão de benefício. Art.20,§ 3º, da Lei nº 8.742/93 c.c. art. 34, § único, da Lei nº 10.741/2003. Violação ao entendimento adotado no julgamento da ADI nº 1.322/DF. Inexistência. Recurso extraordinário não provido. Não contraria o entendimento adotado pela Corte no julgamento da ADI nº 1.232/DF, a dedução da renda proveniente de benefício recebido por outro membro da entidade familiar (art. 34, § único, do Estatuto do Idoso), para fins de aferição

do critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (renda familiar mensal *per capita* inferior a ¼ do salário-mínimo). (RE 561936/Pr. – Relator Min. Cezar Peluso – 2ª Turma. DJE – 083 de 09-05-2008).

O Judiciário, por seu turno, além de excluir a renda de outro BPC da LOAS e, por analogia, de outro benefício que algum membro da unidade familiar perceba, também passou a utilizar como patamar de renda “per capita” meio salário mínimo.

A explicação desse valor repousa no fato de que os programas sociais, especialmente os de transferência de renda, a exemplo do “auxílio-gás”, aqueles oriundos do “fome zero”, do “bolsa-família”, fixarem como patamar o meio salário mínimo vigente.

Desse modo, enquanto a legislação ordinária não garantir a satisfação dos mínimos sociais através do direito social fundamental do benefício assistencial, o critério do meio salário mínimo acaba balizando as decisões judiciais, em notório avanço na efetivação deste direito.

Na verdade, podemos vindicar o seguinte critério: se os percipientes em potencial ao Benefício Assistencial da Lei Orgânica da Assistência Social tiverem uma renda familiar inferior ao ¼ do SM, fazem jus a este benefício automaticamente, sem que seja necessário laudo ou parecer socioeconômico. A prova é objetiva.

Caso contrário, se a renda for superior a esse patamar, deve ser analisado caso a caso, pois somente a realidade concreta poderá apontar se há ou não a necessidade do benefício para atender aos mínimos sociais existenciais dos cidadãos.

V – Controvérsias sobre a Deficiência: o desastroso sistema pericial previdenciário e sua incompetência na aferição da deficiência

A caracterização de “deficiência”, constante no art. 20, § 2º, da Lei nº 8742/93, reporta essa condição àqueles que

possuem incapacidade para o trabalho e para a vida independente. No seu artigo 1º, do Estatuto das Pessoas Portadoras de Deficiência, o qual o Brasil é signatário (Decreto Legislativo nº 186/08), é considerado deficiente aqueles que “têm impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.”

À luz desse Estatuto, que tem o “status” de Emenda Constitucional, deve ser repensado totalmente o conceito de deficiência que até então vem pautando as políticas sociais previdenciárias.

De outro modo, deve ser também analisado o burocrático e ineficiente sistema pericial a cargo do INSS, responsável pela triagem dos pretendentes ao Benefício Assistencial da Lei Orgânica da Assistência Social.

Como é sabido, além de não contar com um corpo de peritos detentores dos saberes nas mais diversas especialidades do conhecimento da medicina, a exemplo dos médicos psiquiatras que raramente transitam pelos corredores sombrios do Instituto Nacional do Seguro Social, a formação dos peritos não se coadunam com o espírito trazido pelo benefício de prestação continuada da Lei Orgânica da Assistência Social.

Ora, o médico perito, quando analisa os casos concretos, possui seus referencias pautados na incapacidade laboral dos segurados, ou seja, com a perspectiva do “mundo do trabalho”.

Não é isso, absolutamente, que deve nortear o Benefício Assistencial. Este tem outra natureza, totalmente diversa dos benefícios previdenciários de natureza contributiva.

Dessa equação resulta o desastre das perícias realizadas pelo INSS. Prova disso são os dados objetivos que encontramos em pesquisa dos benefícios requeridos e

concedidos referentes ao ano de 2011. Segundo aponta os dados do INSS, de um total de 430.959 requerimentos de portadores de deficiências, somente 286.973 foram concedidos. Analisando os motivos desses indeferimentos veremos que a principal causa é o não preenchimento do requisito “incapacidade para o trabalho e para a vida independente”, representando um total de 117.041 benefícios indeferidos nessa rubrica.

Outro dado significativo que extraímos dos dados obtidos do INSS é a quantidade dos benefícios aglomerados no tópico "renda familiar", correspondendo a 26.023 daqueles segurados cuja família é considerada "capaz de se manter", mais 36.452 cuja renda "per capita" foi igual ou superior a 1/4 do Salário Mínimo. Somados, teremos a quantia de 62.475. O número de pessoas que possuem deficiência temporária (quicá duradoura?), também é revelador, com um total de 55.590 benefícios indeferidos.

Frise-se que, embora tenham provado o exigente critério de deficiência, praticamente 36 mil pessoas ficaram sem este importante benefício, decorrente da renda familiar.

Outra questão importante é a não consideração dos critérios relacionados à incapacidade para o trabalho e para a vida independente quando se tratar de menor de idade (de zero a 16 anos). Isso porque resta presumida a incapacidade dos menores, não havendo que se falar em prova de incapacidade laboral. O próprio INSS já regulamentou essa questão por meio da Orientação Interna INSS/Dirben nº 61/02.

Com efeito, parece-nos que somente um trabalho interdisciplinar, que envolva os mais diversos profissionais (psicólogos, médicos, assistentes sociais, entre outros), poderá responder aos critérios de necessidade ao BPC da LOAS, tal como consta na CF/88, seja sob o ponto de vista da deficiência, seja em relação aos benefícios por idade.

VI – O Conceito de “família” na Perspectiva do Benefício Assistencial.

O conceito de família considerado para fins de concessão do Benefício Assistencial não poderia ser mais restritivo. Isso porque, segundo preceitua a Lei nº 9.720/98, é adotado o mesmo rol constante no art. 16 da Lei nº 8.213/91, qual seja os cônjuges, companheiros, filhos menores ou inválidos, pais dependentes e irmãos menores ou inválidos.

Mais uma vez um critério previdenciário norteia as políticas assistenciais. O resultado dessa equação é o desastre, com a perda da finalidade deste benefício.

Primeiramente, insta observarmos que todos os demais programas assistenciais e de transferência de renda esboçam um conceito diferente de família. Vejamos alguns deles:

- a) **BOLSA FAMÍLIA** = programa de transferência de renda destinado às famílias carentes, instituído pela Lei nº 10.836/04, cujo conceito de família pode ser compreendido como a unidade nuclear de pessoas com vínculos de parentesco ou de afinidade, que vivam sob o mesmo teto, configurando-se em um núcleo doméstico que sobrevive da renda de seus participantes.
- b) **BOLSA ESCOLA** = instituído pela Lei nº 10.219/01, destina-se igualmente às famílias carentes, buscando manter as crianças na escola. Neste caso, similar ao primeiro grupo citado, entende como família a unidade nuclear de indivíduos, parentes ou agregados, que formem o grupo doméstico e vivam sob o mesmo teto, cuja economia resulta do trabalho de todos.
- c) **BOLSA ALIMENTAÇÃO** = programa que visa o complemento da renda familiar, promovendo as condições de saúde das gestantes. Neste caso, família

é a unidade nuclear formada por pais e filhos, seja com laços de parentescos ou por afinidade, que vivem sob o mesmo teto, nos mesmos termos dos dois primeiros programas.

Disso resulta que a denominada "parentabilidade socioafetiva" resta prejudicada quando, nas classes menos favorecidas economicamente, é bastante comum os complexos e diferenciados núcleos familiares. Nestes, encontramos as mais variadas combinações socioafetivas e de laços parentais: um sobrinho deficiente, um menor agregado, outro enteado, os dois avós e um filho maior de idade, todos vivendo sob um mesmo teto em regime de mútuo auxílio.

Quando da apreciação dos critérios para concessão do Benefício Assistencial, tomando como exemplo o caso concreto acima descrito, quando dois dos componentes do grupo percebem um salário mínimo cada, o sobrinho deficiente não terá direito ao BPC da LOAS, muito embora esteja sobejamente provada a deficiência.

Na lição de Simone Barbisan Fortes, "não se podem desconsiderar outros parentes, como, por exemplo, filhos maiores e netos, e mesmo pessoas não vinculadas por consanguinidade ou afinidade, cuja parentalidade é dada a partir da afetividade o grupo, pois evidentemente fazem parte da família." (FORTES, 2009, p. 274/275).

VII – O Benefício Assistencial no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça

O benefício assistencial por estar previsto no texto constitucional não escapou da análise do STF para fins de sua efetividade.

Quanto a aplicabilidade do texto constitucional o STF sempre considerou quando instado que a norma constitucional que prevê o benefício assistencial (art. 203, V, da CF) era não autoaplicável. A posição da corte era de que este benefício

assistencial somente se tornou plenamente eficaz com a edição da Lei 8.742, de 7-12-93. Assim foram ementadas algumas decisões (grifo nosso):

"Previdenciário. Renda Mensal Vitalícia. Art. 203, V, da Constituição Federal. Dispositivo não auto-aplicável, eficácia após edição da Lei 8.742, de 7-12-93." (RE 401.127-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30-11-04, 2ª Turma, DJ de 17-12-04)

"Embargos recebidos para explicitar que o inc. V do art. 203 da CF tornou-se de eficácia plena com o advento da Lei 8.742/93." (RE 214.427-AgR-ED-ED, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 21-8-01, 2ª Turma, DJ de 5-10-01)

Pois bem, considerando estas decisões do STF como um apelo ao legislador este para dar eficácia plena ao texto constitucional elegeu o critério, como já destacamos, da renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo para que o indivíduo em estado de vulnerabilidade social seja considerado miserável fazendo jus, dessa forma, ao recebimento deste benefício assistencial.

Diante deste parâmetro de miserabilidade eleito pelo legislador ordinário o STF foi provocado para apreciar a constitucionalidade deste critério tarifado.

No julgamento da ADI nº 1.232 (DJ de 9-9-1998) o STF declarou constitucional por maioria a hipossuficiência tarifada do § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 mitigando a eficácia social da norma constitucional não dando, desta forma, a devida interpretação conforme do dispositivo legal à Constituição Federal. Ou seja, declarou a corte que o legislador ordinário não ultrapassou a sua liberdade de conformação nos parâmetros utilizados na LOAS na concessão deste benefício assistencial.

Este julgamento, em sede controle concentrado, foi paradigma para o STF manter esta posição restritiva nas

demais demandas que lhe chegavam pela via difusa de controle de constitucionalidade, a saber:

"É constitucional a insuficiência tarifada do § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 – visão da ilustrada maioria, em relação a qual guardo reserva, proclamada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232-1/DF." (AI 473.378-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 26-4-07, DJ de 24-8-07)

“Benefício de prestação continuada. Art. 203, V, da CF/88. Critério objetivo para concessão de benefício. Art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 c.c.art. 34, § único, da Lei n. 10.741/2003. Violação ao entendimento adotado no julgamento da ADI n. 1.232/DF. Inexistência. Recurso extraordinário não provido. Não contraria o entendimento adotado pela Corte no julgamento da ADI n. 1.232/DF, a dedução da renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar (art. 34, § único, do Estatuto do Idoso), para fins de aferição do critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 (renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo).” (RE 558.221, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento 15-4-08, 2ª Turma, DJE de 16-5-08).

"Previdência Social. Benefício assistencial. Lei n. 8.742/93. Necessitado. Deficiente físico. Renda familiar mensal per capita. Valor superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Concessão da verba. Inadmissibilidade. Ofensa à autoridade da decisão proferida na ADI n. 1.232. Liminar deferida em reclamação. Agravo improvido. Ofende a autoridade do acórdão do Supremo na ADI n. 1.232, a decisão que concede benefício assistencial a necessitado, cuja renda mensal familiar per capita supere o limite estabelecido pelo § 3º do art. 20 da Lei federal n. 8.742/93." (Rcl 4.427-MC-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 6-6-07, Plenário, DJ de 29-6-07)

Porém em 2013 o STF reanalisou a questão na Rcl

4374/PE (rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 18.4.2013) ajuizada pelo INSS e revisou o entendimento da Corte na ADI 1232/DF em que declarara constitucional o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93. Nesta reclamação o STF declarou a inconstitucionalidade deste critério tarifado dando liberdade ao magistrado no caso concreto aferir a miserabilidade com outros meios que não somente a renda percapta legal. Assim está ementada esta decisão (grifamos):

(...) o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido por considerar possível revisão do que decidido naquela ação direta, em razão da defasagem do critério caracterizador da miserabilidade contido na mencionada norma. Assim, ao exercer novo juízo sobre a matéria e, em face do que decidido no julgamento do RE 567985/MT e do RE 580963/PR, confirmou a inconstitucionalidade do: a) § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que estabelece a renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo para a concessão de benefício a idosos ou deficientes e; b) parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) [“Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas. Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas”]. Na espécie, o INSS questionava julgado de turma recursal dos juizados especiais federais que mantivera sentença concessiva de benefício a trabalhador rural idoso, o que estaria em descompasso com o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93. Alegava, ainda, que a Loas traria previsão de requisito objetivo a ser observado para a prestação assistencial do Estado. Asseverou-se que o critério legal de “renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo” estaria defasado para

caracterizar a situação de miserabilidade. Destacou-se que, a partir de 1998, data de julgamento da mencionada ADI, outras normas assistenciais foram editadas, com critérios mais elásticos, a sugerir que o legislador estaria a reinterpretar o art. 203, V, da CF (“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”). Rcl 4374/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.4.2013. (Rcl-4374)

Portanto, numa verdadeira virada jurisprudencial o STF realizou um *overruling* no entendimento afirmado até então dando uma maior efetividade ao benefício assistencial constitucional.

No entanto, o destaque processual que deve ser feito é que a mudança de posição do STF se deu em sede de uma reclamação ajuizada pelo INSS para garantir a própria autoridade da decisão da Corte proferida na ADI 1232/DF, que declarara a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93. Ora, o que o STF fez nesta Reclamação Rcl 4374/PE, e é digno de registro, foi um juízo rescisório da ADI 1232/DF. Em que pese a evolução constitucional na efetividade do benefício assistencial constitucional a posição ativista da Corte não pode passar despercebida se analisarmos o mérito constitucional da reclamação constitucional para o STF (assim como para o STJ): preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões (art. 102, I, I, da CF). Com este fundamento, na impossibilidade de Reclamação rescindir ADI, foi a fundamentação vencida do Min. Teori Zavascki para a improcedência da Rcl 4374/PE.

Da mesma forma o Superior Tribunal de Justiça, soberano no controle da legalidade, ainda que por fundamento

diverso do STF, pacificou a sua jurisprudência no sentido de que o critério previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/1993 (renda mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo) não impede a concessão do correspondente benefício assistencial, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante (vide Recurso Especial Repetitivo n. 1.112.557/MG, Terceira Seção, DJ 20.11.2009; AgRg no Recurso Especial nº 1.353.003/SP, Segunda Turma, DJe 13/12/2012; AgRg no AREsp 202.517/RO, Primeira Turma, julgado em 2/10/2012). Afirma o STJ que a CF assegura 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. O entendimento firmado é de que a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, visto que esse critério é apenas um elemento objetivo para aferir a necessidade, como destacado pelo Min. Teori Albino Zavascki (então membro do STJ) no AgRg no AREsp 202.517-RO (grifamos):

(...) Ademais, no âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz, não o sistema de tarifação legal de provas. Assim, essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado, não podendo vincular o magistrado a um elemento probatório sob pena de cercear o seu direito de julgar.

Podemos afirmar, portanto, que a jurisprudência pacífica do STF e do STJ é de que a renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo para que o indivíduo em estado de vulnerabilidade social seja considerado miserável não é a única forma de aferimento para receber o benefício assistencial constitucional. Dessa forma o órgão

jurisdicional ao se utilizar de outros meios de prova efetiva tanto o direito fundamental material assistencial como os direitos fundamentais de acesso a jurisdição, contraditório e ampla defesa.

Conclusões

De todo o exposto podemos concluir que o Benefício Assistencial, ainda caldatário de um sistema assistencialista e paternalista, que considerava a política de assistência social como uma “esmola” resultante de um cínico solidarismo social, ou das pecúnias populistas emanadas do Estado, ainda não é, efetivamente, tratado enquanto um Direito Fundamental Social.

A Assistência Social no Brasil compreende como seus signatários aqueles que abdicam da cidadania e de seus outros direitos, ao contrário do que seria o seu papel fundante: promover a cidadania mediante a inclusão social dos portadores desse direito.

São inúmeros os exemplos que podemos citar para ilustrar e comprovar essa constatação.

Esse processo de inversão de princípios, como vimos, já começa mal quando a Previdência Social foi designada para realizar a triagem, a manutenção e o pagamento deste importante benefício social. A começar pela ótica com que os peritos avaliam o conceito de deficiência, cujo paradigma é o "mundo do trabalho", critério este totalmente imprestável para os fins colimados da Assistência Social enquanto política institucional para promoção e integração dos portadores de alguma deficiência. Seja, também, quando avalia os critérios de renda ou de família, cujos conceitos previdenciários são igualmente deletérios em se aplicando à Assistência Social, v.g. o conceito de família exposto no art. 16, da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91). Os resultados dessa lógica perversa não poderia ser diferente e os dados indicativos apresentados neste trabalho de pesquisa confirmam essa realidade.

Os casos representados pelos estrangeiros que vivem há muitos anos no Brasil, é exemplar nesse mesmo sentido. A Previdência Social, através da IN nº 118/05, notadamente em seu artigo 623, coloca uma restrição sem sentido no que respeita à possibilidade deste benefício. No seu parágrafo 2º restou consignado, tão-somente, que “são também beneficiários o brasileiro naturalizado, desde que domiciliado no Brasil e não amparado pelo sistema previdenciário do país de origem, e o indígena, quando idosos ou deficientes.” Visando reparar esse equívoco da Previdência Social, o STF vem aplicando o artigo 5º da CF/88, entendendo que os casos citados na IN em comento são meramente exemplificativos, mormente quando os requerentes deste benefício, quando estrangeiros, são cidadãos que possuem residência no Brasil há muitos anos, cujos países integram o MERCOSUL – cujos direitos sociais são compartilhados por seus Estados-partícipes. O resultado dessa exclusão é comprovado se considerarmos os dados trazidos pelo próprio INSS no ano de 2011: foram 1.107 requerimentos indeferidos sob o argumento de que seus requerentes não eram brasileiros ou naturalizados.

Entre tantos outros exemplos que poderíamos citar salta aos olhos aqueles casos que atingem milhares de deficientes que tentam uma colocação ou recolocação no mercado de trabalho. O dilema é sempre presente, em se tratando dos direitos sociais: caso consigam emprego formal, ocupando, inclusive, as quotas destinadas aos deficientes, deixam de preencher os requisitos autorizativos para os benefícios assistenciais. Caso já tenham trabalhado com a Carteira de Trabalho assinada e percam seus empregos, o que é bastante comum, seus pedidos posteriores esbarram na desconfiança da Previdência Social de que não preenchem mais os requisitos da invalidez, uma vez que já trabalharam. Essa dinâmica, que comprova a tese de que os percipientes dos benefícios assistenciais devem abdicarem dos demais direitos, conduz a

um resultado catastrófico: os portadores de deficiência, por medo de perderem ou não conseguirem seus benefícios, deixam de trabalhar na formalidade.

Contraentendemos que os Direitos Assistenciais, especialmente em se tratando do único benefício de prestação continuada constante na Lei Orgânica da Assistência Social, devem ser um benefício de passagem. O que vale dizer que eles não podem ter um fim em si mesmo. Por contraditório que pareça, a Assistência Social deveria ter como fim o seu próprio desaparecimento. Deveriam, os percipientes dos benefícios assistenciais, não contentarem-se com os auxílios percebido mas serem incentivados a sair da condição de assistidos. Seus benefícios deveriam caminhar para uma extinção e não para a perpetuação.

Por outro lado, como conciliar estes propósitos quando os portadores destes Direitos são desmotivados a elevarem seus direitos de cidadania, de procurarem uma melhor condição de vida, vez que devem provar a miserabilidade e nela permanecerem para fazer jus aos benefícios assistenciais.

Na verdade existe muita pouca articulação da Assistência Social com os demais direitos sociais, políticos e culturais. Prova disso é o fato de os percipientes do Benefício Assistencial da Lei Orgânica da Assistência Social não poderem contribuir para a Previdência Social, sob pena de, o fazendo, terem seus benefícios automaticamente suspensos.

Ora, nesta perspectiva que vislumbramos deveria haver um incentivo aos portadores dos Direitos Assistenciais em participarem dos planos de Previdência Social. O que vale dizer, em outras palavras, que se seus percipientes passarem da condição de assistidos a contribuintes da Previdência Social, sua condição resta alterada: passam a ser segurados do sistema previdenciário, em caso de falecimento seus dependentes percebem a pensão por morte (vez que o benefício da Lei Orgânica da Assistência Social é pessoalíssimo, intransferível),

passando a gozar de vários direitos os quais não possuem enquanto perceberem os benefícios assistenciais. É justamente neste sentido que propomos a concepção de benefício de passagem, de modo que o fim último, como dissemos, do benefício assistencial deveria ser a sua própria morte.

Referências

COHN, Amélia. *Previdência Social e Processo Político no Brasil*. São Paulo: Ed. Moderna, 1980.

COSTA, José Ricardo Caetano. *A Previdência Social ao Alcance dos Assistentes Sociais*. São Paulo : Paco Editorial, 2011.

COSTA, José Ricardo Caetano. *Previdência: os direitos sociais previdenciários no cenário neoliberal*. Curitiba, Pr.: Editora Juruá, 2010.

COUTO, Berenice Rojas. *O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?* 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

FLICKINGER, Hans-Georg (Org.) . *Entre a Caridade, Solidariedade e Cidadania – História comparativa do Serviço Social Brasil/Alemanha*. Porto Alegre : EDIPUCRS, 2000.

FORTES, Simone Barbisan. *Conceito Aberto de Família e Seguridade Social*. In: VAZ, Paulo Afonso Brum e SAVARIS, José Antonio (Orgs.). *Direito da Previdência Social: elementos para uma compreensão interdisciplinar*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 251-280.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1967.

MENDONÇA, Ana Maria Ávila. *Estado e Direitos Sociais no Brasil: entre a modernidade e o retrocesso*. Maceió : Editora da UFAL, 2009.

POLANYI, Karl. *A Grande Transformação. As origens de nossa época*. Rio de Janeiro : Campus, 2000.

ROSANVALLON, Pierre. *A Crise do Estado-Providência*. 2. ed. Lisboa : Editorial Inquérito, 1984.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHONS, Selma Maria. *Assistência Social entre a Ordem e a "des-ordem": mistificação dos direitos sociais e da cidadania*. São Paulo : Cortez, 1999.

SPOSATI, Aldaíza de Oliveira; FALÇÃO, Maria do Carmo; FLEURY, Sônia Maria Teixeira. *Os Direitos (Dos Desassistidos) Sociais..* 5. ed. São

Paulo: Cortez, 2006.

POCHMANN, Márcio. “A nova economia política brasileira”. *Jornal Le Monde Diplomatique-Brasil*, Ano 3, Nº 58, maio 2012, p. 22-24.

Resumo

Os Direitos Sociais Assistenciais tem seu nascedouro nas Leis dos Pobres, editadas na Inglaterra, em 1601 e 1834. Nascem no turbilhão trazido pelo capitalismo que se afirmava com a Revolução Industrial em fins do Século XVIII. São, desde o seu nascedouro, frutos de uma contradição e conflito permanentes. Em um primeiro momento estão atrelados à caridade privada, vinculadas à filantropia e ao assistencialismo que até os dias de hoje permeiam as políticas da Assistência Social, na sequência, passam a ser gerenciados pelo Estado. Nos dois casos encontramos uma forma de compensar os efeitos deletérios e nocivos do capitalismo, amenizando as agruras da miséria e da pobreza de grande parcela da população que não participa dos frutos produzidos pelo sistema. A partir da Constituição Federal de 1988 a Assistência Social foi guindada a direito social fundamental. É justamente essa trajetória, bem como a intervenção proativa do Judiciário, que pretendemos analisar neste trabalho.

Palavras-chave: Assistência Social; Seguridade; Políticas Públicas.

Abstract

Assistance Social Rights has its birth in the Laws of Poor, published in England in 1601 and 1834. Born in the turmoil brought by Capitalism, which was affirming with the Industrial Revolution in the late eighteenth century. They are, from their birth, the fruit of permanent contradiction and conflict. Firstly, they are linked to private charity, attached to philanthropy and paternalism that even today, permeate Social Work policies, subsequently, being managed by the State. In both cases we find a way to compensate the deleterious and harmful effects of Capitalism, softening the harshness of misery and poverty for a large portion of the population that does not participate in the fruits produced by the system. From the Constitution of 1988, Social Work was considered as a fundamental social right. It is precisely this trajectory as well as the proactive intervention of the Judiciary, which we intend to analyze in this work.

Keywords: Social Work; Security; Public Policies.