

INTERPRETAÇÃO DO CRITÉRIO OBJETIVO DE DETERMINAÇÃO DE INDIGÊNCIA SOCIAL PARA O FIM DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

INTERPRETATION OF THE OBJECTIVE CRITERIA OF DETERMINATION OF SOCIAL MISERY IN ORDER TO PROVIDE WELFARE BENEFIT OF CONTINUED PROVISION

Diogo Ricardo Goes Oliveira¹

RESUMO: TRATA-SE DE ARTIGO DESTINADO A FOMENTAR O DEBATE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA FIXAÇÃO DE CRITÉRIO EXCLUSIVAMENTE OBJETIVO DE DETERMINAÇÃO DA INDIGÊNCIA SOCIAL PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA, A IMPORTÂNCIA DO TEMA É PATENTE DIANTE DA DISPARIDADE DE ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS EMITIDOS PELOS JUÍZES FEDERAIS DE PRIMEIRO GRAU, TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMA CORTE.

PALAVRAS-CHAVE: BENEFÍCIO. ASSISTENCIAL. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIO. SALÁRIO.

ABSTRACT: THIS ARTICLE IS INTENDED TO STIMULATE THE DEBATE ON THE CONSTITUTIONALITY OF FIXING EXCLUSIVELY OBJECTIVE CRITERIA FOR DETERMINING INDIGENCE FOR SOCIAL ASSISTANCE BENEFIT CONCESSION PURPOSES OF CONTINUING PROVISION, THE IMPORTANCE OF THE ISSUE IS EVIDENT ON THE DISPARITY ISSUED JURISPRUDENTIAL UNDERSTANDINGS BY FEDERAL JUDGES OF FIRST DEGREE THE FEDERAL REGIONAL COURTS, SUPERIOR COURT OF JUSTICE AND SUPREME COURT.

KEYWORDS: BENEFIT. WELFARE. INTERPRETATION. CRITERIA. WAGE.

Sumário: 1 Introdução. 2 Benefício Assistencial de Prestação Continuada. 2.1 Idosos. 2.2 Concepção de Deficiente para os fins do artigo 203, V, da Constituição Federal. 2.3 Convenção de Nova York sobre Direitos dos Deficientes. 2.4 Família. 2.5 Critério de aferição da miserabilidade do idoso ou deficiente ou de sua família. 2.6 Justiça Federal Especialmente o Superior Tribunal de Justiça. 2.7 Supremo Tribunal Federal. 3 Conclusão. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil tem como alguns de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, nos termos do artigo 1º, III e IV, da Carta Política de 1988.

¹ Juiz Federal Titular da 2ª Vara Federal de Ponta Porã/MS, graduado pela Universidade Federal de Sergipe, Mestre em Direito Previdenciário pela PUC/SP e Doutorando pela PUC/SP. *E-mail:* oliveiradiogo@hotmail.com

Consagrou-se a ideia de que o trabalho não só é fundamental para o desenvolvimento da nação, como também permite aos indivíduos garantirem seu sustento e, principalmente, constitui instrumento que assegura a liberdade do homem perante o Estado, uma vez que aquela pessoa apta a prover a própria subsistência e de sua família não será refém de políticas assistencialistas governamentais. Destarte, o labor é o meio que possibilita ao ser humano perseguir a vida humana digna.

A Carta Magna, em seu artigo 3º, I e III, estabeleceu como objetivos fundamentais da república a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Nessa esteira, o Poder Constituinte atribuiu, ao Estado e à sociedade, a responsabilidade pela construção de uma sociedade mais fraterna e empenhada não só no combate à pobreza, como no socorro daqueles que se encontram à margem da sociedade em situação de indigência social.

Nesse diapasão, a ordem constitucional dispôs como direito social, em seu artigo 6º, a assistência aos desamparados. Vislumbra-se uma especial preocupação do constituinte inaugural com essa parcela da população que se encontra na situação de exclusão social, sem qualquer fonte de sustento, vivendo à margem do considerado humanamente digno.

A concepção da importância do exercício de atividade remunerada, pelo indivíduo, foi reforçada no artigo 193 da Constituição Federal ao se declinar que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e justiça sociais. Além disso, a Carta Magna evidencia, mais uma vez, o princípio da solidariedade social ao prever, nos artigos 194 e 195, que a seguridade social, financiada por toda a sociedade, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade com a pretensão de assegurar a todos os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.

Dessa forma, a Lei Maior previu um duplo sistema de garantia e resgate da dignidade da pessoa humana, a previdência e a assistência social.

O sistema previdenciário tem como finalidade evitar que os trabalhadores experimentem necessidades sociais. Assim, a proteção previdenciária deverá atuar antes que o segurado seja alcançado pela situação de indigência social.

Nessa esteira, durante o curso da vida, os segurados estão expostos a situações que podem gerar consequências danosas à manutenção de sua subsistência, geralmente representadas pela redução ou anulação de sua capacidade de trabalho ou pelo aumento

das despesas, a exemplo da morte, das incapacidades, da maternidade, entre outras, as quais foram chamadas pela doutrina mais moderna de contingências sociais. Por causa disso, com escora no princípio da seletividade, deve a norma estabelecer os eventos sociais mais sensíveis, ou seja, aqueles que serão a prioridade da proteção previdenciária.

Miguel Horvth Junior² entendeu que contingência social “vem a ser evento susceptível de produzir uma redução ou supressão da atividade do beneficiário ou de impor cargas econômicas suplementares”.

Daniel Pulino³ ensina que “Contingências Sociais definem-se, pois, como classe de acontecimentos legalmente tipificados aptos a darem lugar às situações de necessidade social que serão supridas pelas prestações previdenciárias”.

Arthur Bragança de Vasconcelos e Fabio Lopes Vilela Berbel⁴ lecionam “Destarte, em suma, a contingência configura-se em um acontecimento, legalmente delimitado, que venha a colocar o indivíduo em estado de necessidade”.

Portanto, com espeque nessas lições, contingência social é o evento previsto em lei, voluntário ou não, delimitado com escora no princípio da seletividade, o qual gera deficiência de recursos ou ampliação dos encargos financeiros do segurado, capaz de deflagrar uma necessidade social, a ser prevenida por meio da prestação de benefícios previdenciários.

Pois bem, no atual subsistema previdenciário brasileiro, de natureza contributiva, o legislador selecionou e positivou os fatos sociais mais importantes com o objetivo de aplacar as necessidades sociais deles decorrentes.

Nesse diapasão, com o fim de cumprir aquele desiderato, o Poder Constituinte Derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 20/98, a qual alterou o artigo 201 da Constituição Federal, inspirado no princípio da seletividade, estabeleceu as seguintes contingências sociais: doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade e gestação, desemprego involuntário, prisão do segurado, manutenção da prole e tempo de trabalho executado em espaço de tempo relevante.

² HORVATH JUNIOR, Miguel. **Salário Maternidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 29.

³ PULINO, Daniel. **A Aposentadoria por Invalidez no Direito Positivo Brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001, p. 40.

⁴ WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcelos; BERBEL, Fabio Lopes Vilela. **Manual de Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quartier Latina, 2005, p. 35.

Vê-se que o sistema de previdência social constitui uma espécie de seguro social destinado a proteger os obreiros das contingências sociais decorrentes do exercício de atividade remunerada, isto é, resguarda as pessoas em plena capacidade de trabalho.

Quanto ao sistema da assistência social, foi disciplinado pelo artigo 203 da Constituição Federal que dispôs que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente do pagamento de contribuições à seguridade social, diferentemente da previdência social que se trata de regime contributivo, de filiação obrigatória para todos que exercem atividade remunerada.

A assistência social configura a segunda rede de proteção social, porque tem como fim garantir os mínimos essenciais aos indivíduos privados da capacidade de trabalho, os quais não estão aptos ao exercício do labor e encontram-se em estado de miséria social. Se o indivíduo não tem condições de trabalho, não exerce atividade remunerada, logo não pode ser considerado segurado da previdência social, exceto no caso do segurado facultativo.

No mesmo sentido Ricardo Quartim de Moraes⁵:

A Assistência Social independe de contribuição justamente porque os indivíduos que fazem jus a prestações deste ramo da Seguridade Social estão em tal estado de miserabilidade e/ou inaptidão ao trabalho que não podem contribuir, pois não podem exercer atividade remunerada e, assim, se filiar à Previdência Social.

Nessa esteira, o artigo 203, V, da Carta Política previu a prestação mensal de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Destaque-se que a situação de necessidade que legitima o amparo social é extremamente grave, uma vez que o cidadão não tem condições de prover o próprio sustento, tampouco sua família consegue desincumbir-se do *mister* estatuído pelos artigos 227 e 230 da Constituição Federal.

A regulamentação do benefício citado, objeto deste estudo, foi atribuída ao legislador ordinário.

2 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

⁵ MORAES, Ricardo Quartim de. **O Benefício Assistencial à Luz da Estrutura Constitucional da Seguridade Social**. Revista da AGU. ANO IX Nº 23 - Brasília-DF, jan./mar. 2010, p.284.

Trata-se de benefício expressamente previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal, destinado a retirar idosos ou deficientes físicos da situação de vulnerabilidade social, assim considerados aqueles que não podem prover a própria subsistência ou tê-la provida por sua família, por conduto da prestação de um salário mínimo mensal, conforme dispuser a lei.

Atendida a determinação constitucional, foi sancionada a Lei nº 8.742/93, cujo artigo 20 dispôs que o benefício de prestação continuada constitui garantia da prestação de um salário-mínimo à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência ou tê-la mantida pela família. Essa norma ordinária foi regulamentada pelo Decreto nº 6.214/07 alterado pelo Decreto nº 7.617/11.

Passemos à análise de cada um dos requisitos do benefício em apreço.

2.1 Idosos

Na redação original do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, considerava-se idoso todo aquele que contasse com 70 (setenta) anos de idade ou mais. Apesar disso, a Medida Provisória nº 1.599-39, convertida na Lei nº 9.720/98, alterou o requisito etário para 67 (sessenta e sete) anos de idade, a partir de 01/01/2008. Por fim, o Estatuto do Idoso, para fins do gozo do benefício assistencial, reduziu mais uma vez o requisito etário para 65 (sessenta e cinco anos).

O constituinte originário tem reconhecido, de forma presumida, a incapacidade ou a redução significativa da capacidade de trabalho daqueles que completaram 65 (sessenta e cinco) anos de idade, como se pode constatar nos artigos 201, §7º, e 203, V, ambos da Carta Política.

Diante da impossibilidade de precisar um critério individual para a redução da capacidade de trabalho do ser humano, preferiu a Constituição Federal reconhecer limites da capacidade biológica para o trabalho e, conseqüentemente, de possibilidade de a pessoa manter a própria subsistência.

Da mesma forma, pontuou Ricardo Quartim de Moraes⁶:

⁶ MORAES, Ricardo Quartim de. **O Benefício Assistencial à Luz da Estrutura Constitucional da Seguridade Social**. Revista da AGU. ANO IX Nº 23 - Brasília-DF, jan./mar. 2010, p. 284.

Dada a estrutura da Previdência Social, o benefício assistencial de prestação continuada é voltado, por exclusão, àqueles que não podem se filiar à Previdência Social justamente por estarem inaptos ao trabalho, seja tal inaptidão concreta (pessoas portadoras de deficiência) ou ficta (idoso).

Nessa toada, o primeiro fator de definição dos grupos sociais protegidos foi o biológico, idade igual ou superior a 65 (sessenta e cinco) anos. Nesse caso, a norma presumiu que as pessoas que tenham atingido aquele tempo de existência não mais têm a energia física e/ou mental necessárias para prover a própria subsistência, por isso, necessitam do auxílio de sua família e na falta desta da Assistência Social.

2.2 Concepção de Deficiente para os fins do artigo 203, V, da Constituição Federal

A Carta Política de 1988 previu diversas diretrizes para garantir a plena integralização da pessoa com deficiência, de qualquer natureza, à vida social e, especialmente, à laborativa.

A fixação de normas que resguardem a pessoa com deficiência são corolários do princípio da igualdade insculpido no artigo 5º, I, da Lei Magna com o objetivo de garantir uma existência digna àqueles privados de sua plena saúde física, mental ou intelectual.

Constata-se uma preocupação louvável do Constituinte Originário com a integração do deficiente à sociedade e redução dos obstáculos sociais ao seu pleno desenvolvimento enquanto ser humano, como pode se constatar ao se prever o atendimento educacional especializado da pessoa portadora de deficiência, disposto no artigo 208, III, da Carta Magna. Além disso, a Constituição Federal, no artigo 227, §1º, II, determinou a criação de programas de atendimento especializado para as pessoas com deficiência, com o objetivo de integrar socialmente o jovem deficiente, mediante o treinamento para o trabalho. Da mesma forma, o artigo 203, IV, da Lei Magna dispôs como desiderato da assistência social a habilitação e reabilitação dos portadores de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária.

Uma vez habilitado o deficiente ao exercício de atividade laboral, o artigo 7º, XXXI, da Lei Maior, com a aspiração de assegurar o acesso ao mercado de trabalho e garantir um tratamento igualitário com os demais trabalhadores, proibiu qualquer forma de discriminação nos critérios de contratação do obreiro deficiente, como também

vedou a adoção por parte do empregador de requisitos discriminatórios na fixação dos salários.

No mesmo norte, a Constituição Federal, em seu artigo 37, VIII, com o intuito de garantir o acesso dos deficientes ao mercado de trabalho de natureza pública, determinou, ao legislador infraconstitucional, a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas que tenham sua capacidade reduzida por limitações de ordem física ou mental.

Como visto, a Constituição Federal traçou a via a ser seguida pelo Estado para prestar, ao deficiente, os meios educacionais e assegurar sua colocação no mercado de trabalho com o fim de que conquiste sua independência financeira e a liberdade para gozar de uma existência digna.

Contudo, se todos esses esforços falharem, caso o deficiente não seja capaz de executar atividade remunerada, não será considerado segurado da previdência social e a indigência social que experimentará, em razão da incapacidade de sua família lhe prover os mínimos necessários, deverá serebelada pela assistência social, por conduto do benefício assistencial de prestação continuada.

Como de pode notar do acima exposto, a Carta Política vislumbrou que as limitações pessoais que recomendam a proteção consagrada no artigo 203, V, da Constituição Federal são aquelas que comprometem a capacidade laborativa do indivíduo.

No mesmo sentido, Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen⁷ ao se referirem ao artigo 203, V, da Constituição Federal:

De fato, outra não é a teleologia do citado dispositivo constitucional, que não a de garantir uma renda mínima às pessoas que, encontrando-se em situação de miserabilidade, não conseguem prover o próprio sustento, seja pela presunção de incapacidade para o trabalho, no caso do benefício assistencial devido aos idosos, seja pela efetiva presença desta incapacidade, no caso do benefício assistencial devido aos deficientes.

A Lei nº 8.742/93 regulamentou o benefício assistencial de prestação continuada e conceituou deficiente, para os fins de deferimento do benefício, como aquele incapaz para o trabalho e para a vida independente.

Carla Evelise Justino Hendges e Eugélio Luis Müller⁸ advertem:

⁷ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁸ HENDGES, Carla Evelise Justino e MULLER, Eugélio Luis. **Alterações na Disciplina do Benefício Assistencial Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal de 1988**. Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 12 - Dez-Jan 2013, p. 08.

Na mesma linha, na jurisprudência já vinha sendo adotado um conceito mais adequado de deficiência, conferindo uma exegese conforme os conteúdos constitucionais, dispensando a prova de incapacidade para a vida independente e chegando a equipará-la à incapacidade para o exercício de atividade remunerada.

Porém, Jean Soares Moreira⁹ defende que:

Com efeito, enfatiza-se que o destinatário do benefício de prestação continuada – BPC é a pessoa com deficiência, de modo que se afigure urgente a necessidade de se extirpar das mentes dos operadores do Direito e dos médicos peritos (do INSS e judiciais) a vetusta idéia de que o beneficiário da prestação assistencial em comento seja a pessoa com incapacidade para o trabalho.

Não se pode concordar com aquele raciocínio, uma vez que o artigo 203, V, da Constituição Federal exige, além da condição de deficiente, a impossibilidade de se prover o próprio sustento. Desse modo, a condição de miserabilidade é da essência do benefício assistencial, porque o próprio sistema da seguridade social exige, para o acionamento da segunda rede de proteção social, a impossibilidade de se prover a própria subsistência.

Ademais, a previsão da exclusão da remuneração da pessoa com deficiência, na condição de aprendiz, não será considerada para o fim do cálculo da renda mensal familiar “per capita”, prevista no artigo 20, §9º, da Lei nº 8.742/93, trata-se de exceção que confirma a regra e demonstra que o requisito demandado pelo sistema da seguridade social é a incapacidade para o trabalho, a qual cessará no momento em que o deficiente tenha sido adaptado em ocupação condizente com sua condição pessoal e que lhe possibilite prover seu sustento.

Apesar da clareza do constituinte originário, o legislador infraconstitucional, *data venia*, não captou devidamente o comando constitucional previsto no artigo 203, V, da Carta de 1988, ao editar o artigo 20, §2º, da Lei nº 8.742/93. Já que, na redação original do artigo 20 daquela norma, definiu-se deficiente, para fim de percepção do benefício assistencial de prestação continuada, como aquela pessoa incapacitada não só para o trabalho, como também para a vida independente. Se alguém não pode trabalhar, não pode se manter, logo deverá ser sustentado por alguém, caso o grupo familiar a que

⁹ MOREIRA, Jean Soares. **Benefício Assistencial à Pessoa com Deficiência: Reflexões Acerca das Alterações Legislativas Patrocinadas pelas Leis nº 12435/2011 e 12470/2011**. Juris Plenum Previdenciária Ano I – número 03 – agosto de 2013, p. 67.

pertence não tenha condições de prover seu sustento, o deficiente experimentará a indigência social.

Por conseguinte, resta evidente que a deficiência que conduz o beneficiário assistencial em apreço é a deficiência que gera incapacidade laborativa, a qual, por si só, gera intuitivamente a incapacidade para a vida independente.

2.3 Convenção de Nova York sobre Direitos dos Deficientes

A concepção de deficiente ainda experimentou alterações legislativas, influenciadas pela Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, a qual foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 186/08, conforme o procedimento previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, devidamente promulgada pelo Decreto nº 6.949/09, que assim define pessoa deficiente em seu artigo 1º:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Diante da nova conformação dada ao conceito de deficiente, o artigo 20, §2º, da Lei nº 8.742/93 foi alterado pela Lei nº 12.435/01, a qual praticamente repetiu os dizeres do artigo 1º da susomencionada convenção, acrescentando o que se entende por impedimentos de longo prazo, como aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Da mesma maneira, mais uma vez, a legislação sobre o tema em tela foi alterada pela Lei nº 12.470/11, o qual apenas acrescentou o impedimento de longo prazo de natureza mental ao §2º, da Lei nº 8.742/93. Por fim, quanto ao impedimento de longo prazo, o §10, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93 definiu-o como aquele que produz efeitos pelo espaço temporal mínimo de 2 (dois) anos.

Em decorrência da aplicação do artigo 5º, §3º, da Carta de 1988, a citada convenção integrou o ordenamento jurídico pátrio como Emenda à Constituição Federal. Dessa forma, definiu-se o conceito geral de pessoa deficiente.

Apesar disso, tal delimitação deve ser interpretada, de forma sistemática, com o restante do texto constitucional, porque o artigo 203, V, da Constituição Federal que

exige como requisito para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada não só a deficiência, como também a miserabilidade do auxiliado que não pode prover o próprio sustento ou tê-lo provido por terceiros.

Constata-se que a Convenção de Nova York teve o mérito de especificar o conceito de deficiente. Porém, a condição de deficiente, para os fins da concessão do benefício em apreço, não mudou, já que a exigência de demonstração da incapacidade para o trabalho ainda persiste.

Como exposto no item anterior, a Carta Magna confere diversos níveis de proteção ao deficiente com o objetivo de garantir sua dignidade, reservado o benefício assistencial apenas àqueles que se encontram em estado de penúria social.

Outrossim, embora a expressão “impedimento de longo prazo” tenha sido associada ao conceito de deficiente pela Convenção de Nova York, esta não o especificou ou regulamentou-o, consiste em inovação criada pelo legislador infraconstitucional brasileiro sem amparo em norma superior.

Dessarte, a disposição de prazo para o reconhecimento da indigência social é inconstitucional, uma vez que o legislador criou restrição, ao benefício, não prevista pela própria Lei Maior, bem como relegou à própria sorte aquelas pessoas cuja incapacidade de prover a própria subsistência persista por prazo inferior a 2 (dois) anos, descumprindo objetivo fundamental da República Federativa do Brasil que é a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais.

Do exposto, o §10º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93 é flagrantemente inconstitucional por limitar, de modo indevido, o alcance do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, V, da Constituição Federal.

2.4 Família

A Constituição Federal, em seu artigo 226, “caput” e §3º e §4º, consagrou a família como base da sociedade, composta pela união entre os pais e seus descendentes. Em seguida, a Carta Política, conforme o artigo 227, §1º, III, e, 330, “caput”, atribuiu à família, à sociedade e ao Estado o amparo dos deficientes e dos idosos.

Para fins de Assistência Social, a Carta de 1988, em seu artigo 203, V, consagrou uma rede de proteção social para os idosos e deficientes. Nessa esteira, esse dispositivo constitucional atribui primeiro à família do idoso ou deficiente a obrigação

de ampará-los, caso não haja possibilidade financeira para tanto, a sociedade arcará com esse ônus, por meio da concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

A definição de família, após diversas alterações legislativas, foi objeto de interpretação autêntica por parte do legislador, no §1º, do artigo 20 da lei nº 8.742/93, consiste no grupo familiar, que reside sob o mesmo teto, composto pelo idoso ou deficiente, seu cônjuge ou companheiro, seus pais, ausente quaisquer deles, madrasta ou padrasto, irmãos solteiros os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados.

O Poder Legislativo, ao imprimir a última alteração legislativa do conceito de família, para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, por conduto da Lei nº 12.435/2011, incluiu no conceito de família o padrasto e a madrasta, desde que ausente um dos pais, os irmãos solteiros e os filhos de qualquer idade.

Caroline Pereira¹⁰ apresenta crítica à definição legal de família prevista no artigo 20, §1º, da Lei nº 8.742/93, com redação dada pela Lei nº 12.435/11:

A Lei nº 8.742/93, ao conceituar entidade familiar, deveria partir da premissa de que a Assistência Social tem por fim assegurar condições mínimas àqueles que pertencem à camada mais carente da população. Por essa razão, não se pode ignorar que, principalmente nas camadas menos favorecidas, a união baseada nas relações de afeto ganham maior relevância, principalmente em face da vulnerabilidade social das famílias.

Aquela autora entende que o melhor conceito de família é aquele previsto no artigo 2º, §1º, I, da Lei nº 10.836/04¹¹, lei que regula o Programa Bolsa Família. Todavia, não se pode concordar com tal assertiva, porque os bens jurídicos a serem defendidos e preservados são diversos, de um lado a família de baixa renda e no outro idoso ou deficiente em estado de miséria social, tratar da mesma forma aqueles que se encontram em situações diversas configura violação ao princípio da isonomia. Além do mais, a possibilidade da ampliação do conceito de família, nos moldes da norma regente do Programa Bolsa Família, pode gerar evidente prejuízo ao idoso ou deficiente na hipótese de que o componente do grupo familiar aufira renda incompatível com o patamar inscrito no artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/93, culminando com o indeferimento administrativo do benefício.

¹⁰ PEREIRA, Carolina Quadros da Silveira. **Benefício Assistencial à Pessoa com Deficiência. O Conceito de Família.** Júris Plenum Previdenciária Ano I – número 03 – agosto de 2013, p. 93.

¹¹ Art. 2º Constituem benefícios financeiros do Programa, observado o disposto em regulamento: (...) § 1º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - família, a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros.

2.5 Critério de aferição da miserabilidade do idoso ou deficiente ou de sua família

Trata-se do aspecto mais polêmico do benefício em estudo, já que os diversos órgãos do Poder Judiciário têm apresentado soluções diversas para mensurar a miserabilidade do idoso ou deficiente ou de seu grupo familiar.

Em decorrência dos díspares entendimentos acerca da matéria, por razões de ordem didática, serão abordadas, em separado, os posicionamentos dos órgãos do Poder Judiciário acerca do tema.

2.6 Justiça Federal Especialmente o Superior Tribunal de Justiça

A Justiça Federal, foro competente para apreciação dos embates entre a população e o Instituto Nacional do Seguro Social, foi o primeiro ramo do Poder Judiciário a enfrentar a questão. O Superior Tribunal de Justiça, espelhado no entendimento majoritário do 1º e 2º Graus de Jurisdição Federal, por meio do Resp. n. 222.764/SP, decidiu que o critério disposto no artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, por si só, não é suficiente para aferir a indigência social do grupo familiar do idoso ou deficiente para fins de concessão do benefício em tela. Segundo o Relator daquela decisão, o Ministro Gilson Dipp, em seu voto:

Tenho que o requisito expressa apenas um norte para se examinar o pressuposto econômico da família e não um requisito impeditivo, por si só, da concessão do benefício. A situação econômico-financeira depende do exame de outros fatores, como o tipo de deficiência, as necessidades e as condições de vida (possuir casa própria, lugar onde vive e demais peculiaridades da situação dos familiares), que não podem ser resumidos em um fator numérico.

Na mesma linha, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, aprovou, em 14/04/2004, a Súmula de n. 11:

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

Não obstante, tal súmula foi cancelada pela própria TNU no dia 24/04/2006 em decorrência do julgamento da ADIN 1232-1/DF.

Atualmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o Resp n. 1.112.557/MG, Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 20.12.09, julgado nos termos da norma que versa sobre recursos repetitivos, Lei n.

11.672/2008, que incluiu o artigo 543-C no Código de Processo Civil, considerou que artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/92 deve ser interpretado à luz do princípio da dignidade da pessoa humana com o desiderato de amparar o cidadão social e economicamente vulnerável. Dessa forma, o critério da renda familiar, *per capita*, de ¼ (um quarto) do salário mínimo não seria o único capaz de determinar a situação de miséria social do indivíduo necessitado, constituiria elemento para aferir a miserabilidade de forma absoluta, caso a renda familiar fosse inferior àquele limite matemático. Ademais, a subordinação do magistrado, a um único meio de prova, consubstanciaria lesão manifesta ao artigo 131 do Código de Processo Civil que dispôs sobre o princípio constitucional do livre convencimento motivado.

Vislumbra-se violação ao princípio da isonomia, inscrito no artigo 5º da Lei Maior, ao se adotar o critério matemático, de forma exclusiva, para se definir quem se encontra em estado de miserabilidade social.

O Brasil é um país continental, com patentes desigualdades regionais que importam diferenças significativas no acesso aos produtos e serviços essenciais à subsistência humana. Nessa toada, os residentes no interior dos estados componentes da região norte do país são obrigados a suportar custos mais gravosos decorrentes da logística diferenciada para que os produtos essenciais estejam ao seu alcance. Da mesma forma, os residentes no semiárido experimentam custos maiores pra ter acesso a bens essenciais para a vida como a água potável. Para evidenciar mais ainda esse pensamento, basta comparar o custo de vida no município de São Paulo com o das cidades do interior paulista e será possível identificar diferenças sensíveis no custo de vida das famílias.

Nessa esteira, a adoção do critério exclusivamente matemático viola o princípio da isonomia, visto que trata de forma igual situações extremamente desiguais, em que se ignora os diferentes fatores componentes da formação dos custos dos produtos e serviços a serem adquiridos pela população nas peculiares regiões do país.

A violação ao princípio da isonomia também ocorre ao se aplicar o mesmo fator numérico, de forma isolada, para se aferir o critério de miserabilidade, desconsiderada as especificidades dos diferentes males que assolam os deficientes de fato ou presumidos, isto é, os deficientes e os idosos, respectivamente.

Determinadas enfermidades demandam maiores custos na manutenção diária do deficiente, como a diabetes em que uma simples visita ao supermercado torna evidente que o deficiente de fato tem custos superiores ao de um idoso sem maiores problemas

de saúde para se alimentar. O mesmo pode ser dito quanto aos portadores de neoplasia maligna, cujos custos de tratamento da doença e dos reflexos na alimentação diária são bem maiores que os dos anciãos saudáveis.

Dessa forma, a fixação de um exclusivo critério de natureza objetiva é insuficiente para a determinação da capacidade econômica de a família do deficiente ou do idoso prover a sua subsistência.

Resta evidente que a interpretação do artigo 20, §3º, da Lei n.º 8742/93 é inconstitucional ao fixar parâmetro isolado de determinação da carência social, necessário se faz interpretar a norma de forma a garantir sua adequação ao sistema constitucional vigente, a ferramenta capaz de solucionar essa inconsistência normativa é a interpretação conforme a constituição.

Mendes, Coelho e Branco¹² ensinam que interpretação conforme a constituição significa que “[...] os aplicadores da Constituição, em face das normas constitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, [...]”.

Isso posto, para preservar sua adequação ao sistema constitucional, o artigo 20, §3º, da Lei n.º 8742/93 deverá ser interpretado conforme a Constituição Federal de 1988 no sentido de que a precisão da indigência social não se restringirá a um mero critério objetivo, deverão ser considerados outros meios de prova capazes de atender a cada situação em concreto.

2.7 Supremo Tribunal Federal

A Suprema Corte brasileira enfrentou a questão do limite quantitativo, identificador da situação de penúria social, ao decidir a Adin 1232-1/DF, interposta pelo Ministério Público Federal que requereu a procedência de ação direta de inconstitucionalidade, exclusivamente, para o fim de reconhecer a necessidade de se interpretar o artigo 20, §3º, da Lei n. 8.742/92 conforme a constituição, como hipótese de presunção “*juris et de iure*”, não excluída a possibilidade de que a miserabilidade do assistido fosse demonstrada por outros meios.

O Relator da Adin 1232-1/DF, Ministro Ilmar Galvão, acompanhado do Ministro Neri da Silveira, entendeu que o *caput* do artigo 203 da Carta Política, ao

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2007, p.112.

assegurar a assistência social a quem dela necessitar, não pode ser objeto de limitação infraconstitucional. Dessa forma, em razão da referência à disciplina, por meio de lei, do benefício assistencial constar apenas no inciso V e não no “caput” do artigo 203 da Constituição Federal, a expressão “conforme dispuser a lei” refere-se apenas aos meios de comprovação da situação de fato que demandaria a concessão do benefício assistencial. Assim, para se preservar a constitucionalidade do §3º, do artigo 20, da Lei n. 8.742/92, dever-se-ia considerar que foi criada presunção “juris et de jure”, ou seja, comprovada a renda familiar inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo, dispensados estariam outras formas de demonstração da penúria social.

Pela importância do raciocínio, imperativa a transcrição de trecho do voto proferido pelo então Ministro do STF Ilmar Galvão¹³:

A questão que resta é a de saber se com a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar as situações de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido.

Revelando-se manifesta a impossibilidade de resposta positiva, que afastaria grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição, outra alternativa não resta senão emprestar ao texto impugnado interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso.

Todavia, o Ministro Nelson Jobim, Relator para o acórdão da Adin 1232-1/DF, entendeu que não se tratava de caso de interpretação conforme a constituição, uma vez que caberia à lei definir os critérios de deferimento do benefício. Segundo esse ex-Ministro do STF, para o bem ou para o mal, o legislador dispôs um parâmetro que observou a necessidade do beneficiado e a possibilidade de quem arca com o obrigação de prestar o benefício.

Por conseguinte, o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a fixação de critério objetivo, para fixação da situação de miséria social, estipulada pelo §3º, do artigo 20, da Lei n. 8.742/92.

Apesar disso, o próprio Pretório Excelso, no julgamento da Reclamação nº 4.374/PE, decidiu pela declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993. De acordo com o relator daquela Reclamação, Ministro Gilmar Mendes, esse dispositivo de lei foi fulminado pela inconstitucionalidade superveniente, imperativa a transcrição de fragmento do voto do citado julgador:

¹³ STF, ADIN 1232-1, Relator para o acórdão Ministro Nelson Jobim.

Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

Para a Suprema Corte, o advento de diversas normas de caráter social, como o Programa Nacional de Acesso à Alimentação, o Bolsa Família, entre outros, elasteceram, para ½ (metade) do salário mínimo, o fator renda, *per capita*, do núcleo familiar do assistido.

Com a “*maxima venia*”, não parece ser a melhor solução para o caso, em nítida violação ao princípio da separação dos poderes e da isonomia, porque a Suprema Corte aplica a necessidades sociais diversas, de titulares distintos, que não guardam qualquer tipo de relação, a mesma solução interpretativa em manifesta usurpação da função legislativa ao se criar critério não previsto por norma constitucional ou infraconstitucional.

Tome-se como exemplo o programa bolsa família, por meio do qual é provido auxílio financeiro às famílias de baixa renda para que mantenham seus filhos na escola e zelem por sua saúde. Neste caso, trata-se de benefício que demanda contraprestação que não é o caso do benefício assistencial de prestação continuada destinado àqueles que se encontram em estado de indigência social e não tem forças físicas ou estabilidade mental para mudar seu destino.

3 CONCLUSÃO

O benefício assistencial de prestação continuada tem como escopo garantir os mínimos essenciais aos indivíduos privados da capacidade de trabalho, os quais não estão aptos ao exercício do labor e encontram-se em estado de miséria social em decorrência da incapacidade de sua família prover-lhe o sustento.

Os destinatários do benefício social, aqui discutido, são aquelas pessoas comprovadamente privadas da capacidade de manter sua subsistência, como os deficientes de fato, de natureza física ou mental, e os deficientes presumidos que são aqueles com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais.

Embora o conceito geral de deficiente tenha sido alterado pela Convenção Internacional, realizada em Nova York, sobre os direitos dos deficientes, o público alvo

do benefício assistencial não se alterou, qual seja, são considerados deficientes, para os fins delimitados na Lei n. 8742/93, aqueles que não possuem a real capacidade de laborar e garantir sua sobrevivência.

A concessão do benefício em estudo está vinculada à ideia de dano social e não de risco social, a situação de miséria já está instalada, por isso a subordinação da concessão do benefício somente aos males que persistam pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos implica na limitação indevida do alcance do benefício assistencial de prestação disposto no artigo 203, V, da Constituição Federal. Além do que, cria um hiato no sistema de proteção, relegando, à própria sorte, aqueles que estão sujeitos a doenças que gerem incapacidade por período inferior a 2 (dois) anos.

O critério de determinação da situação de dano social, criado pelo artigo 20, §3º, da Lei nº 8.742/93, interpretado de forma conforme à constituição, não é o único fator a ser considerado na aferição da capacidade econômica da família do assistido em prover sua subsistência, sendo possível a demonstração da situação de dano social com fulcro em outros dados concretos.

Contudo, para a Suprema Corte nacional, houve um processo de inconstitucionalização do critério objetivo da renda familiar *per capita* decorrente da previsão de patamares menos rigorosos para a determinação do que se entende por grupo familiar sujeito à penúria social nas leis que regulam os programas sociais como Bolsa Família e Programa Nacional de Acesso à Alimentação, por isso o STF entende que o critério determinante da indigência social é o da renda familiar, *per capita*, inferior a ½ (metade) do salário mínimo.

Apesar de a mais alta corte do país esposar aquele entendimento, *data maxima venia*, a utilização do mesmo critério econômico para balizar benefícios que atendem necessidades diversas e possuem objetivos diferentes, significa tratar da mesma forma os desiguais em manifesta violação ao princípio da isonomia.

BIBLIOGRAFIA

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

HENDGES, Carla Evelise Justino e MULLER, Eugélio Luis. **Alterações na Disciplina do Benefício Assistencial Previsto no Artigo 203, Inciso V, da Constituição Federal de 1988.** Revista Magister de Direito Previdenciário Nº 12 - Dez-Jan 2013.

HORVATH JUNIOR, Miguel. Salário Maternidade. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Jean Soares. **Benefício Assistencial à Pessoa com Deficiência: Reflexões Acerca das Alterações Legislativas Patrocinadas pelas Leis nº 12.435/2011 e 12.470/2011**. *Juris Plenum* Previdenciária Ano I – número 03 – agosto de 2013.

MORAES, Ricardo Quartim de. **O Benefício Assistencial à Luz da Estrutura Constitucional da Seguridade Social**. Revista da AGU. ANO IX Nº 23 - Brasília-DF, jan./mar. 2010.

PEREIRA, Carolina Quadros da Silveira. **Benefício Assistencial à Pessoa com Deficiência. O Conceito de Família**. *Juris Plenum* Previdenciária Ano I – número 03 – agosto de 2013.

PULINO, Daniel. **A aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; BERBEL, Fabio Lopes Vilela. **Manual de Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.