

# **O DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA: GÊNESE, TRAJETÓRIA, CONSTRUÇÃO E CONTRADIÇÕES DE UM DIREITO.**

José Ricardo Caetano Costa<sup>1</sup>

Ana Maria Isquierdo<sup>2</sup>

## **RESUMO**

A Assistência Social nasce, historicamente, junto com o capitalismo no final do Século XVIII. Este sistema traz consigo uma série de problemas antes não conhecidos para a nova classe proletariada que se constitui. Tendo uma primeira manifestação atrelada à caridade religiosa, cujos legados até hoje se faz sentir, passa em um segundo momento para a responsabilidade do Estado. No Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, após muito embate junto à sociedade civil recém saída de uma ditadura militar que perdurou por duas décadas, foi guindada à direito social fundamental. A sua efetivação e concretização, pelas vias ordinárias, todavia, não cumpriu com os ditames constitucionais. A Lei nº 8742/93, que regulamentou a Assistência Social após quase cinco anos de vigência da CF/88, restringiu o acesso à esse direito em decorrência de três critérios, analisados detidamente neste trabalho: a renda familiar, o conceito de deficiência e incapacidade e o conceito de família utilizado para a concessão deste benefício.

**PALAVRAS-CHAVE:** Assistência Social; Seguridade; Políticas Públicas.

**THE RIGHT TO SOCIAL ASSISTANCE AS PUBLIC POLICY: GENESIS, PATH, AND CONTRADICTIONS CONSTRUCTION OF A RIGHT.**

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FaDir/FURG/RS). Doutor em Serviço Social (PUC/RS), Mestre em Desenvolvimento Social (UCPel) e em Direito Público (UNISINOS). Pós-Doutor em Educação Ambiental (PPGEA/FURG). Coordenador do Centro de Estudos e Pesquisas em Seguridade Social (CEPESS). Pesquisador do Centro de Estudos Jurídico-Sociais (FURG). Professor do Mestrado em Direito e Justiça Social da FADIR/FURG. Advogado Previdenciário em Pelotas/RS. E-mail: jrcc.pel@gmail.com

<sup>2</sup> Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões (ULBRA/RS), Pós-Graduação em Direito do Trabalho e Previdenciário (FACULDADES ATLÂNTICO SUL/PELOTAS), Advogada Previdenciária. E-mail: anamaria\_isquierdo@gmail.com

## **ABSCTRAT**

Social assistance is born, historically, together with capitalism in the late eighteenth century. This system brings a number of problems not previously known to the new class that is proletarianized. Having first tied to religious charities, whose legacy is felt today passes in a second time to state responsibility demonstration. In Brazil, the Federal Constitution of 1988, after much struggle by the new civil society out of a military dictatorship that lasted two decades, was guindada fundamental social right. Its effectiveness and implementation, by common pathways, however, did not comply with constitutional dictates. Law nº 8742/93, which regulates the social assistance after nearly five years of CF/88, restricted access to this right due to three criteria, closely analyzed in this work: the family income, the concept of disability and impairment and the concept of family used to grant this benefit.

**KEYWORDS:** Social Assistance; Security; Public Policy.

## **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 Presidências das LBA's. Assim como podemos compreender um certo sentimento piegas herdado de uma concepção de Assistência Social atrelada à Igreja Católica, cuja missão era distribuir 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 falta de interesse em cumprir o preceito Constitucional, conforme veremos no presente trabalho.

Para compreender o cenário em que os direitos sociais assistenciais foram se construindo, investigaremos no primeiro tópico a origem e desenvolvimento histórico destes direitos. No segundo tópico, enfocaremos a assistência e o assistencialismo no Brasil, duas concepções distintas que merecem ser investigadas para os fins colimados no presente trabalho.

A Constituição Federal de 1988 alça os direitos sociais à condição de direitos fundamentais, conforme analisaremos no terceiro tópico proposto.

A efetivação, por outro lado, deste direito passa pela legislação infraconstitucional que veio a seguir, tardiamente, em 1993, com a edição da Lei nº 9874 deste mesmo ano. Ocorre que os critérios de necessidade, tal como constou originalmente no art. 203 da CF/88, bem como os critérios de deficiência e de família, tornaram por restringir o acesso à esse direito. São estes critérios que abordaremos nos tópicos quarto, quinto e sexto.

## I – GÊNESE E LEGADO DOS DIREITOS SOCIAIS ASSISTENCIAIS

É cediço que 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, representado 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 constituía: fome, doenças epidêmicas, 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 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)

No começo do Século XX, na Inglaterra, os direitos assistenciais ganham novo sentido, diante do chamado Plano Beveridge. Esse plano, encomendado pelo governo inglês ao médico sir William Beveridge, decorre das influências trazidas pela doutrina keynesiana como resposta à grande depressão econômica dos anos 1920. O esgotamento do sistema liberal-capitalista, cujo marco foi a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, em 1929, "fundamenta e propaga a necessidade de intervenção do Estado na economia para assegurar alto nível e atividade econômica mediante o investimento público, o trabalho intensivo, a propensão ao consumo e o pleno emprego." (PEREIRA, 2007, p. 61).

O Plano Beveridge, cunhado em plena Segunda Grande Guerra em 1942, já previa um conceito de seguridade social ampliado, composto pela saúde (universalista), previdência (contributiva), assistência (não contributiva e ampliada), bem como o incentivo ao trabalho e ao emprego.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Vejamos que não foi este o sistema adotado pela Constituição Federal de 1988. Notadamente de corte bismarkiano, nosso sistema, embora tenha inegavelmente avançado quando da construção do conceito de seguridade social, a composição desta, em áreas estanques e não relacionadas (saúde, previdência e assistência), apresenta sem dúvida uma perda de efetividade no que respeita às políticas públicas protecionistas. Além de seu aspecto isolacionista das áreas que a compõe, foram criados Ministérios

Este modelo, portanto, que subsidiou vários planos securitários organizados pelos demais países ocidentais, inclusive para fazer frente aos prejuízos, em todas as suas dimensões, trazidos pela Segunda Guerra Mundial, deu fôlego e ânimo aos direitos sociais assistenciais. O Estado foi chamado a ter um compromisso para com estes, muito embora essa relação seja dialética, ou seja, também tinha interesse em manter estes direitos como forma de regulação e legitimação.

A partir das décadas de 1970-80, no Século que findou, passam a ter um refluxo devido às políticas neoconservadoras trazidas pelas políticas neoliberalizantes.

Neste novo cenário, que nos países periféricos começou em torno de dez, vinte anos depois (no Brasil a partir do Governo Collor de Melo, em 1990), os direitos sociais, especialmente os de matiz assistencial, passam a ser um dos responsáveis pela crise do capital. O Estado, que antes assumiu esta tarefa, agora é compelido a reduzir os “gastos sociais” para com a Assistência Social.

Dado o contexto histórico em que nascem estes direitos, cuja compreensão é fundamental para entender a sua expressão no Brasil, passamos, no próximo tópico, a analisar a sua gênese e trajetória em nossa sociedade.

## **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, quiçá pelo legado trazido pela “Lei dos Pobres”, conforme visto anteriormente. Tanto é que o nascedouro dos auxílios aos pobres, no Brasil, esteve vinculado, historicamente, com a filantropia religiosa, num primeiro momento, e, posteriormente, sob os cuidados de instituições públicas, mas com gestão privada, como é o caso da Legião Brasileira de Assistência - 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

---

também específicos para as gestões respectivas (INSS, MDS etc.), o que é agravado pelo fato de outras políticas protecionistas, à exemplo da proteção aos desempregados (seguro-desemprego) e programas de incentivo ao emprego e a reabilitação profissional, somente para citarmos alguns casos mais conhecidos, não estarem sobre o manto da proteção social securitária.

Mundial, através da prestação de serviços assistenciais às famílias dos convocados.” (SPOSATI; FALCÃO; 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 constatação<sup>4</sup>.

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

---

<sup>4</sup> 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.

dos seis maiores Institutos então vigentes, ainda assim restaram excluídos os trabalhadores rurais, os domésticos e os trabalhadores na informalidade.<sup>5</sup>

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. Este é a questão central a ser analisada no próximo tópico.

### **III - A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL A PARTIR DA CF/88**

Elevada como uma das pilstras da Seguridade Social pela Constituição Federal de 1988, juntamente com a Saúde e Previdência, a Assistência Social passa a ser compreendida como direito fundamental. Trata-se, 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.

---

<sup>5</sup> 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 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.

Não desconhecendo esse avanço, como se disse, concordamos com Potyara Pereira quando afirma que “o conceito de Seguridade Social abraçado pela Constituição Federal brasileira de 1988 é restrito e acanhado, se comparado ao esquema concebido por Beveridge, em 1942.” (PEREIRA, 2007, p. 66). As razões que conduzem a essa constatação são simples: permaneceu uma concepção isolacionista das três áreas articuladas (saúde, previdência e assistência), restando claro que a primeira deveria ser universal, a segunda contributiva e a assistência de caráter altamente seletivo, destinada somente aos miseráveis<sup>6</sup>.

De qualquer forma, torna-se inegável que a CF/88, fruto de um debate intenso na sociedade civil após vinte anos de ditadura militar, apontou em direção de uma assistência social, o que é expressado por seu artigo 203: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tempo por objetivo:...”

Percebe-se, pela redação taquigráfica do artigo indigitado, que o critério eleito pelo constituinte de 1988 é o da **necessidade**. A princípio, todo o cidadão e cidadã que estivesse na condição de necessitado passaria a ter direito à assistência social, especialmente ao único benefício pecuniário que dela resultou. Não há nenhuma referência, no texto constitucional, à pobreza e à miséria, como condição de elegibilidade junto à Assistência Social.

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

De outro lado, não somente no critério nefasto da renda mensal “per capita” inferior a ¼ do SM legal restou redutor deste direito, mas também o critério de deficiência, expostos no artigo 20, § 2º, da Lei 8.742/93, passaram a restringir mais

---

<sup>6</sup> Insta observarmos que esta concepção, de proteção somente aos miseráveis, e não aos pobres e necessitados, foi respaldada pelo critério da renda mensal “per capita” exigido aos postulantes do único benefício pecuniário constante na LOAS de 1993. A percepção de valor mensal inferior a ¼ do salário mínimo, como previsto no artigo 20, § 3º, passou a albergar somente aqueles cidadãos que vivem abaixo da linha da pobreza, como investigamos no tópico seguinte.

ainda a possibilidade do alcance do BPC Assistencial em decorrência do aferimento desta condição pelo restrito e problemático sistema pericial a cargo do INSS.

#### **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 1/4 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). Mesmo se utilizarmos os critérios utilizados pelo próprio Banco Mundial, que demarca a linha da pobreza quem percebe menos que 1,72 U\$ por dia, o critério trazido na legislação infraconstitucional é por demais aviltante.<sup>7</sup>

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, o que vale dizer, destinada àqueles que estão na miséria absoluta.

Aceitar esse referencial é ferir de morte o direito social assistencial de feição fundamental, como consagrado no art. 203, da Constituição Federal de 1988, que assim

---

<sup>7</sup> Este valor, considerando a cotação atual do dólar quando escrevemos este trabalho, em julho de 2014, de dois reais e vinte centavos redondos, estará abaixo da linha da pobreza quem recebe em torno de R\$ 409,00 mensais. (conf. matéria publicada no Jornal **Folha de São Paulo**, São Paulo, p. 5, 10 maio 2014.

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.<sup>8</sup>

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 constatar 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.

---

<sup>8</sup> <http://www-suipe2/temp/consulta12043070h.htm>

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).

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)

De qualquer modo, cinco anos mais tarde, 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 percapita 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, 1, 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 merecedor da proteção social assistencial.

Por outro lado, a utilização do critério do meio salário mínimo, conforme vem adotando nossos Pretórios, 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 PREVIDENCIÁRIOS E SUA INCOMPETÊNCIA NA AFERIÇÃO DA DEFICIÊNCIA/INCAPACIDADE**

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 suas referências pautadas 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.<sup>9</sup> 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

---

<sup>9</sup> <http://www-suibe2/temp/consulta12043070h.htm>

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.

No rumo que estamos seguindo já é possível dizer que o ato pericial não pode se esgotar somente na avaliação das funções e estruturas do corpo. Estas, diga-se, são facilmente avaliáveis por meio de uma perícia médica.

Ocorre que o conceito de incapacidade e de deficiência sofreu uma significativa alteração no último decênio, notadamente a partir de 2001 quando a Organização Mundial da Saúde (OMS) emitiu a CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE FUNCIONALIDADE, INCAPACIDADE E SAÚDE (CIF).<sup>10</sup>

O fundamento desta classificação, que deve ser vista conjuntamente com a CID-10, vez que esta fornece um modelo etiológico das condições de saúde, repousa na fixação dos critérios de avaliação fundados em dois domínios: funções e estruturas do corpo e atividades e participação (CIF-CJ, 2011, p.35)<sup>11</sup>.

Quiçá o maior mérito da CIF-2001 é ter agregado outros elementos, relacionados ao estado de saúde, dando outro enfoque ao que se denomina de incapacidade e deficiência. Como registra a CIF-2011, “duas pessoas com a mesma doença podem ter níveis diferentes de funcionamento, e duas pessoas com o mesmo nível de funcionamento não têm necessariamente a mesma condição de saúde.” (CIF-2011, p. 35).

Vejamos os domínios da saúde e os relacionados à saúde, a partir da perspectiva do corpo, do indivíduo e da sociedade:

---

<sup>10</sup> A CIF de 2001 é uma revisão da Classificação Internacional de Deficiências, Incapacidades e Limitações (ICIDH), publicada pela OMS em 1980, de forma experimental. A CIF atual é fruto de cinco anos de trabalho, reunindo vários países, inclusive com uma participação efetiva do Brasil, vindo a ser aprovada pela 54ª Assembleia Mundial de Saúde, em maio de 2001.

<sup>11</sup> Esclarecemos que iremos utilizar a versão da CIF publicada pela Universidade de São Paulo, cujo título é **Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – Versão para Crianças e Jovens**, em conjunto com a Organização Pan-americana da Saúde e Organização Mundial da Saúde, publicado pela EDUSP. Para fins de citação utilizaremos somente (CIF-2011). Pode ser consultada, na página [www.scielo.br/pdf/rbepid/v8n2/11.pdf](http://www.scielo.br/pdf/rbepid/v8n2/11.pdf), uma versão completa da CIF em Português.

“(1) Funções e estruturas do Corpo e (2) Atividades e participação. Como uma classificação, a CIF agrupa sistematicamente diferentes domínios de uma pessoa em uma determinada condição de saúde (e. g., o que uma pessoa com uma doença ou transtorno faz ou pode fazer). Funcionalidade é um termo que abrange todas as funções do corpo, atividades e participação; de maneira similar, incapacidade é um termo que abrange deficiências, limitação de atividades ou restrição na participação. A CIF também relaciona os fatores ambientais que interagem com todos estes construtos.” (CIF-2011, p. 35).

Por esta razão é que este documento aconselha o uso conjunto da CID-10 com o modelo construído a partir das condições ambientais e de participação dos indivíduos<sup>12</sup>. O eixo se desloca da doença para analisar a saúde. O que vale dizer: para sabermos se um indivíduo é incapaz é necessário que tenhamos uma visão etiológica associada ao estado de saúde: “A CIF transformou-se, de uma classificação de ‘consequência da doença’ (versão de 1980) em uma classificação dos ‘componentes da saúde’.” (CIF-2011).

No que refere à sua aplicação na Previdência Social, na Saúde e na formulação de políticas públicas resta afirmado que

“A CIF é útil para uma ampla gama de aplicações diferentes, por exemplo, previdência social, avaliação do gerenciamento da assistência à saúde e estudos de população em níveis local, nacional e internacional. Oferece uma estrutura conceitual para as informações aplicáveis à assistência médica individual, incluindo prevenção, promoção da saúde e melhoria da participação, removendo ou mitigando os obstáculos sociais e estimulando a provisão de suportes e facilitadores sociais. Ela também é útil para o estudo dos sistemas de assistência médica, tanto em termos de avaliação como de formulação de políticas públicas.” (CIF-2011, p. 38).

---

<sup>12</sup> “A CIF pertence à família de classificações internacionais da OMS, cujo membro mais conhecido é a CID-10 (Classificação Estatística Internacional das Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - Décima Revisão). A CID-10 fornece uma estrutura de base etiológica para a classificação, através de diagnósticos de doenças, de perturbações e de outras condições de saúde. Em contrapartida, a CIF classifica a funcionalidade e a incapacidade associadas às condições de saúde. A CID-10 e a CIF são, portanto, complementares e os utilizadores são incentivados a usá-las em conjunto no sentido de se obter uma visão mais ampla e significativa do estado de saúde dos indivíduos e das populações. A informação sobre mortalidade (fornecida pela CID-10) e a informação sobre saúde e sobre as consequências na saúde (fornecidas pela CIF) podem ser conjugadas em medidas sintéticas sobre a saúde da população.” (CIF-2001).

A CIF propõe a análise da incapacidade e da funcionalidade através de uma interação dinâmica de diversos fatores, como já acenamos. Nos Fatores Contextuais encontramos os fatores ambientais e pessoais, sendo que estes últimos interagem com todos os componentes da funcionalidade e da incapacidade. Vale lembrar, pela importância que assumem nesta concepção, os conceitos de incapacidade e de funcionalidade: no termo incapacidade estão presentes as deficiências, limitações de atividades ou restrições na participação, enquanto no termo funcionalidade estão presentes todas as funções do corpo, atividades e participação.

Indícios desta viragem, da perícia biomédica à perícia biopsicossocial, já podem ser encontrados na jurisprudência, a exemplo do disposto nas Súmulas nº 48 e 49, lavradas pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Vejamos:

SÚMULA 47 - “Uma vez reconhecida a incapacidade parcial para o trabalho, o juiz deve analisar as condições pessoais e sociais do segurado para a concessão de aposentadoria por invalidez.”

SÚMULA Nº 48 – “A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.”

Na primeira construção jurisprudencial torna-se imperativo (pela flexão do verbo “deve”) que o juiz monocrático, pois ele é o juiz natural, analise as condições pessoais e sociais. Estas condições, por certo, podem ser traduzidas pelos critérios psicossociais constantes na CIF-2001 e na Convenção...2007, amplamente estudados no Capítulo III desta obra.

Na outra Súmula, que refere aos benefícios assistenciais, encontramos um resquício deste entendimento, quando relativiza a incapacidade total ou a deficiência, para que os candidatos ao BPC da LOAS façam jus a este benefício.<sup>13</sup>

A jurisprudência pátria, emanada de diversos Tribunais Regionais Federais, reforça igualmente o indicio desta mudança de paradigma, como veremos nos julgados a seguir colacionados.

Percebemos, pela leitura destes julgados, que os critérios da CIF e da Convenção...2007, não estão sendo utilizados explicitamente, mas

---

<sup>13</sup> Neste ponto também existe uma grande e visível limitação das pericias biomédicas. Devido ao fato de os benefícios assistenciais estarem no manto da Previdência Social, é o setor pericial do INSS quem avalia o critério da invalidez/incapacidade por longo prazo/deficiência. Estes, que possuem seus referenciais atrelados ao “mundo do trabalho”, avaliam os candidatos ao BPC assistencial com este mesmo referencial. O resultado, no mais das vezes, é desastroso, como sabemos.

implicitamente quando avaliam e sopesam os critérios de baixa renda, a escolaridade dos segurados, os fatores pessoais e sociais, bem como a idade dos segurados/autores<sup>14</sup>.

Registre-se que encontramos somente um julgado, em pesquisa feita até janeiro de 2014, emanado da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, que cita expressamente a CIF-2001, valorando fatores sociais e pessoais para a concessão de benefício por incapacidade do postulante. Vejamos a Ementa deste importante julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. AUXÍLIO-DOENÇA/APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. PORTADOR DO VÍRUS HIV. PERÍCIA QUE ATESTA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. SITUAÇÃO FÁTICA QUE PODE DEMONSTRAR IMPOSSIBILIDADE DE REINserÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. INCIDÊNCIA DO BROCARDO JUDEX PERITUS PERITORUM (JUIZ É O PERITO DOS PERITOS). INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DA LEGISLAÇÃO. PERÍCIA INCOMPLETA. RECURSO CONHECIDO. PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A interpretação sistemática da legislação permite a concessão de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez se, diante do caso concreto, os fatores pessoais e sociais impossibilitarem a reinserção do segurado no mercado de trabalho, conforme livre convencimento do juiz que, conforme o brocardo judex peritus peritorum, é o perito dos peritos, ainda que não exista incapacidade total para o trabalho do ponto de vista médico. 1.1. Na concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, a incapacidade para o trabalho deve ser avaliada do ponto de vista médico e social. Interpretação sistemática da legislação (Lei nº 7.670/88; Decreto 3.298/99; Decreto 6.214/07; Portaria Interministerial MPAS/MS Nº 2.998/01). 2. Além disso, o novel Decreto nº 6.214/07, aplicável analogicamente ao caso estabelece: "Art. 4º. Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se: III - incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação

---

<sup>14</sup> Marco Aurélio Serau Jr., na clássica e indispensável obra, **Curso de Processo Judicial Previdenciário**, Editora Gen:Método, 2010, fornece uma série de exemplos no sentido ora esposado. Ver especialmente o tópico "Prova Pericial", fls. 211 e ss.

entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social"; "Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde nº 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. Parágrafo 1º. A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social. Parágrafo 2º. A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades"; (Art. 16, § 2º, Decreto nº 6.214/2007). 3. A intolerância e o preconceito contra os portadores do HIV, que ainda persistem no seio da sociedade brasileira, impossibilitam sua inclusão no mercado de trabalho e, em consequência, a obtenção dos meios para a sua subsistência. 4. O princípio da dignidade humana é fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF) 4.1. O Poder Judiciário tem coibido a discriminação contra o portador do HIV, nos casos concretos e específicos que lhe são submetidos. 4.1.1. Quando o preconceito se manifesta de forma difusa, velada, disfarçada, o Estado-Juiz deve intervir, reconhecendo as diferenças, sob pena de, na sua omissão, compactuar com a intolerância com os portadores dessas mesmas diferenças. 5. Prova pericial incompleta, que não informa se há sinais exteriores da doença, que possam levar a identificação do segurado como portador do vírus HIV. Necessidade de nova perícia. Sentença anulada. 6. Incidente de uniformização conhecido e parcialmente provido. (PEDILEF nº 200783005052586, TNU, Rel. Maria Divina Vitória. j. 18.12.2008, maioria, DJU 02.02.2009).

Vejamos, neste último tópico, o critério de “família” utilizado na concessão dos benefícios assistenciais da LOAS, no intuito de demonstrar o seu descompasso para com os demais critérios utilizados nos programas diversos de transferência de renda, com notório prejuízo na avaliação de sua política.

## **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 é a perda da finalidade deste benefício, diante da concepção restrita do que seja “família”.

Registre-se, por oportuno, que a ordem disposta no artigo 16 da Lei de Benefícios segue em linhas gerais os critérios civilistas para os fins de direito sucessório (COSTA, 2013), configurando-se como inadequado, sob o ponto de vista da proteção social.

Não é possível coadunar-se a complexidade das relações e arranjos existentes na sociedade atual, com estes critérios restritivos elaborados para nortear o direito sucessório. A proteção social de um sobrinho, afilhado ou até mesmo um menor agregado, não pode ser alcançado tendo em vista o conceito restrito já mencionado.

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).

Diante dessa defasagem, resultante da compreensão do conceito restrito de família, a Assistência Social deverá apropriar-se dos avanços havidos em outras áreas jurídicas, a exemplo do Direito das Famílias, alargando a concepção tradicional até então vigente. Por certo que o critério previdenciário, como vimos, é insuficiente para os fins ora propostos.

## 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 solidarismo social, ou das pecúnias populistas emanadas do Estado, ainda não é, efetivamente, tratado enquanto um Direito Fundamental Social.

Como política pública de Estado, vez que extrapola os diversos governos que vem se sucedendo, a Assistência Social apresenta um duplo viés: tanto como política compensatória, em decorrência das gritantes desigualdades em nosso País em que parcela majoritária da população não participa da divisão da riqueza social e coletivamente produzida, tanto como fruto da luta política travada pelos menos favorecidos e empobrecidos economicamente, na busca da própria sobrevivência dentro do sistema.

Por outro lado, a Assistência Social no Brasil não pode ser pensada como no cenário atual, em que seus signatários devem abdicar da cidadania e de seus outros direitos, para poderem alcançar o benefício de prestação continuada pecuniário oferecido pela LOAS. Ao invés de incluir, faz notória exclusão de seus partícipes.

A compreensão de que a Assistência Social é mera benesse do Estado ou esmola daqueles que detêm o poder econômico para os que nada possuem deve ser, de vez por todas, soterrada.

Não é demais afirmar que a sociedade brasileira possui uma dívida histórica e acumulada para com parcela significativa e majoritária de seus cidadãos. Fruto de uma divisão desigualitária daquilo que é socialmente produzido, a Assistência Social busca, por um lado, reparar esse déficit. Por outro, dentro de uma concepção histórico-dialética, é política de governo e de Estado através de ações compensatórias que buscam apaziguar as contradições intrínsecas à sociedade capitalista.

De qualquer sorte, parece não restar dúvida de que a sua real concretização alça os cidadãos mais pobres e carentes a uma condição de mínima dignidade, sendo, por isso, fundamental para prover os denominados “mínimos sociais” ou “existenciais.”

## REFERÊNCIAS

**CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE FUNCIONALIDADE, INCAPACIDADE E SAÚDE – versão para crianças e jovens.** Organização Pan-americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde/Centro Colaborador da OMS para a Família de Classificações Internacionais em Português. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 2011.

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. **Direito do Trabalho e Direito Previdenciário: subsídios ao Trabalho Social.** Jundiaí : Paco Editorial, 2013.

COUTO, Berenice Rojas. **O Direito Social e a Assistência Social na Sociedade Brasileira: uma equação possível?** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006.  
**Folha de São Paulo,** São Paulo, p. 5, 10 maio 2014.

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

**Folha de São Paulo,** São Paulo, p. 5, 10 maio 2014

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.

SERAU Jr., Marco Aurélio. **Processo Judicial Previdenciário**. São Paulo : Método Editora, 2011.

SPOSATI, Aldaíza de Oliveira; FALÇÃO, Maria do Carmo; FLEURY, Sônia Maria Teixeira. **Os Direitos (Dos Desassistidos) Sociais**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

PEREIRA, Potyara A. "A Política Social no Contexto da Seguridade Social e do *Welfare State*: a peculiaridade da Assistência Social". *In: Serviço Social e Sociedade*. N. 55, ano XVIII, nov. 1997, p. 61-76.

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