

OS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTÍNUA – SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

Hílda Aparecida Francísco
Kamilla Aparecida De Oliveira

RESUMO

Este artigo jurídico apresenta reflexões acerca dos requisitos do benefícios de prestação contínua , conforme regulamento art. 20 da lei 8.472/93. O foco consiste na análise de possíveis interpretações extensivas aos requisitos estabelecidas pela lei para a concessão do benefício em estudo. Uma vez que o artigo 20 da Lei 8.472/93 restringe ao mandamento constitucional que garante o Benefício de Prestação contínua, o que não pode ser permitido ao ordenamento jurídico. A essência do trabalho é dar efetividade ao BPC. Isto é ao sistema de assistência contínua Social, por meio da análise de cada caso concreto individualizado sob a Ótica Constitucional especialmente os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa Humana, evitando a proliferação de soluções injustas e conseqüentemente, a insegurança jurídica.

SUMMARY

This legal paper reflects on the provision of benefits requirements continues as art regulation. 20 of Law 8472/93. The chosen focus is the analysis of possible interpretations extend the requirements established by law for the grant of benefit under study. Since Article 20 of Law 8472/93 restricts the constitutional law which guarantees the provision of Benefit continues, which can not be allowed to law. The essence of the job is to give effect to the BPC. This is the care system continues Social, through the analysis of each individual case in the Constitutional optical especially the principles of equality and dignity of the Human Person, avoiding the proliferation of unfair solutions and consequently the legal uncertainty.

Palavras-chave: Assistência Social, Benefício de Prestação Contínua. Requisitos e Análise Constitucional.

Sumário: Introdução. 1. O Benefício Assistencial de prestação contínua no ordenamento jurídico. 2. –Requisitos sob. á Ótica Constitucional, 2.1 A Cobertura e o de atendimento. 2.2 Conceitos diferentes de Família no Ordenamento Jurídico. 2.3 Hipossuficiência 3. Da Inconstitucionalidade do par. 3º . Do artigo 20, da Lei 8.472/93. Conclusão e Referencias.

INTRODUÇÃO

A Assistência social, como um dos direitos social subjetivos fundamentais, surge para garantir a existência digna àquelas pessoas que não tem condições

de prover seu próprio sustento, e que por não terem pago as contribuições ao inss, estão a margem da proteção que seria garantida pela Previdência Social ,Diante disso como uma das modalidades assistencial, na forma de prestação Continua , Objeto deste artigo, previsto no art. 203 V ,da Constituição que corresponde a garantia de um Salario Mínimo á pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover o á própria manutenção ou de tê-la provida por sua Família, regulamentado pela Lei 8.472/93(Lei orgânica da Assistência Social) , e o Decreto n. 1.744, de 08/12/1995, que exigem o preenchimento dos seguintes requisitos para a concessão do beneficio: comprovação da deficiência ou idade mínima para o idoso não- deficiente; renda familiar mensal a ¼ do salario mínimo, não estar vinculado a nenhum regime da previdência social; e não receber beneficio de espécie alguma.

O presente trabalho por ter escopo estudar os requisitos de concessão do Beneficio Assistencial de Prestação Continua, Instituídos pelo LOAS, que restringiram o alcance do beneficio previsto do art. V do artigo 203 da C.F, e consequentemente a contemplação do principio da dignidade Humana. Que passou ter a sua abrangência limitada, não atendendo á verdadeira realidade social, deixando de fora alguns indivíduos que necessitam da percepção do beneficio para a sua subsistência, admitindo num Estado Social- Democrático a adoção de soluções injustas e prejudiciais as pessoas.

Desta forma , busca-se á traçar novas extensões aos requisitos de concessão do Beneficio continuo, definidos através do estudo das normas infraconstitucionais, em consonância com a C.F, com a finalidade de permitir que o beneficio atinja o seu real objetivo , qual seja de levar a dignidade a todas as pessoas que de alguma maneira tiverem seus direitos fundamentais de respeitados .

Por fim, para desenvolver o artigo, será utilizado o método descritivo de analise e bibliográfico. Em que se buscara traçar uma melhor interpretação dos requisitos de concessão do Beneficio a partir da Analise dos entendimentos de especialistas no assunto e, ainda, das decisões jurisprudenciais.

1 O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTÍNUA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A Constituição da República federativa do Brasil, promulgada em 1988, visando dar efetividade aos fundamentos do Estado Brasileiro, em especial o da dignidade da pessoa humana e concretizar os objetivos previstos no art. 3º. Entre os quais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, instituiu-o um importante instrumento de proteção social, que garante a proteção de todos os cidadãos nas situações geradoras de necessidades, A referida proteção foi chamada seguridade social.

Tem que registrar ainda, que no texto constitucional de 1988 inclui nos direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mais igualmente os direitos sociais. Dentre estes direitos sociais se encontra o direito à Seguridade Social. Que abrange um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e das sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos a saúde, à previdência e a assistência social art. 193 – todos direitos fundamentais, essencialmente.

... a finalidade comum dos direitos sociais é a de “assegurar ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna”. E mais completando seu raciocínio afirmando que a partir deste particular, assume especial relevo a íntima vinculação de vários destes direitos sociais com o direito à vida e com o princípio da dignidade humana, o que se manifesta de forma contundente nos direitos ao salário mínimo, assistência e previdência social, bem como no caso do direito à saúde, justificando assim, a concepção da Seguridade Social como direito fundamental no ordenamento jurídico nacional.

O presente artigo se restringe à análise de uma das modalidades da Seguridade Social, qual seja a Assistência Social que está diretamente conectada com o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio maior consagrado no artigo 1º, inciso III, do Título I da Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O princípio da dignidade da pessoa humana visa a otimizar os direitos individuais e sociais contra o arbítrio estatal. Dessa forma, qualquer medida que possa colocar em risco ou, até mesmo, aniquilar um desses direitos deverá sofrer repressão, já que esse princípio consagra em amplitude os direitos humanos.

Todo homem é dotado de dignidade. Esta é adquirida desde o nascimento e até o de sua morte. Portanto, deve ser respeitada de forma absoluta, restringindo-se atitudes desmedidas que venham transgredir a dignidade humana, assim como, devem ser fomentadas as ações tendentes a ampliá-la e promovê-la, como é o caso da Assistência Social que funciona como propulsora de um quadro social mais digno.

A Assistência Social é um direito do cidadão e um dever do Estado, e tem de ser prestada a quem dela necessitar. Trata-se, por certo, de um direito garantido a todo indivíduo que, além de se encontrar em estado de privação, se apresenta também impossibilitado de prover imediatamente a sua subsistência. ..., o Estado se apresenta como meio de satisfazer as necessidades sociais, através de medidas que compensem as fraquezas dos indivíduos, pela introdução dos direitos sociais. Essa compensação se justifica em nome de uma justiça distributiva, da equidade ou da igualdade de oportunidades.

Uma das concretizações da Assistência Social é o Benefício Assistencial de Prestação Continua, objeto central deste estudo, regulamentado pela C.F, em seu art. 203, inciso V, que garante um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. Tal benefício também se encontra regulado na Lei nº 8.472, de 07 de dezembro de 1993, conhecida como Lei Orgânica da Assistencial Social (LOAS), uma das mais importantes normas reguladoras da Assistência Social, na qual estão traçadas os objetivos e princípios próprios da Assistência Social e regulamentadas as formas de prestação do Direito Fundamental Assistencial, quais sejam, por meio de pagamento de benefícios , prestação de serviços, realização de projetos e programas sociais.

O Benefício Assistencial de Prestação Continua possui essa denominação por ter trato sucessivo, continuado, ou seja, é uma prestação pecuniária mensal no montante de um salário mínimo. É de duração indefinida, porém, deve ser revisto a cada dois anos, a fim de examinar se persiste – ou não – a

situação fática que motivou sua concessão, judicial ou administrativa (art. 21 da Lei n. 8.742/93 e art. 42 do Decreto n. 6.214/2007).

Os requisitos de concessão do Benefício de Prestação Continua estão taxados no art. 20 da Lei nº 8.472/93 e são os seguintes: comprovação da deficiência ou da idade mínima para o idoso não deficiente; renda familiar mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo; não estar vinculado a nenhum regime de previdência social; e não receber benefício de espécie alguma.

Tem se discutido o restrito alcance do Benefício, sua rigorosa e crescente seletividade, seu desvirtuamento em relação ao anunciado na Constituição e as sucessivas medidas governamentais no sentido de sua contenção. Portanto, importante se faz analisar os requisitos do Benefício de Prestação Continua sob a ótica constitucional, conforme se fará nas seções seguintes deste artigo jurídico.

A Lei Orgânica da Assistência Social restringiu o alcance do benefício previsto pelo inciso V, do artigo 203, da C.F, e conseqüentemente, a contemplação, especialmente, do princípio da dignidade humana que passou a ter a sua abrangência limitada, não atendendo a verdadeira realidade social, deixando de fora alguns indivíduos que necessitavam da percepção do benefício para manter a sua dignidade, admitindo num Estado Social-Democrático a adoção de soluções injustas e prejudiciais aos cidadãos.

Ora, sendo o direito à Assistencial Social um direito de garantia dos mínimos sociais para que uma pessoa possa viver com dignidade, não poderia a lei infraconstitucional restringir o alcance de tal garantia fundamental, contrariando princípios constitucionais e universais, nos quais as normas de Assistência Social devem se pautar, especialmente, o da dignidade da pessoa humana.

Este artigo jurídico pretende apresentar padrões adequados para análise dos requisitos de concessão do Benefício de Prestação Continua, exigidos pela Lei 8742/93, sob a ótica constitucional, a fim de evitar decisões injustas no âmbito da assistência social e assegurar a universalidade de sua cobertura àqueles que necessitam desse auxílio do Estado para a manutenção de uma vida digna, apresentando, para isso uma interpretação mais adequada para análise dos requisitos de concessão do Benefício de Prestação Continua exigidos pelo artigo 20, da LOAS, à luz da C.F de 1988.

2. REQUISITOS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

2.1. A Cobertura e o de atendimento

A universalidade de cobertura e do atendimento é um dos princípios constitucionais da Seguridade Social, visto no art. 194, parágrafo único, inciso I, da CRFB/88, que revela a adoção de um sistema protetivo amplo, o único capaz de atingir o bem-estar e a justiça sociais, que são objetivos da ordem social, conforme visto no art. 195 da Carta Mãe.

A seguridade social, fruto do constitucionalismo social que conferiu dignidade constitucional à questão social, é o instrumento utilizado pelo Estado para realizar o bem-estar e a justiça sociais, o que somente será realidade quando todos tiverem acesso a um padrão mínimo. Por isso, o princípio da universalidade é intrínseco à seguridade, na medida em que cabe ao Estado e a sociedade garantir a todos o mínimo necessário, conhecido como mínimo existencial.

Por universalidade de cobertura, ... entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite. No âmbito da Assistência Social, aqueles que não possuem condições de prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, e que não são cobertos pela Previdência, já que não são segurados desse regime.

O Benefício de Prestação Continua, como anteriormente mencionado, é uma das ações da Assistência Social que tem por objetivo garantir um salário mínimo de benefício mensal a pessoa portadora de deficiência e ao idoso, art. 203, inciso V, da CF. Contudo, não restou bem definido para fins de concessão do referido benefício quem seriam os portadores de deficiência e qual a idade mínima para o idoso. É bem certo que a LOAS, por conta própria, no seu art. 20, arbitrariamente, delimitou quem eram os beneficiários, restringindo o deferimento do benefício assistencial.

Diante desta discricionariedade da LOAS, passou a existir no ordenamento jurídico nacional um conflito entre a norma constitucional (art. 203, inciso V, da CRFB/88) e a norma infraconstitucional (art. 20 da Lei 8.742/93), que admitiam diferentes soluções a casos semelhantes, quando da concessão do benefício

em comento, gerando maior insegurança jurídica aos potencialmente necessitados.

Por isso, neste artigo pretende-se abordar a mais adequada interpretação ao requisito de concessão do § 2º, do art. 20, da Lei 8.742/93, diante do princípio da universalidade de cobertura e de atendimento.

Em relação ao portador de deficiência o inciso V, do art., 203, da CRFB/88, garante a percepção do benefício assistencial ao deficiente que comprovar não ter condições de manter seu próprio sustento, ou de ser mantido por sua família, exigindo apenas impossibilidade de acesso a qualquer fonte de renda.

Ocorre que, com a regulamentação do artigo referido pela Lei 8.742/93 – LOAS – a pessoa portadora de deficiência passou a ser “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”. Desta forma, não foi a deficiência que passou a ser tutelada, mas a incapacidade para o exercício das atividades.

Com efeito, o que a norma constitucional exige é que a lei ordinária regulamente seu dispositivo, estabeleça parâmetros e meios de operacionalização e aferição dos requisitos pré estabelecidos pela Constituição, respeitando o intento do constituinte de garantir um direito fundamental (vida digna) aos que necessitam dessa garantia, sem criar qualquer obstáculo a isto, até porque a interpretação que deve ser conferida as normas constitucionais que asseguram direitos fundamentais devem ser sempre no sentido de garantir-lhes a máxima eficácia.

Assim, resta salutar que, ao adotar o conceito criado pela LOAS, está o aplicador da lei restringindo o benefício a determinadas deficiências, aos recém-nascidos deficientes, e aos idosos, dos quais não se exige a comprovação da incapacidade, deixando desprotegidas uma infinidade de pessoas portadoras de deficiência que não possuem meios de obter uma fonte de renda digna, revestindo tal ato de inconstitucionalidade, pois ignora a incidência da dignidade da pessoa humana, que assegura a todas as pessoas, o direito a uma vida digna.

Dadas essas considerações, torna-se patente que a Lei 8.742/93, ao estabelecer em seu art. 20, §2º, que a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho, extrapolou sua função de mera regulamentação da norma constitucional, passando a exigir um novo requisito para a concessão do benefício, não previsto na Constituição, qual seja, a incapacidade do deficiente para a vida independente.

Aliás, o dispositivo legal é de todo desarrochado. Ora, se a Constituição assegurou a renda mensal de um salário mínimo ao deficiente carente que não tenha condições para o trabalho e esse foi o único requisito previsto pelo Texto Constitucional, logicamente o fez para que aqueles que não podem trabalhar em razão de deficiência física ou mental e não possuem meios de subsistência digna, não venham a sofrer consequências da miserabilidade que certamente os atingirá caso não sejam assistidos pelo Estado. De nada importa se eles possuem capacidade para a vida independente ou não. O que é relevante é a capacidade para o trabalho, pois é por meio dele que um indivíduo poderá assegurar o próprio sustento ou de sua família. Tanto que a incapacidade laboral, ao lado da carência financeira, foram os únicos requisitos estabelecidos pela Constituição para a obtenção do BPC

A incapacidade para a vida independente, segundo orientação seguida pelo INSS ao analisar, no âmbito administrativo, os pedidos de BPC, é aquela que impede o indivíduo de realizar por conta própria atividades do cotidiano, tais como locomover-se ou alimentar-se sozinho, realizar a própria higiene pessoal, etc. Daí se percebe a total incoerência da exigência dessa incapacidade para a concessão do benefício. Seguindo a linha de raciocínio adotada pela autarquia previdenciária, em cumprimento a Lei 8.742/93 teria a seguinte hipótese: a pessoa deficiente, carente financeiramente que, não obstante seja absolutamente incapaz de realizar qualquer tipo de trabalho, possua condições para se alimentar ou se higienizar sozinha, não teria direito ao benefício ficando completamente desamparada pelo Estado.

Assim, esta pessoa não pode promover o próprio sustento, nem tê-lo por sua família, nem pelo Estado, que tem o dever constitucional de amparar os necessitados.

Os tribunais nacionais, sensíveis à condição social do deficiente e ao dever de amparar imposto ao Estado, têm reconhecido a inconstitucionalidade do § 2, do art. 20, da Lei 8.742/93, e vêm tornando letra morta a exigência cumulativa da “incapacidade para a vida independente” para a percepção do benefício almejado, pois tal exegese não encontra guarida na Constituição da República.

Com efeito, deve-se entender a incapacidade para a vida independente como aquela para a atividade laborativa, pois esta é o meio natural de onde indivíduo extrai o seu sustento e de sua família, surgindo à responsabilidade estatal quando tal mecanismo encontra-se prejudicado pela deficiência ou idade.

Assim, a capacidade para as atividades da vida independente não induz por si só a descaracterização da situação que enseja o pagamento do amparo.

O fato de vestir-se ou andar desacompanhado de outra pessoa não reflete a aptidão para o exercício de atividade profissional que lhe garanta provisoriamente a sua subsistência, sob pena de condicionar o deferimento do benefício àqueles em “estado meramente vegetativo”.

Nesse sentido o intuito reside na sensibilização quanto às situações em que se apresente impossível, na realidade fática, a promoção pela própria pessoa de sua manutenção em virtude de moléstia física ou psíquica, quando também seu grupo familiar não disponha de meios para fazê-lo, sendo esta a interpretação mais adequada para fins de determinar o que é a incapacidade e quem são os deficientes, beneficiários do Benefício de Prestação Continua.

Em relação ao idoso, o inciso V, do art. 203 determina que o idoso tem direito à percepção do BPC quando não possuir meios de prover seu sustento, não fazendo qualquer menção a qual é a idade mínima para o seu enquadramento como potencial beneficiário.

O requisito etário encontra-se regulado no art. 20, da LOAS, sendo garantido o benefício ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais. Com o advento da Lei 9.720/1998 foi fixado, no art., 38, da LOAS, que a idade prevista no art. 20 reduzir-se-ia para 67 (sessenta e sete) anos, contudo, partindo do ensinamento de **J.J. Gomes Canotilho**, o qual aduz “o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social”, nada mais contundente fez o legislador do que reduzir a idade prevista para a concessão do benefício assistencial para 65 (sessenta e cinco) anos, conforme redação do art. 34 do referido Estatuto.

Acerca do requisito etário para fins de conceituação de quem é a pessoa idosa a ser beneficiada pela Assistência Social, a indignação consiste no fato de que o Estatuto regula situações daquelas pessoas com mais de 60 (sessenta) anos de idade, mas o art. 34 do referido diploma legal, em especial, aplica-se apenas aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos. Em decorrência dessa especialidade, alguns especialistas, como por exemplo, **Vinicius Pacheco Fluminhan**, entendem pela inconstitucionalidade do artigo 34 do Estatuto do Idoso, conforme se passa a expor.

Ao analisar o art. 203, inciso V, da CRFB/88, observa-se que existe uma única razão a levar o indivíduo socialmente necessitado a ser assistido pelo Estado, qual seja, a sua incapacidade de prover a própria manutenção..

Entende-se que a incapacidade de prover a própria manutenção pode ser causada por duas situações conjuntas fundamentais, a saber: a debilitação da saúde e a perda de capacidade de trabalho. Portanto, a eleição dos idosos no artigo 203, inciso V, da C.F. se deve a uma presunção de que eles satisfaçam apenas pela idade os critérios de debilitação de saúde e perda da força de trabalho, causadores da incapacidade de prover a própria manutenção, que constitui estado de necessidade social passível de proteção pela Assistência Social.

Desta forma, é possível, através de dados estatísticos do IBGE (para saúde) e do CAGED (para o emprego), verificar que a situação do grupo de 60 (sessenta) anos ou mais é semelhante à situação do grupo de idosos com mais de 65 (sessenta e cinco) anos, no que diz respeito à concretização das situações fáticas que geram o estado de incapacidade previsto no art. 203, V, CF.

FLUMINHAN, Vinicius Pacheco. *Estatuto do Idoso: Inconstitucionalidade do artigo 34 e seus reflexos no Benefício Assistencial da Loas.* In: Revista do Direito Social, nº 16, 2004, p.60.

Ora, se existe de fato um alerta social para idosos a partir de 60 (sessenta) anos de idade comprovado por números oficiais, revelando que tal faixa acima de 65 (sessenta e cinco) anos, possui a mesma dificuldade de gerar renda, tal constatação coloca em dúvida a dignidade desta faixa etária quando em estado de necessidade social.

Logo, se o legislador do Estatuto do Idoso desequipara situações idênticas em seu artigo 34, descuidando do comento inserto no art. 1º, inciso III, da Constituição, tal norma não pode ser constitucionalmente válida, tendo em vista que a isonomia não permite tal diferenciação.

A partir daí, com a não-recepção do disposto no artigo 34 do Estatuto do Idoso entende-se que a nova idade mínima para a concessão do Benefício de Prestação Continua deve ser a regulada pelo art. 1º da mesma Lei, já que, ao contrário do art. 2º da Lei 8.842/94 – Política Nacional do Idoso, a idade de 60 (sessenta) anos foi eleita para definir o idoso sem qualquer ressalva.

Assim, de acordo com a regra trazida no art. 2º, §1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, tendo em vista que a lei posterior revoga a anterior quando é com ela incompatível, e considerando que o Estatuto do Idoso definiu legalmente a pessoa idosa sem ressalvas, entende-se que o disposto no art. 203, *caput*, CF, está devidamente preenchido no plano infraconstitucional.

Por conseguinte, a Lei 9.720/98, que previa a idade mínima de 67 (sessenta e sete) anos para a concessão do BCP, foi revogada neste particular, pelo artigo 1º do Estatuto do Idoso, por força da LICC, donde se conclui que a idade mínima para a concessão do benefício em estudo, a partir de 01.01.2004, passou a ser de 60 (sessenta) anos.

Nossos tribunais ainda não se posicionaram sobre o assunto, havendo controvérsia no âmbito da doutrina. Restando evidente que neste artigo vislumbra-se uma posição garantista e entende-se por ser mais adequada a interpretação de que deve ser considerado idoso aquele que completar 60 (sessenta) anos de idade com a finalidade de uniformizar o tratamento.

2.2. Diferentes conceitos de família no ordenamento jurídico.

A noção de família é desconhecida por grande parte da população, mas seu significado é idealizado por todos. Família, em sentido amplo, traz a ideia de proteção, afeto, ausência de medos.

A família é o grupo social promotor de assistência. Seja no plano moral ou na seara jurídica, a família tem o dever de assistir seus membros necessitados. Essa espécie de assistência é operacionalizada, no ordenamento jurídico brasileiro, através de relação jurídica civil, posto que os familiares, quando necessitados, têm direito subjetivo de exigir, uns aos outros, alimentos capazes de sanar a indigência.

Essa forma assistencial, nos primórdios, atendia às necessidades protetivas, visto que a imperatividade moral ou obrigatoriedade jurídica impunha o dever às famílias de alimentar (assistir) seus membros desamparados. Hodiernamente, contudo, tal forma de proteção não é suficiente. Isso porque “[...] con frecuencia los parientes obligados no están em situación de asumir la carga que legalmente se les impone.

A assistência privada, no passado distante, era desenvolvida primordialmente no âmbito da Igreja Católica, que alimentava os necessitados. Ações sanitárias também eram desenvolvidas através da assistência privada, que proporcionava gratuitamente atendimento médico, nas casas de caridade, aos necessitados. No início do Século XVI, a assistência a privada foi “privatizada”, pois passou a ser exercitada por entidades privadas laicas. **PASTOR, José Manuel Almansa.** *Derecho de La Seguridad Social.* 7 ed. Madrid: Tecnos,1991.

Atualmente, no contexto brasileiro, a assistência privada vem sendo exercida por associações constitucionalizadas, pois de forma discreta a C.F de 1988 reserva a essas entidades papel importante na realização da Seguridade Social. O § 7º do artigo 195 da C. F imuniza as entidade beneficentes de assistência social (privadas) das contribuições sociais, visto que elas não necessitam contribuir para algo que ajudam a realizar.

A evolução da prática assistencial culmina na socialização. É através da assistência social que a sociedade remedeia as “[...] necessidades social é dirigidos a garantir os cuidados pelo estado e entidades Publicas .

A assistência social pode ser vista, em primeiro, como assistência econômica, ou seja, “[...] direito a beneficiar de ações de reparação de qualquer dano de natureza econômica, que as vicissitudes da vida possam provocar se, e enquanto, esses danos tiverem efeitos anti sociais, segundo critérios e valores admitidos em lei [...]”. O sujeito ativo dessa relação social é o assistido hipotético, visto que ele se encontra em estado de indigência social. O sujeito passivo é a sociedade, que tem o dever moral e jurídico de remediar a indigência sofrida por um membro.

A assistência social individualizada consiste na prestação de serviços sociais, “[...] tendo em vista substituir ou completar o apoio familiar normal, inexistente ou deficiente [...]”. Nessa perspectiva, o objeto não é pecuniário, mas apoio moral, pois a indigência sofrida não se traduz em necessidade econômica, porém em deficiência moral ou espiritual. A intervenção assistencial também pode ter como objeto a família ou comunidade. Nesse contexto, a assistência social, através de ações individuais ou coletivas, intervém junto ao grupo social (família ou comunidade), sanando deficiência social presente no grupo indigente.

Desta forma, é possível afirmar que a assistência social é residual, pois sua efetiva aplicação está adstrita à ineficiência das outras formas de assistência (familiar e privada). A sociedade age no indivíduo, portanto, somente depois da deficiência ou ineficácia das outras formas de assistência.

É hierarquia sistemática, onde a ação é transferida, em princípio, ao primeiro e mais próximo grupo social, isto é, a família. É a família que tem o primeiro dever de assistir, ante a necessidade, o indivíduo familiar (social). A falha ou ineficácia dessa forma de assistência impõe, diante do caráter residual, a ação social. A responsabilidade assistencial que pertencia ao grupo familiar é transferida ao grupo social.

Sendo assim, se torna fundamental definir o que é família no âmbito da assistência social, a fim de determinar àqueles que compõem o núcleo familiar e, conseqüentemente, a sua renda.

2.2.1. Conceito de Família na C.F De 1988

A Constituição Federal de 1988 trouxe profundas modificações no âmbito do direito de família. As inovações foram muitas, destacando-se a igualdade entre os cônjuges, o tratamento igualitário dos filhos e a nova proteção da família.

O novo modelo de família substituiu um modelo ultrapassado que estava em descompasso com a realidade familiar, o qual admitia apenas a família matrimonializada e que tutelava a família como instituição que deveria ser mantida como um fim em si mesmo, sem se preocupar com a felicidade e a satisfação de seus membros, ao contrário da nova proteção constitucional.

A Constituição de forma expressa admitiu três modalidades de família: a família fundada no matrimônio, a família fundada na união estável e a família fundada pela monoparentalidade.

Acerca desta definição, discute-se se o rol das modalidades de família apresentado é taxativo ou exemplificativo. Para aqueles que entendem como taxativo, defendem basicamente que a previsão legal foi expressa quanto às entidades familiares que seriam admitidas como tal, logo, não poderia ser ampliada pelo intérprete. Já aqueles que defendem que o rol é aberto, isto é, admitem outros arranjos afetivos estáveis e públicos como entidades familiares,

entendem que as normas de proteção à família são normas de inclusão, não havendo justificativa plausível para que no conceito de família não sejam enquadradas outras uniões afetivas duradouras e públicas, fundadas no afeto que une os seus integrantes.

A consequência principal de uma interpretação aberta de família significa o reconhecer proteção jurídica familiar não só às famílias fundadas no casamento, na união estável ou na monoparentalidade, mas também, por exemplo, às entidades familiares formadas pela união de parentes consanguíneos ou jurídicos, que vivam em interdependência familiar, ou às famílias fundadas em uniões homossexuais.

Assim, a família passa a ser considerada como um núcleo coexistência, termo mais adequado para abranger os mais variados arranjos familiares especialmente encontrados nas classes populares, sendo que para a caracterização deste núcleo coexistência não se pode restringir a formação familiar a questões de parentesco jurídico ou consanguíneo.

2.2.2. Conceito de Família para a Concessão do Benefício Prestação Continua

O benefício assistencial devido ao idoso ou à pessoa portadora de deficiência está previsto no inciso V, do artigo 203 da Constituição, sendo o único com previsão constitucional, e se constitui no pagamento de um salário mínimo mensal ao idoso ou ao deficiente que não tem condição de se manter de ter sua subsistência mantida por sua família.

Tal assertiva corrobora o caráter residual da Assistência Social, que só atua quando a família é incapaz de assistir.

O benefício em questão é o único que está disciplinado na Lei Orgânica da assistência Social, a Lei nº 8.742/93, que, dentre outras disposições, estabelece a organização e os princípios que regem a Assistência Social no Brasil.

A Lei nº 8.742/93, em sua redação original, conceituava família como sendo a “unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes”, ou seja, definiu família como sendo o núcleo familiar único formado pelos pais ou por um dos pais e seus filhos.

Embora o conceito de família se mostrasse, à primeira vista, restrito, a melhor interpretação conduzia ao entendimento de que se tratava de conceito exemplificativo, o qual permitia a inclusão de outras pessoas com laços de parentesco ou de afinidade como integrantes da família.

Esta definição de família foi alterada pela primeira vez pela MP 1.474-34, DE 08/08/1997, a qual foi sendo reeditada até MP 1.599-5, de 18/11/1998, que foi convertida na Lei nº 9.720, de 30/11/1998. A nova definição de família, vigente desde 08/08/1997, passou a ser a seguinte (prevista no art. 20 da Lei 8.742/93): “Família é o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto”.

As pessoas elencadas no art. 16 da Lei 8.213/91 são as seguintes: o cônjuge, a companheira e o companheiro (inclui também companheiros e companheiras de uniões homossexuais ou homoafetivas, segundo decisão proferida na Ação Civil Pública =2007.71.00.009347-0); o filho não emancipado, menor de 21 anos ou inválido; os pais; os irmãos não emancipados, menores de 21 anos ou inválidos; o enteado menor de 21 anos ou inválido e o menor tutelado.

O novo conceito de família, pelo fato de se reportar aos dependentes previdenciários no art. 16 da Lei 8.213/91, é conceito restritivo de família, estando em descompasso com o tratamento plural atribuído à família pela Constituição, negando a caracterização como entidade familiar a uniões afetivas, estáveis e públicas, que se formam normalmente entre parentes. A definição é restritiva a ponto de não considerar parentes consanguíneos que, segundo a Constituição e o Código Civil, possuem obrigação alimentar. Também merece crítica a inclusão da necessidade de coabitação, pelo mesmo motivo, pois impede a real aferição da situação de miserabilidade do grupo familiar.

Assim, a definição legal de família prevista no § 1º, do artigo 20 da Lei 8.742/93 é inconstitucional por estabelecer conceito de família restrito e que não comporta interpretação ampliativa sendo, por esta razão, incompatível com a concepção plural da família presente no Texto Constitucional.

O conceito de família a ser utilizado na Assistência Social deve estar em harmonia com a disciplina constitucional da família, o que significa que os conceitos restritivos de família devem ser rejeitados, pois violam a Constituição. O conceito de família deve ser o mais amplo possível, a fim de abranger os

mais variados arranjos familiares encontrados nas classes populares, as reais destinatárias da assistência social.

Do exame dos diversos conceitos no âmbito da assistência social, verifica-se que a melhor definição de família (a mais explícita e abrangente) para fins de concessão dos benefícios da assistência social é a prevista na Lei 10.836/2004, que instituiu o Bolsa-Família, que considera a 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”, conceito que deve ser considerado como exemplificativo de entidade familiar em razão da expressão “unidade nuclear eventualmente ampliada”, de modo a permitir a inclusão de outros indivíduos que, diante do caso concreto, também sejam integrantes da família, independentemente dos laços de consanguinidade e de afinidade. Igualmente deve ser relativizado o requisito da coabitação, dispensando-se também em considerando o caso concreto, a necessidade de que todos os integrantes residam sob o mesmo teto.

Essa definição de família prevista para o bolsa-família deve ser ampliada a todos os benefícios assistenciais, inclusive ao benefício de prestação continuada devido ao idoso ou ao deficiente. A uma, pelo fato de que é inconstitucional o conceito do § 1º do art. 20 da Lei 8.742/93, pelas razões já expostas. A duas, pelo fato de que, ainda que, considerando ou não inconstitucional o conceito de família previsto no §1ª do art. 20 da Lei 8.742/93, ele foi revogado tacitamente pelo conceito de família instituído para o bolsa-família, vigorando hoje o conceito único de família para assistência social, previsto na Lei nº 10.836/2004.

Efetivamente os benefícios são diversos, mas todos têm o mesmo escopo, qual seja o combate à miséria e à proteção à família. Dessa forma, não é possível admitir a coexistência de mais de um conceito de família para a assistência social.

2.3 Hipossuficiência

O inciso V, do art. 203, da CRFB/88 determina que é garantido ao idoso ou ao

deficiente um salário mínimo, desde que não possua condições para promover sua subsistência ou de tê-la provida por sua família. Pelo exposto, é possível auferir que a Assistência Social atua subsidiariamente, apenas nos casos em que o próprio deficiente ou idoso não tem condições de realizar a sua manutenção e nem a família, sendo esta a primeira responsável. Apenas diante da insuficiência de recursos pela família é que o necessitado tem garantida a proteção do Estado.

Conforme estudado no capítulo anterior, para efeitos de concessão do benefício assistencial, considera-se componente do grupo familiar, para o cálculo de renda mensal *per capita*, os indivíduos que possuam laços de parentesco ou afinidades, que forme um grupo doméstico, que vivam sob o mesmo teto e que se mantenham através da contribuição de seus membros, permitindo a inclusão de outros indivíduos que também sejam integrantes da família, independente dos laços que os unem.

A LOAS determinou que o valor de renda mensal *per capita* razoável para cumprir a exigência da condição de miserabilidade, um dos requisitos para a concessão do benefício em estudo, é a equivalente a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, ou seja, o deficiente ou portador de deficiência não pode ter renda mensal familiar superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por pessoa, contudo, o cooperador do direito se viu diante de situações não contempladas expressamente no diploma legal e que podem induzir a adoção de soluções injustas.

Uma dessas situações inusitadas se refere à apuração da renda *per capita*, a qual não pode ser superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente, quando no grupo familiar já exista alguma pessoa usufruindo de benefício assistencial ou que perceba aposentadoria de natureza previdenciária no valor de um salário mínimo.

Nesta situação, encontra-se a solução no parágrafo único, do art. 34, do Estatuto do Idoso que estabelece o seguinte: “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”.

Diante deste dispositivo legal, exclui-se da renda familiar, para efeito de aferição da renda *per capita*, aquela proveniente do membro da família que, contando com mais de 65 anos de idade, receba benefício de valor mínimo referente a outro benefício assistencial ao idoso. Contudo, entende-se que a

interpretação dessa norma deve ser a mais benéfica possível, embora a norma mencionada faça menção apenas á hipótese do benefício referido em seu *caput* (benefício ao idoso), evidencia-se que, em atenção ao princípio da isonomia, deve aquela ser observada nos casos de qualquer benefício de valor mínimo, porém sempre atendido o requisito etário do respectivo benefício

Outra hipótese seria a situação em que a mãe ou pai, com mais de 65 anos de idade, recebesse aposentadoria no valor de um salário mínimo (ou pouco mais), e um filho requeresse o benefício assistencial ao deficiente. Na letra fria da lei, haveria superação da renda *per capita* de um salário mínimo e o benefício seria indeferido ao filho deficiente.

Frise-se que o benefício assistencial ao idoso, equivale a um salário mínimo, não se distingue substancialmente de um aposentadoria/benefício assistencial do mesmo valor, ainda mais quando esta, no exemplo proposto, é paga à pessoa idosa (com mais de 65 anos de idade), a qual poderia, inclusive, denunciar ao benefício previdenciária/assistencial e buscar, também, benefício assistencial ao idoso.

A terceira hipótese é de um casal de idosos, ambos com mais de 65 anos de idade, e um deles recebe aposentadoria no valor de um salário mínimo. Da mesma forma, se o outro cônjuge vem requerer o benefício assistencial ao idoso, haveria indeferimento pela superação do limite de renda *per capita* de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Assim, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso e forte nos princípios da dignidade humana, da razoabilidade, da isonomia e da solidariedade social, propomos que, para fins de verificação da renda familiar, ao proceder-se ao cálculo da renda *per capita*, devem ser inicialmente excluídos da renda total tantos salários mínimos quantos forem os idosos ou portadores de deficiência daquela família que percebam

Esse entendimento já foi adotado pela Turma Recursal dos Juizados Especiais da 4^o Região nos autos nº 2003.70.01.003444-7, julgado em 24.03.2004, Relator Juiz Gerson Luiz Rocha. aposentadoria ou benefício assistencial observada a miserabilidade constatada no caso concreto.

3 DA INCONSTITUCIONALIDADE DO §3º, DO ART. DA LEI 8.742/93

A exigência da lei infraconstitucional (§ 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93) de uma renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, como requisito indispensável para a concessão do benefício assistencial de prestação contínua, tem sido alvo de muitas críticas, pois, segundo alguns, esse dispositivo legal seria inconstitucional por inviabilizar o próprio inciso V do artigo 203 da C.F de 1988 e, principalmente, por afrontar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que é vetor de interpretação e sustentação de todo o ordenamento jurídico, já que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CRFB/88).

Cumprir lembrar que a Lei Maior de 1988, adjetivada como Carta Cidadã, estabelece como um dos princípios fundamentais da República, conforme dito anteriormente, a dignidade da pessoa humana. Além disso, fixa como objetivos fundamentais, entre outros, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a proteção do bem de todos (art.3º, inciso III e IV).

Desta forma, cientificamente, é possível afirmar que o §3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, que exige uma renda inferior a um quarto do salário mínimo para que as pessoas façam jus ao benefício assistencial, é inconstitucional, pois é totalmente impossível que uma pessoa viva com um valor mensal de R\$197,21 (cento e noventa reais e vinte e um centavo salario atual – R\$ 788,85), numa sociedade na qual a cesta básica custa em torno de R\$ 302,52 (trezentos e dois reais e cinquenta e dois centavos).

Nesta toada, por reiteradas vezes e de forma incidental, a exigência prevista no §3º do artigo 20 da LOAS – renda per capita inferior a um quarto do salário mínimo – tem sido afastada pelas várias instâncias judiciais, ao argumento de que esta seria inconstitucional.

Ao ser provocado, o STF firmou o entendimento de que a renda familiar prevista na lei constitui um critério objetivo, ao julgar improcedente a ADI 1232/DF, reconhecendo, por consequência, a compatibilidade do art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93, com o artigo 203, V, da Constituição. O principal fundamento da decisão é o de que se trata de norma constitucional de eficácia limitada, ou seja, não tem normatividade suficiente para produzir seus principais efeitos, dando liberdade à lei para regulamentar a matéria; consequentemente, somente a lei pode versar sobre os meios de comprovação

dos pressupostos necessários à concessão do benefício assistencial, não havendo outra interpretação além dos seus limites objetivos.

Todavia, a Turma Nacional de Uniformização decide sistematicamente que esse limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não é absoluto, podendo a miserabilidade da parte e de sua família ser comprovada por outros meios que não a verificação da renda *per capita*. Para embasar essa compreensão, diz-se que, apesar de o referido dispositivo legal não contrariar a Constituição, não impede que seja interpretado de forma a se considerar outros fatores que demonstrem a impossibilidade da família assegurar a subsistência do postulante. Todavia, a própria Turma Nacional de Uniformização cancelou em 12.05.2006 a sua Súmula nº 11, a qual dispunha que “a renda mensal, *per capita*, familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, §3º, da Lei 8.742/93, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”; porém, recentemente voltou a aplicar tal entendimento, diante da existência de decisões nesse sentido no próprio STF.

Ainda, a Súmula nº 06, da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região (cancelada em ADI 1232/DF, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, j. 27.08.1998, DJ 01.06.2001, p.75. Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 200643009021811, Rel. Juiz Federal Renato César Pessanha de Souza, j. 09.11.2007, DJ 27.11.2007; Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal nº 200643009023178, Rel. Juiz Federal Leonardo Safi de Melo, j.09.10.2007, DJ 07.11.2007.

07.07.2006) ia além, ao firmar o entendimento de que o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo tinha sido alterado para $\frac{1}{2}$, em virtude do art. 5º, I, da Lei nº 9.533/97. No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ, de que a renda é um dos parâmetros a ser considerado, um limite mínimo que, mesmo ultrapassado, não impede o reconhecimento da condição sócio -econômica por outros meios de prova.

Recentemente, o STF reconheceu a existência de repercussão geral no RE 567985/MT, sobre a possibilidade de reconhecimento da miserabilidade por outros meios que não o critério objetivo da norma legal, bem como eventual redução para meio salário mínimo por leis posteriores, e o Plenário enfrentará novamente a matéria.

Logo, trata-se de questão polêmica e de resolução ainda indefinida nos tribunais, que tem gerado decisões (transitadas em julgado) com fundamentos opostos, causando perplexidade, situações desiguais e insegurança jurídica, afetando, inclusive, a imagem do Judiciário.

Desse modo, a interpretação mais adequada é aquela que defende que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo pode ser relacionado com outros elementos indicativos do estado de miserabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Benefício de Prestação Continua tem natureza assistencial e encontra-se regulado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 203, inciso V; Consiste na 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 lei.

Posicionou o Supremo Tribunal Federal no sentido de que esse dispositivo não apresentava eficácia imediata, dependia de regramento infraconstitucional. Nesta feita, a Lei nº 8.472 (LOAS- Lei Orgânica da Assistência Social) em seu art. 20, regulamentou o inciso V, do art. 203 da CF/88, apresentando os requisitos de concessão do Benefício de Prestação Continua, que são os seguintes: comprovação da deficiência ou da idade mínima para o idoso não deficiente; renda familiar mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo; não estar vinculado a nenhum regime de previdência social; e não receber benefício de espécie alguma.

É certo que os requisitos exigidos pelo art. 20 da LOAS, restringe o alcance do benefício em comento, ou seja, restringe a própria Carta de 1988. Assim, é necessária uma análise cautelosa dos requisitos em cada caso concreto, a fim de que seja possível maior flexibilidade em sua apuração em razão do dever do Estado de prover a isonomia e, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a partir dos conceitos de incapacidade, idoso, família e renda mensal *per capita* de $\frac{1}{4}$, estudados neste artigo é notória a relevância deste trabalho para que se evite soluções injustas e para a promoção da efetividade

da assistência social, qual seja: a proteção aos necessitados. Contudo, para determinar quem são os necessitados e possíveis beneficiários do BPC é essencial a análise individualizada em cada caso concreto, conjuntamente com uma interpretação extensiva e, principalmente, teleológica das normas regulamentadoras do referido benefício.

Ressalta-se que, a nenhuma norma infraconstitucional é admitido restringir os ditames Constitucionais, o que justifica a possibilidade da interpretação do art. 20 da Lei 8472/93, nos moldes da Constituição de 1988, isto é, com o fim de promover a dignidade da pessoa humana e a isonomia, ao garantir um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso que não tem condição de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

REFERENCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**.

12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1998. . **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. __. **Direito Constituição**. Coimbra, 1993, p. 139.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **Estatuto do Idoso: Inconstitucionalidade do art. 34 e seus reflexos no Benefício assistencial da LOAS**. In: *Revista do Direito Social*, nº 16, 2004.

