

**CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS - CESREI  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

**TÂMARA BÁRBARA DE ALBUQUERQUE GOMES BARBOSA**

**BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC-LOAS): CRITÉRIOS PARA  
CONCESSÃO ANALISADOS SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL**

**TÂMARA BÁRBARA DE ALBUQUERQUE GOMES BARBOSA**

**BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC-LOAS):  
CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO ANALISADOS SOB A ÓTICA DO ATIVISMO  
JUDICIAL**

Trabalho Monográfico apresentado à  
Coordenação do Curso de Direito do  
Centro de Educação Superior Reinaldo  
Ramos - CESREI, como requisito parcial  
para a obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

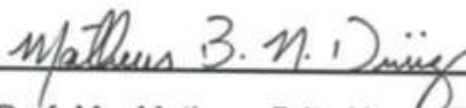
Orientador(a): Prof.

**TÂMARA BÁRBARA DE ALBUQUERQUE GOMES BARBOSA**

**BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC-LOAS):**  
CRITÉRIOS PARA CONCESSÃO ANALISADOS SOB A ÓTICA DO ATIVISMO  
JUDICIAL

Aprovada em: 13 de Dezembro de 2017.


**BANCA EXAMINADORA**



Prof. Ms. Matheus Brito Nunes Diniz

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)

  
Prof. Esp. Jubevan Caldas de Sousa

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)

  
Prof. Ms. Aldo César F. Gaudêncio

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

Dedico este trabalho em primeiro lugar a Deus, em seguida a minha querida mãe, Alba Lúcia de Albuquerque, que, somente com ajuda Dela, batalhou para que eu me formasse em um curso superior, acreditando sempre na minha capacidade.

## RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso, municiado dos métodos histórico, bibliográfico, hipotético-dedutivo e documental indireto, tem ainda por objetivo adentrar, como tema principal a ser estudado, à questão dos requisitos previstos na Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social- LOAS) para concessão do benefício de prestação continuada (BPC) que possui como destinatários o idoso com 65 (sessenta e cinco) anos e a pessoa com deficiência, com ênfase na comprovação da condição de miserabilidade para o seu deferimento, condição esta que, nos termos do art. 20, caput, de referida lei, significa a impossibilidade de alguém de se sustentar ou de ter sua subsistência provida por sua família, de modo que, pelo § 3<sup>a</sup> do citado artigo, considera-se incapaz de prover essa manutenção (subsistência), a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Assim, no trabalho em mãos verificar-se-á que esse critério objetivo da miserabilidade foi alvo de muito debate entre os juristas, de modo que o poder judiciário, para atender aos anseios sociais quanto à concessão do BPC, passou a utilizar em seus processos o que se denominou de ativismo judicial (que consiste na possibilidade dos magistrados utilizarem outros parâmetros de comprovação do estado de miserabilidade, no caso do BPC, para deferimento deste, revelando assim uma postura mais proativa dos juízes), sendo este o último ponto importante discutido no presente trabalho. Por fim, esta pesquisa visa a abordar a questão da constitucionalização dos direitos sociais nas esferas nacional e internacional, mencionado os pontos históricos mais marcantes para conquista desses direitos, notadamente no que tange ao que foi alcançado no segmento da assistência social.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. BPC. Ativismo judicial.

## ABSTRACT

The main objective of this work, which includes historical, bibliographic, hypothetical-deductive and indirect documentary methods, is to study the requirements of Law 8,742 / 93 (Organic Law of Assistance Social-LOAS) for the granting of the benefit of continuous benefit (BPC) that has as recipients the elderly with 65 (sixty-five) years and the person with a disability, with emphasis on proving the condition of miserability for their deferment, a condition that, in accordance with art. 20, caput, of said law, means that it is impossible for a person to support himself or to have his subsistence provided by his family, so that by Paragraph 3 of that article he considers himself incapable of providing such maintenance (subsistence), family whose per capita monthly income is less than 1/4 (one fourth) of the minimum wage. Thus, in the work in hand it will be verified that this objective criterion of miserability was the subject of much debate among jurists, so that the judiciary, in order to attend social anxieties regarding the BPC concession, began to use in its processes what was called judicial activism (which consists of the possibility of magistrates using other parameters to prove the state of miserability in the case of BPC, to grant it, thus revealing a more proactive position of the judges), this being the last important point discussed in this work. Finally, this research aims to address the question of the constitutionalization of social rights in the national and international spheres, mentioning the most important historical points for the achievement of these rights, especially in what is achieved in the social assistance segment.

**Keywords:** Social rights. BPC. Judicial activism.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>09</b>
<b>1</b>	<b>CAPÍTULO I – A TRAJETÓRIA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS</b>	<b>12</b>
1.1	Definição de direito social e suas dimensões	12
1.2	Processo de constitucionalização dos direitos sociais no plano internacional	13
1.3	Processo de constitucionalização dos direitos sociais no plano nacional	18
<b>2</b>	<b>CAPÍTULO II – BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: ASPECTOS LEGAIS</b>	<b>24</b>
2.1	Origem e definição	24
2.2	Base constitucional e legal	29
2.3	Critérios legais de concessão: idade, deficiência e miserabilidade	34
2.3.1	Idade	34
2.3.2	Pessoa com deficiência	35
2.3.3	Miserabilidade	38
<b>3</b>	<b>CAPÍTULO III – O ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS: APLICAÇÕES AO BPC</b>	<b>42</b>
3.1	A deficiência do poder público na concretização dos direitos sociais	42
3.2	O ativismo judicial fere o princípio da separação dos poderes?	44
3.3	Aplicação do ativismo judicial ao critério de renda do BPC	48
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>51</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>54</b>

Cópia de CD com vídeos analisados neste trabalho monográfico

## INTRODUÇÃO

O popularmente conhecido benefício assistencial, batizado pelo texto constitucional de benefício de prestação continuada (BPC), foi regulamentado em no ordenamento jurídico no ano de 1993, através da Lei n.º 8.742/1993. O BPC pode ser entendido como um amparo pecuniário aos necessitados em situação de idade avançada ou deficiência, constituindo-se como uma das principais políticas assistenciais do sistema de seguridade brasileiro.

À luz da Constituição Federal de 1988, a Seguridade Social pode ser definida como um conjunto integrado de ações que objetiva assegurar os direitos fundamentais à saúde, à assistência social e à previdência social, atuando de forma articulada e integrada. Dessa maneira, a seguridade social visa a assegurar dignidade à pessoa humana. Todavia, cada braço de atuação da seguridade social (previdência social, saúde e assistência social) possui autonomia, peculiaridades e regras próprias.

Nesse sentido, o presente trabalho objetiva analisar, de forma mais detida, o subsistema da assistência social, notadamente no que tange ao deferimento do BPC. O estudo partirá, mais especificamente, da análise dos critérios objetivos exigidos pela Lei nº 8.742/1993 (LOAS – Lei Orgânica de Assistência Social) para concessão da mencionada prestação.

Através da pesquisa, é possível observar, *ab initio*, que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 203, inciso V, expressa que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, conferindo ao idoso e ao portador de deficiência o direito de perceber o valor de um salário mínimo de benefício mensal, desde que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela sua família.

Referido benefício revela-se como um instrumento de política assistencial de grande relevância, considerando-se fruto da evolução social do Estado Democrático de Direito, além de se apresentar como alternativa de efetivação da promoção do bem-estar e da justiça social, conforme clama a ordem social brasileira, constitucionalmente garantida. Nesse diapasão, proceder-se-á, no primeiro capítulo deste trabalho, a uma abordagem histórica para conhecer a longa evolução dos direitos fundamentais de segunda dimensão e estudar aspectos que levaram à criação de uma doutrina protetiva dos mesmos.



Dentre os requisitos de acesso ao BPC está o econômico, constitucionalmente denominado de “miserabilidade”. O referido critério merece estudo mais acurado, visto que a implementação do benefício de prestação continuada (BPC) acaba por enfrentar problemas, especialmente pelo caráter sobremodo restritivo que ele possui. Por tais razões, perceber-se-á que esta é um dos motivos da grande interferência judicial na concessão do BPC. O segundo capítulo deste estudo, portanto, abordará os critérios de concessão do BPC, apontando as principais transformações legislativas pelas quais cada um deles passou desde a sua efetivação, com o ingresso da LOAS no mundo jurídico.

Assim, a presente pesquisa demonstra o controle judicial dos direitos sociais, realizando incursões específicas no tema do BPC. Na oportunidade, serão apresentadas decisões jurisprudenciais adotadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de Tribunais de outras instâncias, a fim de verificar como o Judiciário intervém na política pública ora em comento.

Tal estudo objetiva, por conseguinte, avaliar se o critério de concessão do benefício em questão (BPC) é adequado e eficiente e se a interferência por parte do Poder Judiciário fere ou não a separação dos poderes, isso tudo dentro da moldura constitucional que delimita tal benefício.

O procedimento metodológico utilizado nesse trabalho está conceituado essencialmente, no aprofundamento e coleta de dados secundários, através de pesquisas bibliográficas, por ser a mais apropriada a este estudo que pretende aprofundar na temática proposta para trazer informações mais atualizadas sobre as concepções referentes ao tema estudado.

A pesquisa bibliográfica tem ainda a finalidade de recuperar o conhecimento científico acumulado sobre o tema proposto, com objetivo exploratório utilizando as concepções de autores que o retratam em artigos, periódicos, livros, legislação e doutrina multidisciplinar, material de fonte secundária que contribuiu para o enriquecimento da exposição da temática, disponível na pesquisa tradicional e virtual.

Para tratar das questões objeto desse estudo e com intuito de atingir os objetivos propostos, adotou-se como base lógica para orientar o processo de investigação, o método dedutivo, ou seja, origina-se de princípios reconhecidos

como verdadeiro e indiscutíveis e permite chegar conclusões de maneira puramente formal, em função de sua lógica.

O trabalho é estruturado em seções: a primeira é composta pela introdução; a segunda aborda a trajetória da constitucionalização dos direitos sociais; a terceira do benefício de prestação continuada e seus aspectos legais, no qual se constitui o marco teórico do trabalho; a quarta refere-se ao ativismo judicial e direitos sociais: aplicação do BPC, em seguida as considerações finais.

## **1 A TRAJETÓRIA DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.**

### **1.1 DEFINIÇÃO DE DIREITO SOCIAL E SUAS DIMENSÕES**

Em primeiro lugar, é de se dizer que os direitos e os deveres de um determinado grupo de pessoas são normas por elas estabelecidas com a finalidade de regulamentar o convívio social face os conflitos existentes em decorrência do comportamento humano em sociedade.

Assim, tem-se que o direito como norma institucional constituída. E, de maneira genérica (e também sob o prisma didático), analisando o ordenamento jurídico brasileiro, pode-se dizer que o direito é dividido em direito público (quando o Estado, enquanto autoridade, intervém com as suas faculdades coercitivas) e direito privado (que regula as relações jurídicas estabelecidas entre particulares), havendo, ainda, suas respectivas ramificações.

Nesse sentido, o direito social se apresenta como ramificação do direito público. O direito social, por sua vez, compreende outros ramos. E, sabidamente, os direitos sociais são todos os direitos fundamentais e garantias básicas que devem ser compartilhados por todos os seres humanos em sociedade, independente de orientação sexual, gênero, etnia, religião, classe econômica, buscando, assim, resolver as situações que representam as desigualdades da sociedade de modo que as pessoas tenham o mínimo de qualidade de vida e dignidade.

O doutrinador COMPARATO (2010, p. 77) assim entende sobre os direitos sociais:

Os direitos sociais se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente.

Para TAVARES (2012, p. 837):

(...) os direitos sociais são direitos que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais.

Também nesse caminho SILVA (2009, p. 286-287) preleciona:

Os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Nesse sentido, os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que assegure os critérios de justiça distributiva, e se realizam por meio de atuação estatal com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais, por isso tendem a possuir um custo excessivamente alto e a se realizar em longo prazo.

AGRA (2010) e MIRANDA (2000) convergem na identificação do resultado prático esperado dos direitos sociais, pois, o primeiro afirma que:

(...) Os direitos sociais tencionam incrementar a qualidade de vida dos cidadãos, munindo-os das condições necessárias para que eles possam livremente desenvolver suas potencialidades.

Enquanto o segundo conclui que:

(...) Tais direitos visam promover o aumento do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida das pessoas, em especial, das mais desfavorecidas, de operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento (...).

Dessarte é certo que, na sua grande maioria, os direitos sociais dependem de uma atuação do Estado, razão pela qual grande parte dessas normas é de eficácia limitada. Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais, revelando-se, dessa forma, como direitos que se ligam ao direito de igualdade.

## 1.2 PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO PLANO INTERNACIONAL

Inicialmente, é interessante analisar a definição de Constituição. Nesse sentido, sabidamente, em um Estado a Constituição é entendida como ato normativo basilar definidor dos princípios e normas fundamentais que regem o Estado. Essa acepção só começou a ser empregado a partir do final do século XVIII.

É que do período compreendido entre a antiguidade e as revoluções americana e francesa, o termo constituição era usado para designar atos provenientes da autoridade suprema ou daquela que, de algum modo, detivesse um alto poder, e se caracterizava pela sua força impositiva, não pela distinção do seu conteúdo e superioridade em relação às demais normas que compõem o ordenamento estatal.

Assim, a ideia de constituição que emergiu das revoluções liberais foi instrumental à positivação dos princípios básicos da ideologia burguesa, consistentes na limitação do poder do Estado e na garantia formal das liberdades individuais.

No estado liberal do século XIX, a constituição tinha o reduzido papel de disciplinar a estrutura básica do Estado, compreendida como a divisão dos poderes e suas respectivas competências, bem como de proclamar os direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos indivíduos, sem qualquer preocupação com o efetivo reflexo dessas normas sobre a concreta realidade social.

Nessa época, quando a classe hegemônica era a burguesia, preponderou a ideia de que as leis naturais do mercado seriam suficientes para propiciar o progresso e o bem estar dos indivíduos, desde que estes fossem completamente livres para buscar a própria felicidade, sem qualquer ajuda ou interferência externa.

O liberalismo, portanto, objetivava reduzir o poder estatal, a fim de se valorizar as posições individuais perante o Estado. Explica BERSTEIN (1996, p. 23) que:

Na Inglaterra, durante muito tempo, prevaleceu a ideia de que, em um estado livre e responsável, toda política social é nefasta, que competia às igrejas e às instituições filantrópicas aliviar a miséria, não ao estado.

Esse contexto não apontava para o reconhecimento estatal da existência de direitos sociais. Os direitos mercedores da proteção dos poderes públicos eram

essencialmente os de propriedade e de liberdade individual, entendida esta como autonomia privada.

Acontece que o bem estar e o progresso econômico não alcançaram a todos, ao contrário, o liberalismo econômico e social fomentou o aumento das camadas proletárias. O modelo do Estado liberal não tinha respostas para os graves problemas sociais determinados pelo liberalismo econômico, e os direitos individuais, concebidos e propagados como sendo de todos, eram, na realidade, apenas privilégio da burguesia.

Como se sabe, eclodia a Revolução Industrial (século XIX), de modo que o homem foi substituído pela máquina, gerando como consequência o desemprego em massa, centuriões de misérias e grande excedente de mão-de-obra. Tudo isso gerou evidentemente desigualdade social, fazendo com que o Estado se visse diante da necessidade de proteção ao trabalho e a outros direitos como: a saúde, a educação, ao lazer, entre outros.

Nessa linha, explica BERSTEIN (1996, p. 16) que:

(...) a partir de 1840, iniciaram-se na França as lutas populares por democratização política e pela intervenção do Estado em favor dos mais pobres, através da implantação de programas sociais. Era o início do fim do liberalismo.

Nesse contexto surgiram as ideias de Karl Marx e dos próprios socialistas utópicos como Babeuf, Saint-Simon, Charles Fourier, no início do século XIX, o que trouxe elementos novos para a reflexão política sobre o quadro econômico, cultural e social europeu, estimulando a consciência de classe dos trabalhadores e, conseqüentemente, suas reivindicações por melhores condições de vida e de trabalho.

No final do século XIX e início do século XX, sob a influência das correntes marxistas, crescem os partidos de massa. A participação ativa das organizações e facções políticas representativas dos interesses das classes populares no processo de formação das decisões políticas ensejou uma nova interpretação, bem como a ampliação da categoria dos direitos fundamentais, com o fim de imprimir nos direitos fundamentais clássicos, ou direitos de primeira geração/dimensão, um conteúdo que reflita concretamente sobre as realidades política, econômica e social dos diversos Estados, de modo que estes passaram a assumir funções distributivas a fim de

garantir que as liberdades clássicas pudessem ser gozadas por todos, independentemente das próprias condições econômico-sociais de origem.

Assim, os direitos sociais tiveram realmente seu ápice com o marxismo e o socialismo revolucionário, já no século XX que trouxeram uma nova concepção de divisão do trabalho e do capital, por isso se entende que os direitos sócios foram aceitos nos ordenamentos jurídicos por uma questão política, e não social, justamente para evitar que o socialismo acabasse por derrubar o capitalismo. Essa nova concepção dos direitos fundamentais determinou, no século próximo-passado, a consolidação da tendência de se prever, no texto constitucional, uma série de direitos sociais.

O próprio conteúdo e processos interpretativos dos direitos sociais sofreram uma série de transformações ao longo dos anos. Entretanto, a ideia matriz permaneceu a mesma, podendo-se ainda hoje dizer que os direitos sociais consistem em prestações positivas enunciadas no texto constitucional e oferecidas pelo Estado, com o fim de que todos tenham garantidos os meios básicos necessários a uma subsistência digna, livre das privações materiais que aviltam o ser humano.

Nesse diapasão, segundo BOBBIO (1997, p. 259)

(...) A primeira constituição a incluir direitos sociais no seu texto foi a Carta francesa de 1791, quando previu a instituição da educação pública e a adoção de provimentos destinados a garantir trabalho para os pobres mais habilitados que por si não tivessem condições de encontrar trabalho.

Infere-se, assim, que a dimensão social dos direitos individuais já consistia preocupação dos revolucionários franceses, expressa nos trabalhos da Comissão de Mendicância, que afirmara “todo homem tem direito à sua subsistência”. Porém, as concepções de questão social, justiça social e constitucionalismo social encontram suas referências históricas mais remotas nas transformações sociais e econômicas provocadas pela Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra no final do século XVIII e transportada para os demais países europeus a partir do início do século XIX.

A eclosão dos movimentos dos excluídos contra a concepção política e filosófica do Estado Liberal e pela conquista de melhores condições de vida e de trabalho, bem como a doutrina formulada pela Igreja Católica através da encíclica Rerum Novarum, editada em 1891, pelo Papa Leão XIII, determinaram o surgimento

dos direitos sociais como nova concepção de direitos humanos e o conseqüente rompimento com o constitucionalismo clássico.

É de se observar que, ao fazer referência à previsão expressa do direito à educação na Constituição Francesa de 1791, BOBBIO (1997, p. 259) afirma que “numa dimensão mais ampla, os direitos sociais entraram para a história do constitucionalismo moderno com a Constituição de Weimar” (tradução nossa).

Ainda referente aos direitos sociais, foi a Carta alemã de 1919 a que mais influenciou as constituições sucessivas, tendo influenciado, por exemplo, a constituição espanhola de 1931 e a brasileira de 1934. Talvez nisso resida o fato de parte da doutrina, sobretudo a europeia, atribuir essa primazia à Carta de Weimar. No entanto, foi a Constituição mexicana de 1917, a primeira a proclamar os direitos sociais como categoria merecedora de especial atenção do Estado.

Para além dessa discussão sobre o pioneirismo do constitucionalismo social, o mais importante é constatar que, a partir dessas Constituições, os direitos sociais passaram a figurar como elemento constitutivo do credo democrático, cuja proclamação se tornou obrigatória nas constituições democráticas contemporâneas. A exigência de garantia dos direitos sociais mínimos ganhou dimensões tais, que, segundo o entendimento corrente, nenhum Estado, atualmente, pode dizer-se democrático, se não os proclamar na sua constituição.

Vê-se, pois, que a constitucionalização dos direitos sociais é, pois, mais uma conquista histórica, determinada pela incessante luta dos homens pela aquisição de novos direitos. Seu principal legado foi a consolidação de um novo tipo de Estado, o Estado Social, concebido nas primeiras décadas do século XX, como fórmula intermediária entre o Estado Liberal (ou Estado de Direito), em crise, e o Estado Socialista, defendido pelas correntes sindicais e partidárias radicais, sob a influência do pensamento marxista.

Ainda, os direitos sociais foram descritos e positivados internacionalmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, corroborando com isso, para a efetivação do Estado Democrático de Direito, onde o Estado não defende e nem assegura apenas o direito de poucos. A sua representatividade se dá pela maioria, e é a vontade do povo que se faz soberana. Foi a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos que o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto do século XX.



Além disso, após a Segunda Guerra Mundial e com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, várias constituições incluíram em seu contexto os direitos sociais. Para CARVALHO (2006, p. 21):

No âmbito europeu cabe citar a Constituição francesa de 1946, a italiana de 1948, e a Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949. Mais recentemente, a Constituição portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978. No continente americano, especialmente na América Latina, também se seguiu a elaboração de constituições com estatutos de direitos sociais, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991.

Por fim, esses direitos foram disciplinados em uma norma específica: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, documento adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966.

E, como é sabido, os direitos sociais dependem de uma atuação do Estado, razão pela qual grande parte dessas normas é de eficácia limitada. Ainda, valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que cria condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, teve uma grande preocupação especial quanto aos direitos sociais do brasileiro, quando estabelecendo uma série de dispositivos que assegurassem ao cidadão todo o básico necessário para a sua existência digna e para que tenha condições de trabalho e emprego ideais. Em suma, todas as formalidades para que se determinasse um Estado de bem-estar social para o brasileiro foram realizadas, e estão na Constituição Federal de 1988.

### **1.3 PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS NO PLANO NACIONAL**

Como visto, os direitos sociais ganharam espaço na vida do cidadão durante o século XIX. A Revolução Industrial foi palco para a consagração desses direitos, pois apesar de trazer desenvolvimento econômico, sacrificou a classe trabalhadora e aqueles que se encontravam à margem da sociedade, gerando inconformismo e

fazendo com que fosse preciso a intervenção do Estado na prestação de mecanismos capazes de realizar a justiça social.

Após essa fase inicial de reconhecimento desses direitos, fez-se necessária a sua positivação, como forma de alcançar força e possibilitar a sua exigibilidade perante o ente estatal. E essa foi a tendência durante o século XX. Nessa linha, as normas que definem os direitos sociais foram primeiramente previstas nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, que, por representarem uma revolução no campo dos direitos humanos, tornaram-se verdadeiros marcos na positivação desses direitos.

BERTRAMELLO (2013) assevera que:

Com o avanço do capitalismo, os trabalhadores viram-se compelidos a empregarem-se nas fábricas, sem garantias condignas com a dignidade da pessoa humana. A lei os considerava, patrão e operário, iguais. Igualdade que se revelou fútil e inócua, a ponto de provocar a reunião da classe trabalhadora, sob a bandeira socialista, a lutar pelo reconhecimento de direitos humanos de caráter econômico e social.

Nessa perspectiva é que surgem os direitos sociais, intimamente relacionados ao princípio da solidariedade, denominados de direitos humanos de segunda dimensão.

Tais direitos adquiriram certa relevância histórica a partir do momento em que as Constituições passaram a discipliná-los sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917, primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades e os direitos políticos (artigos 5º e 123).

No Brasil, a primeira Constituição a disciplinar os direitos sociais, inscrevendo-os num título sobre a ordem econômica e social, foi a de 1934. Essa foi notavelmente influenciada pela Constituição alemã de Weimar, de 1919, responsável pela introdução de um novo espírito, de cunho social, nas constituições. Foi na Constituição de Weimar que a propriedade se viu, talvez pela primeira vez, submetida à função social. Essa e outras características fizeram dela um modelo, depois imitado pelo direito brasileiro.

Nesse seguimento, a Constituição Federal de 1934, embora vigente por tão pouco tempo e em tão conturbado contexto histórico, refletiu com bastante veemência as aspirações por um sistema jurídico fincado nos direitos econômicos e sociais, sobretudo o direito ao trabalho. Em seu Preâmbulo constava que a Constituição de 1934 foi promulgada com o fim de “organizar um regime democrático, que assegure a Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar

social e econômico”. Foi a primeira Constituição Brasileira a instituir um título específico (Título IV) disciplinando a ordem econômica e social.

Em seguida, a Constituição de 1937 fixou as diretrizes da política social e trabalhista que seriam implementadas no Estado Novo, confirmando direitos sociais já fixados na Constituição de 1934 e acrescentando outros. Assim, dos artigos 124 a 134, foram diversas garantias ligadas à família e à educação, como a proteção da infância e da juventude e a assistência estatal a famílias com poucas condições financeiras.

A Constituição Brasileira de 1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, praticamente não representou avanço quanto aos direitos sociais. E, após a queda de Getúlio Vargas, incidiu no Brasil um período de redemocratização que culminou na promulgação da Constituição de 1946. Esta sim restaurou uma série de importantes direitos e garantias individuais.

Também a Constituição de 1967, que foi promulgada em 24 de janeiro de 1967, apresentou significativos avanços no âmbito social. IURCONVITE (2017) informa que:

A Constituição de 1967, em seu artigo 158, inciso XV, assegurava aos trabalhadores, nos termos da lei, dentre outros direitos que visassem a melhoria de sua condição social, a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. Ainda de forma positiva, a Constituição de 1967 inseriu modestas inovações, como a inclusão do direito ao salário-família aos dependentes do empregador (art. 158, II); proibição de diferença de salários também por motivo de etnia (art. 158, III); participação do trabalhador na gestão da empresa (art. 158, V); e, aposentadoria da mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral (art. 158, XX).

Após a Constituição de 1967, em 5 de outubro de 1988 foi promulgada a nossa atual Carta Magna, a qual foi chamada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de Constituição Cidadã, já que para a sua elaboração houve participação popular e se volta para a plena realização da cidadania.

Por outro lado, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que apresenta um rol extenso de direitos, indo além da Declaração Universal, foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº. 591, de 6 de julho de 1992. Nessa linha, verifica-se que o Brasil acompanhou a tendência mundial em relação ao prestígio reservado aos direitos fundamentais após a Segunda Guerra. A Constituição Federal de 1988 simboliza essa novidade, desde o seu preâmbulo o

texto constitucional traz que, a finalidade desta República é a instituição do Estado Democrático de Direito.

Assim, a Constituição Federal de 1988, estipulou um extenso rol de direitos fundamentais de segunda dimensão, especialmente em seu Artigo 6º: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade etc. São elencados também, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1º ao 4º) e os direitos e garantias fundamentais (arts. 5º ao 17). Em acréscimo, a Constituição Federal vigente garante direitos fundamentais e sociais, como responsabilidade pública estatal e fixa a Assistência Social no campo da Seguridade Social.

Hoje no Brasil, os Direitos Sociais são uma garantia constante na Lei Maior do país, ou seja, na Constituição Federal de 1988. Dentro dela, os Direitos Sociais são definidos em dois títulos, que dizem respeito aos direitos e garantias fundamentais e à ordem social. No texto constitucional é previsto um título específico que trata da Ordem Social (Título VIII), onde estão elencados, por exemplo, os direitos sociais relativos à saúde, previdência social, assistência social, educação entre outros.

O artigo 6º da Constituição Federal de 1988 se refere de maneira bastante genérica aos direitos sociais por excelência, como o direito a saúde, ao trabalho, ao lazer entre outros. Partindo desse pressuposto os direitos sociais buscam a qualidade de vida dos indivíduos, no entanto apesar de estarem interligados faz-se necessário, ressaltar e distinguir as diferenças entre direitos sociais e direitos individuais.

E, de forma a regulamentar o texto constitucional, no ano de 1993, foi promulgada a Lei Orgânica da Assistência Social — LOAS, que instituiu definitivamente a Assistência Social como um direito social não contributivo, estabelecendo seus princípios e diretrizes, bem como a proteção social a ser garantida por meio de serviços, benefícios, programas e projetos, havendo detalhamento posterior em três instrumentos principais: a Política Nacional de Assistência Social de 1998, e duas Normas Operacionais Básicas editadas em 1997 e 1998.

Durante este período, observa-se que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha estabelecido a Assistência Social como política pública não contributiva, resistia à concepção que a tratava como área de transição de atenções, operando sob a ótica da negação do direito, que num viés conservador e neoliberal, o Estado

atuava a partir do princípio da subsidiariedade. Com a aprovação da Política Nacional de Assistência Social – PNAS de 2004 e Norma Operacional Básica – NOB/2005, instituiu-se o Sistema Único da Assistência Social — SUAS e a política alcança avanços expressivos que marcaram a sua implementação. A NOB/2005 definiu e normatizou conteúdo do pacto federativo, restabelecendo de forma unitária, hierarquizada e complementar as competências dos entes federados na gestão do financiamento e execução da Assistência Social.

Afirma DAMASCENO (2016):

No Brasil, a Constituição de 1988 foi bastante inovadora e extensa no que tange à proteção social, sendo a primeira a prever como objetivo estatal a criação de um verdadeiro sistema de Seguridade Social, o qual seria composto por um conjunto integrado de ações e medidas destinadas a atender às necessidades básicas do ser humano, assegurando-lhe uma condição social mínima para a configuração necessária de uma vida digna, com saúde e proteção (assistencial ou previdenciária) contra os infortúnios decorrentes do não-trabalho.

Dessa forma, com a integração de ações de Saúde, Previdência Social e Assistência Social, a Seguridade Social objetiva essencialmente a concretização do fundamento republicano da dignidade humana (artigo 1º, III, da CF). A dignidade da pessoa humana como fundamento base do sistema jurídico brasileiro, enquanto vinculado à Seguridade Social, desafia o Estado e a sociedade a retirar da vida indigna aqueles que assim se encontram.

No tocante à Assistência Social, percebe-se que a mesma foi elevada a condição de direito subjetivo fundamental (art. 194, CF), deixando de ser vista como um favor ou caridade, mas não é só. É um direito fundamental dotado de máxima efetividade, posto que consta entre os direitos sociais fundamentais arrolados no art. 6º do Texto Magno<sup>1</sup>.

Dessa maneira, o direito à Assistência Social é um direito fundamental social, fazendo parte da estrutura fundamental do Estado. O doutrinador TAVARES (2005, p. 18) leciona que a assistência social deve garantir prestações sociais mínimas e gratuitas, ficando a cargo do Estado prover pessoas necessitadas de condições dignas.

---

<sup>1</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Por esse ângulo, observa-se que os direitos sociais, dentre eles a assistência aos desamparados, são direitos fundamentais, consagrados na Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, sendo de observância obrigatória em um Estado Social de Direito.

Por esse ângulo, BASTOS (2013, p. 211) assevera que:

Para que todos possam ter as condições mínimas almejadas, faz-se necessária a intervenção do Estado na prestação de determinados direitos tidos por essenciais, como a assistência social, já que se relegar ao próprio sistema social não se terá o alcance necessário para que todos possam usufruir dos referidos direitos. Nesse sentido, o STF, por meio do Informativo 669, na decisão com tema relativo ao benefício de prestação continuada – Recursos Extraordinários 567.985/MT e 580.963/PR, ambos decididos em 2012 -, registrou: O dever estatal de entregar um conjunto de prestações básicas necessárias à sobrevivência individual. Asseverou que o constituinte instituíra-o no art. 6º da CF/88, no qual compelir-se-ia aos Poderes Públicos a realização de políticas a remediar, ainda que minimamente, a situação de miséria dos desamparados. (...).

Seguindo a evolução normativa da política, destaca-se a relevância da promulgação da Lei 12.435 de 2011, que alterou a LOAS, incluindo o SUAS, as unidades de referência, serviços e programas socioassistenciais na legislação nacional. Também introduziu novos dispositivos relacionados ao Benefício de Prestação Continuada — BPC e financiamento do sistema. A aprovação da NOB/2012 adensou ainda mais o conteúdo da política de Assistência Social, firmando instrumentos de aprimoramento de gestão do SUAS e de qualificação da oferta de serviços, sob a ótica do planejamento e monitoramento, avançando na função de vigilância socioassistencial, no aperfeiçoamento da definição das responsabilidades dos entes federados e no controle e participação social.

Assim, a Lei n.º 8.742/93 define a assistência social como:

Art. 1º. Assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Desse modo, a efetivação da Assistência Social, enquanto política de seguridade social de responsabilidade do Estado, é o reconhecimento do direito, da cidadania. E é justamente nesse contexto que surge o benefício de prestação

continuada (BPC/LOAS) como um dos objetivos da Assistência Social (art. 203, V, CF/88), cujos contornos legais já foram apreciados no capítulo anterior deste trabalho.

## **2 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: ASPECTOS LEGAIS**

### **2.1 ORIGEM E DEFINIÇÃO**

A origem do benefício da prestação continuada está intrinsecamente relacionada com as intenções da Constituição federal de 1988. É que, sabidamente, a Carta Magna de 1988 está fundamentada na dignidade da pessoa humana, sendo, inclusive, reputada de Constituição Cidadã.

Nesse sentido, antes de adentrar propriamente no tema título do item 3 deste trabalho, convém destacar, inicialmente, o que é Seguridade Social. A Constituição da República, em seu art. 194, *caput*, conceitua a Seguridade Social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Para IBRAHIM (2011, p. 5):

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

Depreende-se, portanto, que o instituto da Seguridade Social objetiva a proteção social de cada indivíduo buscando a assegurar a dignidade da pessoa humana, proporcionando o mínimo de bem estar da pessoa.

Dessa forma, o Estado (administração pública) concentra todo o sistema de Seguridade Social organizando o custeio, os serviços e a concessão dos benefícios, através do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que é o órgão administrativo responsável por essas organizações, o qual está subordinado ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Assim, tem-se que a Seguridade Social, que está prevista no Capítulo II, do Título VIII, arts. 194 a 294 da Carta Suprema de 1988, compreende um conjunto de

ações e políticas sociais que visam a propiciar o estabelecimento de uma sociedade mais solidária, justa e igualitária, erradiando os males sociais (como a marginalização e a pobreza) na busca da diminuição das desigualdades sociais, acarretando assim uma maior segurança social. Vejamos alguns que merecem destaque:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

(...)

Ainda, segundo AMARAL (2017), seguridade social pode também ser classificada em dois subsistemas: o sistema contributivo (formado pela previdência social, que pressupõe o pagamento real ou presumido de contribuições previdenciárias dos segurados para sua cobertura previdenciária e dos seus dependentes), e o sistema não contributivo (integrado pela saúde pública e pela assistência social, pois ambas são custeadas pelos tributos em geral, especialmente



as contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, e são disponíveis a todas as pessoas que dela necessitarem, inexistindo a exigência de pagamento de contribuições específicas dos usuários para o gozo dessas atividades públicas).

Em acréscimo, verifica-se que a seguridade social é gênero da qual são segmentos (espécies) os seguintes seguros sociais: a saúde pública, a previdência social e a assistência social.

Dessarte, em apertada síntese, a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, sendo o atual sistema previdenciário de caráter eminentemente contributivo. Nessa linha, dispõe o art. 201 da Carta Suprema:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Já a Saúde vem garantida pela Carta Magna como direito de todos e dever do Estado, que deve ser assegurada mediante ações que visem à redução dos riscos de doença e seus agravamentos. O acesso aos programas de Saúde Pública necessariamente deve seguir os princípios da igualdade e universalidade do atendimento. Logo, neste campo, o acesso deve ser garantido a todos e de forma igual, sem qualquer tipo de contribuição, de forma que o atendimento público à saúde deve ser gratuito, conforme asseveram os arts. 196 e 197 da Constituição Federal<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A Assistência Social, por sua vez, tem como princípios informativos a gratuidade da prestação e a proteção social, e visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, através da proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, bem como aos deficientes e a reintegração ao mercado de trabalho daqueles que necessitarem.

Impende destacar, assim, que a assistência social busca amparar pessoas que não contribuem financeiramente para a seguridade social, que não conseguem prover sua subsistência, e, ainda, que não têm família que o faça por elas. Na Constituição Federal, destacamos os arts. 203 e 204 que tratam sobre a Assistência Social, a saber:

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

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- 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.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

- I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
- II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

- I - despesas com pessoal e encargos sociais;
- II - serviço da dívida;
- III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

---

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Logo, infere-se que o instituto da Assistência Social possui objetivos fixados no art. 203 da Constituição e repetidos no art. 2º da LOAS, dentre eles (como, inclusive, já foi dito acima): (a) a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; (b) o amparo às crianças e adolescentes carentes; (c) a promoção da integração ao mercado de trabalho; (d) a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e, (e) a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

E, conforme se depreende destes objetivos, a Assistência Social está conjugada aos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, no que tange à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que proclama a erradicação da pobreza e da marginalização, em busca da minimização das desigualdades sociais e regionais, em benefícios de todos e sem preconceitos (art. 3º da CF).

Assim, define-se assistência social, em síntese, como sendo um conjunto de medidas públicas ou privadas a serem prestadas a quem delas necessitar, para o atendimento das necessidades humanas básicas, de índole não contributiva direta, normalmente funcionando como um complemento ao regime de previdência social, quando este não puder ser aplicado ou se mostrar insuficiente para a obtenção da dignidade humana.

Nesse diapasão, a Lei de Organização da Assistência Social – LOAS (Lei no 8.742/1993) também traz uma definição de Assistência Social, nos seguintes termos:

Art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Em resumo, trata-se de uma política social que prevê o atendimento das necessidades essenciais do indivíduo, traduzidas em proteção à maternidade, à família, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à seguridade social.

Nesse sentido, para concretização da política de assistência social, foram criados benefícios assistenciais. Esses benefícios são direito do cidadão e dever do Estado, e se dividem em duas modalidades: o benefício da prestação continuada da assistência social (BPC) e os benefícios eventuais.

Com relação aos benefício eventuais, esses são caracterizados por serem temporários e suplementares, prestados aos cidadãos e às famílias em casos de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade provisória e de calamidade pública. Já o BPC possui natureza, individual, prolongada, intransferível, não vitalício e para ter direito a ele, é necessário o preenchimento de determinados requisitos que são exigidos por lei específica.

A atual constituição da república, em harmonia com os princípios, valores, fundamentos e objetivos por ela estabelecidos e visando à proteção social, bem-estar e justiça social, estabeleceu, como espécie de seguro social, que a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição a seguridade social criando um benéfico específico para os idosos e pessoas com deficiência. Esse Amparo constitucional foi batizado de benéfico da prestação continuada e apelidado sucintamente de BPC, consistindo assim, conforme artigo 203, inciso V da carta maior.

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.

Nesse contexto é que encontramos o benefício da prestação continuada (BPC), o qual se encontra incluso em um dos segmentos da seguridade social, qual seja, a assistência social.

Tem-se, por conseguinte, desde 1988, a previsão constitucional de um meio capaz de amparar as pessoas necessitadas (conforme critérios estipulados em lei), os idosos e os deficientes físicos. Em suma, essa prestação assistencial é um importante instrumento para a proteção de indivíduos que se encontram em situação de risco social, uma vez que lhes proporciona ao menos uma fonte mínima de subsistência. Assim, o benefício da prestação continuada, consiste, portanto, em um dos meios de se efetivar alguns dos objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos. (artigo 3º da Constituição da República). É, pois, instrumento da Assistência Social.

## 2.2 BASE CONSTITUCIONAL E LEGAL

A Constituição da República Federativa do Brasil instituiu a Seguridade Social como política cujo objetivo é o atendimento do bem-estar social do cidadão brasileiro. Nesse sentido, em seu art. 6º (no capítulo II, DOS DIREITOS SOCIAIS), a *Lex Mater* estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, na forma da Constituição.

Nessa linha, a Constituição Federal fracionou a Seguridade Social em 03 (três) seguimentos para que fosse possível uma melhor administração dos deveres estatais com relação aos direitos sociais. Assim, o art. 194 do citado Diploma Legal institui que a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência, e à assistência social. Portanto, conforme explicado, são seguimentos da Seguridade Social a saúde, a previdência a assistência social.

E com relação especificamente à assistência social, o artigo 203, inciso V, estabelece que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, tendo como um dos objetivos 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.

Verifica-se, pois, que referida garantia constitucional, por se tratar de norma de eficácia limitada, conforme se depreende do próprio texto normativo, destacou a necessidade da criação de lei regulamentadora capaz de efetivar dirá garantia.

Assim, em 1993, foi criada a Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS) com a finalidade de proteger os cidadãos que se encontravam desamparados socialmente, notadamente o idoso ou mesmo deficientes físicos impossibilitados de contribuir para a caixa da Previdência Social.

É que, de acordo com o art. 201 da Constituição Federal, o nosso sistema previdenciário é contributivo e de filiação obrigatória, isso para os segurados obrigatórios, que são os maiores de 16 anos (salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos) que exercem atividade remunerada lícita que os vinculam ao sistema

previdenciário, de modo que possuem direito a esse sistema previdenciário apenas aqueles que contribuem (financeiramente) de alguma forma ou dependem de alguém que contribui. Ainda, em atendimento ao Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento, foi criada a categoria dos segurados facultativo, que são aqueles que não exercem atividade remunerada, porém, optam pela inclusão no sistema protetivo, efetuando contribuições previdenciárias por livre vontade. Ou seja, para que se tenha direito a qualquer benefício previdenciário, o beneficiário deve ser, obrigatoriamente, filiado e contribuinte.

Já a assistência social, não exige contribuição financeira do beneficiário, e deve ser prestada para quem dela necessitar. Trata-se aqui da necessidade de o Estado fornecer prestações econômicas aos cidadãos, como também de fornecer meios adequados e eficientes para que o indivíduo consiga superar as atribulações, prestando assistência social. Tudo isso, frise-se, independente da contribuição do beneficiário. Ademais, todas as receitas do sistema advêm do orçamento geral do Estado, ou seja, são direitos garantidos pelo simples exercício da cidadania.

Nesse diapasão, podemos perceber que a Assistência Social distingue da Previdência Social, pois, aquela, visa a proteger qualquer pessoa que dela necessitar, independentemente de contribuição financeira, ao passo que Previdência Social visa a proteger os segurados (e seus dependentes) que para ela contribuem.

E, ainda com relação à Lei 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS), tem-se que ela prevê a concessão do Benefício de Assistência e Prestação Continuada - BPC - que é um dos mais importantes benefícios assistenciais que o Estado propicia ao indivíduo que dele comprove a real necessidade, uma vez que é obrigação do Estado garantir os direitos vitais à dignidade e integração social de todos os cidadãos inclusive aqueles que dele necessitam.

Importante destacar que após sua regulamentação pela LOAS, o Benefício de Prestação Continuada - BPC sofreu alterações sucessivas, através do art. 34 da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), do Decreto 6.214/07, do Decreto 7.617/11, do Lei 13.146/15 (Estatuto da pessoa com deficiência) e ainda do Decreto 8.805/16, sendo todas essas alterações voltadas para aprimorar os critérios objetivos para concessão do benefício.

Essa assistência é realizada e integrada à iniciativa pública a fim de garantir o atendimento às necessidades mínimas do cidadão idoso (maior de sessenta e

cinco anos de idade), sendo este hipossuficiente, e ainda àqueles com deficiências e impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial.

Como visto, a criação do Benefício de Prestação Continuada - BPC se deu de início com base no art. 6º da Constituição Federal com posterior corroboração nos artigos 194, 195, 203 e 204 também da Carta Magna, sofrendo alterações pelas Leis nº 12.435, de 06 de julho de 2011; e Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, e os Decretos nº 6.214, de 26 de setembro de 2007 e nº 6.564 de 12 de setembro de 2008. Vejamos:

Constituição Federal de 1988:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

(...)

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

(...)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

(...)

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

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

(...).

Explica PEREIRA (2011):

A proteção social dos indivíduos é inegavelmente um fator de justiça social com a qual o Direito está indissociavelmente ligado. Portanto, ao iniciar-se esse tópico é necessário considerar que não raras às vezes, “a proteção social fica exposta a apreciações negativas, na medida em que é muitas vezes acusada de produzir impactos econômicos desfavoráveis”. No Brasil, infelizmente foi nesse contexto que o BPC foi regulamentado, ou seja, não como um direito fundamental individual previsto e assegurado constitucionalmente (e, portanto, um instrumento de proteção social capaz de realizar o bem-estar e a justiça social), mas como um ônus com o qual o Estado deve arcar e que certamente representa impactos econômicos negativos para os cofres públicos, razão pela qual foi regulado de forma bastante seletiva e restritiva.

Com efeito, o benefício é temporário, individual e intransferível, assegurando ao beneficiário (desde que compatível com os critérios exigidos por referida lei) o recebimento de um salário mínimo mensal. Assim, o Estado subsidia este recurso à pessoa que não provém meios de adquiri-lo sozinha, ou ainda que não atinja meios subsidiados pela família, ou seja, que se encontram em situação de miserabilidade.

A própria lei determina esse critério de miserabilidade, ao estabelecer que o benefício deve ser calculado com base na renda per capita da família, de modo que seu deferimento está condicionado à comprovação de que essa renda familiar per capita seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo vigente.

Outrossim, a concessão desse benefício se estende ao brasileiro, inclusive ao indígena não amparado por nenhum sistema da previdência social, e também ao estrangeiro naturalizado e domiciliado no Brasil que não tenha nenhuma cobertura oriunda de seu país de origem.

Por fim, importante destacar que o Benefício de Prestação Continuada- BPC - LOAS difere dos outros por ser um benefício integrante do Sistema Único de



Assistência Social - SUAS, cuja operacionalização do reconhecimento do direito é do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, a quem compete administrativamente analisar os requisitos legais para o deferimento ou não do BPC.

## **2.3 CRITÉRIOS LEGAIS DE CONCESSÃO: IDADE, DEFICIÊNCIA E MISERABILIDADE**

### **2.3.1 IDADE**

Da leitura da Lei nº 8.742/1993, verifica-se que são dois os requisitos essenciais para a concessão do benefício assistencial: (I) ser idoso ou pessoa com deficiência e (II) não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Com efeito, “pessoa idosa” para fins do benefício assistencial previsto no art. 20, caput, da Lei nº 8.742/1993, originariamente, era a pessoa que contava com 70 (setenta) anos ou mais. Posteriormente, a Lei no 9.720/1998 inseriu o art. 38 na Lei no 8.742/1993, alterando o requisito etário de 70 (setenta) para 67 (sessenta e sete) anos.

Com o Estatuto do Idoso (Lei no 10.741/2003) o requisito etário (idade mínima) passou a ser 65 (sessenta e cinco) anos, nos termos do art. 34 do citado Diploma Legal<sup>3</sup>.

E, em que pese o art. 1º da mesma lei definir como idoso a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos, a jurisprudência era pacífica no sentido de que, para o fim de habilitação para a concessão do benefício assistencial, aplicava-se o critério etário específico do art. 34 da Lei no 10.741/2003, ou seja, 65 (sessenta e cinco) anos.

Todavia, com o advento da Lei nº 12.435 de 06 de julho de 2011, que alterou o caput do art. 20<sup>4</sup> da Lei no 8.742/1993, pairaram as dúvidas quanto ao critério

---

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

etário em análise, de modo que restou claro que o benefício assistencial seria devido ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais.

Portanto, hoje não mais se questiona a respeito desse critério etário adotado para concessão do Benefício de Prestação Continuada – BPC, sendo pacificado legal e jurisprudencialmente que a idade a ser considerada para concessão do BPC é 65 (sessenta e cinco) anos.

### **2.3.2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

Diferentemente do critério etário, o critério de deficiência apresenta diversas controvérsias. Atualmente, o parágrafo segundo, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, com a redação dada pela Lei nº 12.470/11, assim conceitua pessoa com deficiência:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Como se vê, a redação atual do dispositivo remete ao conceito de “impedimentos de longo prazo” que impeçam o indivíduo de participar plena e efetivamente na vida em sociedade, em igualdade com as demais pessoas.

Nesse sentido, pelo § 10º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, incluído pela Lei nº 12.470/11, considera-se impedimento de longo prazo aquele impedimento que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Ocorre que na redação original<sup>5</sup> (anterior) do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93, havia outro conceito de deficiente, menos abrangente, remetendo a conceitos de incapacidade para a vida e para o trabalho.

Ademais, pelo que dispunha a redação original (anterior) do art. 20, da Lei nº 8.742/93, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS adotava um conceito restrito de deficiência, considerando apenas a visão médica, descontextualizando o indivíduo do meio em que ele estava inserido.

---

<sup>5</sup> Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

Todavia, ainda ao teor da redação original do art. 20, da Lei nº 8.742/93, a jurisprudência já relativizava o conceito de deficiente, como se infere da Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilidade de prover ao próprio sustento.

Também era o conteúdo da Súmula nº 30 da Advocacia Geral da União:

A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Dessa maneira, conclui-se que o conceito de deficiência, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada, estava mais atrelado ao conceito de incapacidade laborativa do que ao conceito de vida independente.

Já depois das alterações trazidas pela Lei nº 12.470/11 na Lei nº 8.742/93, foi inserido no nosso ordenamento jurídico um novo conceito de deficiência, representando em nossa legislação infraconstitucional, certamente, reflexo das determinações da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Realmente, em 30 de março de 2007, o Estado Brasileiro foi signatário da Convenção de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Assim, após a aprovação do texto do Tratado pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo nº 186/2008, de 09/07/2008, pelo rito previsto no art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, foi promulgado pelo Decreto Executivo nº 6.949, de 25/08/2009. E, em virtude da observância do procedimento previsto no parágrafo 3º, do art. 5º, da Constituição<sup>6</sup>, a Convenção Internacional sobre os Direitos das

---

<sup>6</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Pessoas com Deficiência foi internalizada no ordenamento jurídico pátrio com força de emenda constitucional.

Sem dúvidas, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe novo conceito de pessoas com deficiência, que não se fixa somente na patologia que ela apresenta, mas avalia o indivíduo no seu contexto clínico (médico), psicológico e social, em uma visão multidisciplinar. Vejamos:

Art. 1º da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em decorrência desse Tratado Internacional assinado pelo Brasil foi editado o Decreto nº 6.214/2007, estabelecendo no art. 4º de seu anexo:

Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

(...)

II - pessoa com deficiência: aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas;

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 entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;

(...).

Tem-se, portanto, um conceito mais amplo de deficiência, de modo que a incapacidade passou a ser analisada não mais como um atributo da pessoa, como algo de que o sujeito é portador, mas sim como uma consequência de um conjunto complexo de situações que ensejam a condição peculiar e característica da pessoa portadora de deficiência.

Observa-se, ainda, que a conceituação atualmente abarcada pelo legislador no tocante ao recebimento do BPC pela pessoa com deficiência não a estimula a superar as barreiras sociais e biopsicológicas, ou participar mais efetivamente da

---

vida em sociedade, pois não há previsão de autorização para que o beneficiário desenvolva algum tipo de atividade laborativa que respeite seus impedimentos de longo prazo.

Dessarte, o art. 21 da Lei 8.742/93 apenas dispõe sobre a revisão do benefício a cada dois anos, a fim de se verificar a manutenção, ou não, dos critérios ensejadores do benefício, notadamente a situação de miserabilidade e a deficiência.

### 2.3.3 MISERABILIDADE

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 203, inciso V, disciplina que a concessão do benefício de prestação continuada – BPC, deve respeitar o requisito de comprovação do requerente de não possuir meios de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família. Trata-se, portanto, do requisito econômico denominado pela doutrina como critério de miserabilidade.

Nesse contexto, a finalidade do requisito econômico é estabelecer um nível de pobreza a partir do qual seja possível definir “família incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa”.

Esse nível de pobreza, por sua vez, é estabelecido mediante avaliação da renda *per capita* da família do requerente, a qual será considerada necessitada se dita renda for inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo vigente, decorrendo daí a necessidade de indicar quais os integrantes da família terão as suas rendas computadas no cálculo.

O art. 20, § 1º, da lei nº 8.742/93, em sua redação primária, assim definia família:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

(...)

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.

Percebe-se que o conceito acima transcrito se apresentava de maneira vaga, imprecisa, e estava dissociado das relações biológicas, de modo que era indiferente a existência ou não de grau de parentesco entre os integrantes da “família”. Ou seja,

em síntese, era considerada família as pessoas que convivessem sob o mesmo teto. Isso porque, principalmente nas famílias de menor renda, que são os potenciais beneficiados do BPC, os agrupamentos de pessoas são diversificados e se constituem na forma que acham melhor para enfrentarem as eventualidades da vida, de forma a reunir recursos conjuntos.

Assim, utilizando-se de uma perspectiva sociológica, muito útil à realidade brasileira, a norma contemplou a família de forma abrangente, possibilitando os mais diversos arranjos a partir da consanguinidade, que vai além do núcleo formado pela conjugalidade e os filhos daí diretamente decorrentes.

No entanto, com o advento da Lei 9.720/1998, foi estabelecida uma conceituação mais restritiva, passando-se a considerar família como sendo o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91 e que vivam sob o mesmo teto, quais sejam, os cônjuges, companheiros, o filho e o irmão não emancipados, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, os pais, bem como o enteado e o menor tutelado.

Observa-se, assim, que pelas alterações da Lei 9.720/1998 foram excluídos alguns parentes do conceito de família para fins de apuração da renda mensal *per capita*, não obstante coabitarem no mesmo teto, entre eles os filhos maiores de vinte um anos, desde que não sejam inválidos, netos, genros, entre outros.

Entretanto, essa alteração, responsável por delimitar o conceito de família, gerou grande discussão doutrinária e jurisprudencial, pois, na prática, fundamentando-se nas peculiaridades dos casos concretos, começaram a se desenvolver inúmeras decisões relativizando esse rol exaustivo do grupo familiar.

Na verdade, verifica-se a jurisprudência passou a se nortear no sentido de priorizar, na hora de decidir sobre a concessão do BPC, a situação de risco social a qual a família está submetida, não agindo com interpretação literal da norma.

Nesse sentido, a Turma Nacional de Uniformização, no curso do processo nº 200770950023355, com Relator Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (DJU 20.10.2008), decidiu no sentido de prevalência da análise criteriosa pelo julgador da conexão entre a norma legal e a realidade fática, em que as pessoas que compõem o núcleo familiar devem ser selecionadas não com base

exclusivamente em um critério legal pré-definido, mas da análise socioeconômica específica para aquele caso. Conforme trecho abaixo transcrito:

Apenas para tornar mais clara a minha exposição, ilustro com um exemplo. Se temos uma família composta por pai, mãe e um filho maior, esse último, solteiro e único trabalhador da família, com apenas 25 anos e possuidor de uma renda mensal de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), preenchidos os demais requisitos para a percepção do benefício, nenhum óbice haveria para o recebimento do benefício pela mãe ou pai, uma vez que a renda mensal familiar seria nula, exatamente porque o filho, sendo maior, estaria excluído do seu cômputo, nos termos do dispositivo legal mencionado acima. Por outro lado, se temos um pai que recebe um benefício de apenas um salário mínimo, com ele convivendo a esposa e mais dois filhos e um neto, todos menores e sem qualquer renda, ainda que preenchidos os demais requisitos e comprovada a miserabilidade da família, por incontestável laudo sócio-econômico, não faria ele jus ao benefício, leis que, sendo o neto excluído do conceito de família, a renda mensal estaria acima do limite legal (menor que um quarto e aqui igual a um quarto do s.m.). Veja que, mesmo que o laudo social tenha atestado o contrário, no primeiro caso caberia ao Estado prestar assistência a quem dela não necessita efetivamente e, no segundo caso, negá-la, mesmo diante da evidente necessidade! É esta a preocupação que demonstro, ou seja, o apego desenfreado e acrítico ao conteúdo legal, que, sob o marco de uma pretensa pseudo-certeza e segurança jurídica, exorciza a realidade, obnubilando o acontecer da Constituição. A prevalecer esse modo de enxergar o Direito, estaremos impedindo o constituir da Constituição e a realização do projeto de vida boa que a sociedade persegue, segundo esse projeto constitucional que pretende projetar-se em seu seio. É ela, a Constituição, que permeia todo o Direito e é a ela, à Constituição, que deve submeter-se o legislador. Não se trata de apologia a qualquer ativismo judicial, mas de por sob a visada constitucional a obra do legislador, a fim de perquirir se da sua atuação resulta qualquer contradição com a Carta. E parece-me que, a tornar absoluto o matemático critério, acabamos por colocar o Direito à margem do mundo da vida, uma desconexão que somente se presta a ratificar a inefetividade dos direitos fundamentais e o acontecer da própria Constituição.

Em seguida, o art. 20, § 1º, da Lei 8.742/93 teve sua redação novamente modificada pela Lei 12.435/2011, pelo que restou estabelecido que a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Verifica-se, dessa forma, que a norma de um lado ainda se mantém distanciada de sua redação original, que permitia a inclusão, no grupo familiar, de qualquer pessoa vivendo sob o mesmo teto, independentemente de relação civil de

parentesco, e por outro lado assemelha-se ao texto anterior, já que lista expressamente quem pode ser considerado como integrante do núcleo familiar.

De fato, a Lei 12.435/2011 reiterou a técnica adotada pela Lei 9.720/1998, evidenciando que a intenção do legislador foi a de restringir os integrantes do núcleo familiar às pessoas listadas expressamente no art. 20, § 1º, da Lei 8.742/93. Assim, conclui-se que com a edição da Lei 12.435/2011, somente podem ser inseridas no cômputo de integrantes e na apuração da renda do grupo familiar as pessoas com o mesmo domicílio arroladas de forma expressa e exhaustiva no art. 20, § 1º, da Lei 8.742/93.

Vale destacar, ainda, que a Lei 12.435/2011, acertadamente, inseriu a figura do padrasto e da madrasta no conceito de família. Ora, se o enteado era considerado como membro do grupo familiar do seu padrasto ou madrasta, até mesmo anteriormente à alteração trazida pela Lei 12.435/2011, razoável que a renda destes também seja levada em consideração para fins de aferição da renda do grupo familiar do enteado.

Em decorrência da nova norma foi também retirado o limite de idade que era previsto no art. 16 da Lei 8.213/91 (que inclui como dependentes previdenciários o filho e o irmão não emancipados, menores de 21 anos ou os inválidos). Ou seja, foi estabelecida uma nova condicionante para que o filho, enteado, ou irmão do requerente seja considerado o grupo familiar: ser solteiro. Isso porque se o filho, enteado ou irmão, possuir vínculo matrimonial ou de união estável, ele faz parte de outro grupo familiar, e seus rendimentos são direcionados a este, mesmo que resida no mesmo teto do requerente.

Em suma, verifica-se que a alteração legal acima debatida excluiu do conceito familiar as pessoas que possuem outros dependentes, independente de guardarem relação de parentesco e domicílio comum com o requerente do benefício.

E, dando continuidade ao requisito financeiro aferido no momento de concessão do BPC, este se encontra definido no § 3º, do artigo 20, da LOAS, vejamos: “Considerar-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo”.

Como já visto, referido critério é o que a doutrina e a jurisprudência classificam como critério de miserabilidade (ou baixa renda), o que corresponde a



um dos requisitos objetivos utilizados pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (órgão administrativo competente para analisar os requerimentos do amparo assistencial) como parâmetro para concessão ou não do benefício assistencial analisado.

Dessa forma, o Decreto 6.214, de 26 de setembro de 2007 regulamentou a renda *per capita*, para fins de reconhecimento do direito ao benefício assistencial, definindo que deve essa renda familiar ser inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo por integrante, ou seja, a renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes deve ser inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo (artigo 4º, IV do Decreto 6.214/2007).

A aferição da miserabilidade, portanto, obedece às seguintes etapas: (i) análise do grupo familiar, momento em que se verifica quantas pessoas residem sob o mesmo teto do (a) requerente, e quais delas estão incluídas no conceito legal de “grupo familiar” trazido pelo artigo 20, §1º, da LOAS; (ii) análise da renda mensal familiar, momento que se serão avaliados e quantificados os componentes do grupo familiar, somando-se, em regra, todas os proventos pecuniários por eles recebidos; (iii) cálculo da renda mensal *per capita*, dividindo-se o total da renda mensal pelo número de integrantes legais do núcleo familiar. Assim, a interpretação gramatical do artigo 20, §2º, da LOAS determina que, após esse procedimento, será considerado miserável o indivíduo cuja “família” possua, por cabeça, um rendimento mensal inferior ao valor de  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo.

Como se vê, ao exigir renda *per capita* familiar inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo, a LOAS estabeleceu um significativo corte, criando uma legião de requerentes excluídos. Por essa razão, dito critério objetivo foi alvo de muito debate entre os juristas, justamente porque reduziu expressivamente as camadas sociais que seriam beneficiadas pelo amparo constitucional debatido, de modo que a jurisprudência, analisando caso a caso, passou a relativizar esse critério para concessão do BPC, o que culminou com a inclusão, em 2015, do § 11 no art. 20 da Lei 8.742/93, tema esse que, inclusive, será aprofundado no próximo capítulo deste trabalho.

Portanto, o BPC tem como exigências claras e cumulativas: ser o requerente pessoa idosa ou deficiente, e que comprove hipossuficiência econômica, nos termos do art. 20 da Lei 8.742/93.

### **3 ATIVISMO JUDICIAL E DIREITOS SOCIAIS: APLICAÇÕES AO BPC**

#### **3.1 A DEFICIÊNCIA DO PODER PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

Inicialmente convém asseverar que o texto constitucional vigente em nosso ordenamento jurídico revela a preocupação do legislador constituinte em formalizar o compromisso do Estado brasileiro com a concretização da cidadania, elencando, para tanto, um rol de direitos e garantias capazes de materializar os compromissos por ele (Estado) assumidos. Dessa forma, assim como toda nova legislação, a promulgação da Constituição Federal de 1988 iniciou um novo processo no quadro jurídico-social, qual seja, a prática dos ditames constitucionais insculpidos na Carta Magna de 1988.

Com efeito, para se firmar a teoria de Estado Democrático de Direito, houve a necessidade de a Constituição do Brasil estabelecer normas capazes de efetivar a legitimação das políticas públicas, ratificando seu compromisso com a execução dos direitos e garantias nela previstos. É que, sabidamente, a redação de um documento que serve como base para todo o ordenamento jurídico de um Estado não pode ser descompromissada com a sua execução.

Assim, é de se destacar que o Brasil tem encontrado sérios obstáculos na busca pela efetivação de seus deveres constitucionais, em especial os sociais. Neste ponto se evidenciam as mais diversas críticas às políticas públicas brasileiras, rotuladas pela sua precariedade ou ineficiência. E é justamente nesse contexto que se apresenta a Assistência Social.

Esse seguimento, historicamente desprezado pelo Poder Público, foi o último dos três ramos da Seguridade Social a ser regulamentado em nível infraconstitucional na vigência da atual Lei Maior brasileira. Nesse sentido é notório o abismo existente entre a proposta prevista na Constituição Federal (art. 203) em relação à assistência social e a realidade por ela apresentada, de modo que a falta de preocupação e importância, notadamente dos governantes, para com as pessoas economicamente menos favorecidas da sociedade, somente agravam esse quadro.

Todavia, é necessário entender que um programa assistencial dessa porte somente poderá obter a excelência que dele se espera caso esteja amparado por

uma legislação condizente com a realidade social e segura do ponto de vista jurídico, aspectos nos quais a política do BPC notadamente tem pecado.

Assim, em razão da falta acima evidenciada em relação ao BPC, especialmente quanto às injustiças cometidas pelo poder público no momento do deferimento do benefício, os requerentes se valem do poder judiciário para terem deferido seu benefício assistencial. E, diante desses impasses, os juízes têm aplicado às suas sentenças uma interpretação baseada na conciliação entre a política assistencial, os anseios constitucionais e a realidade social, tentativa esta que acaba extrapolando os parâmetros impostos pela letra fria da lei. Essa postura adotada pelos magistrados recebe a nomenclatura doutrinária de “ativismo judicial”.

Com efeito, o ativismo judicial evidencia uma postura proativa do Poder Judiciário na interferência de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes. No ativismo judicial se observa a prevalência da vontade do juiz ao realizar a interpretação das leis em casos concretos que chegam a sua jurisdição, de forma proativa e inspirado em princípios neoconstitucionalistas.

Nestes casos, o juiz, para resolver as demandas, opta por realizar uma interpretação ativista da lei, mais pautada em princípios constitucionais do que na letra da lei, por vezes dando determinações a outros poderes para que realizem esta ou aquela política pública, sem requisição e, às vezes, sem participação processual dos demais poderes no caso concreto.

O exemplo claro que há de ativismo judicial é com relação à relativização do critério de miserabilidade para concessão do benefício de prestação continuada (BPC). Ora, a lei é clara ao determinar os critérios objetivos que devem ser respeitados para que referido benefício seja deferido. Todavia, os juízes, ao se depararem com processos nos quais se busca a concessão do BPC, estão analisando os casos com olhos “extra-lei” para conceder o benefício, conforme veremos detalhadamente no tópico 3.3 deste trabalho.

### **3.2 O ATIVISMO JUDICIAL FERRE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES?**

Uma vez definido o conceito de ativismo judicial, impende destacar que esse fenômeno jurídico se baliza na adesão do Poder Constituinte ao movimento constitucionalista, merecendo destaque a defesa da institucionalização do poder a

partir da criação de órgãos específicos, responsáveis pelo desempenho de diferentes competências delineadas pelo texto constitucional.

Quanto à referida tese, destacam DINIZ e LIMA (2015):

A aludida tese, esboçada em 1789 por Emmanuel Joseph Sieyès e utilizada como baluarte da Revolução Francesa, encontrou uma de suas inspirações em “O Espírito das Leis”, célebre obra do Barão de Montesquieu, filósofo político responsável pela consagração do princípio da separação dos poderes. Para garantir um ponto de equilíbrio entre as forças políticas, princípio da separação dos poderes Montesquieu (2008, p. 39) propõe, em suma, (i) a distribuição dos três ofícios estatais (legislativo, executivo e jurisdicional) entre órgãos distintos; (ii) o exercício harmônico e independente entre essas funções (artigo 2º da CF/88), algo alcançável por meio de garantias funcionais e de prerrogativas institucionais, e; (iii) a especialização relativa de suas atribuições, delineando-se as funções típicas (predominantes) de cada um deles.

Percebe-se, outrossim, que o referenciado postulado não defende a centralização absoluta das funções estatais, mas sim um sistema de freios e contrapesos. Referida proposta prevê a possibilidade de interferências entre os Poderes, a fim de promover um equilíbrio de forças.

Quanto ao tema, ainda DINIZ e LIMA (2015) pontuam:

Seguindo essa linha, nada impede, por exemplo, que em circunstâncias constitucionalmente previstas, o Poder Judiciário funcione atipicamente como administrador (v.g. artigo 93, VII, CF/88, na redação dada pela EC n.º45/2004) ou legislador (v.g. artigo 93, caput, CF/88), o que também ocorre com as demais esferas de poder. Tais atuações somente seriam vedadas quando feitas sem o devido respeito aos limites impostos pela Constituição, isto é, nas situações em que um poder extrapola a sua seara de ação, desempenhando atribuições da competência privativa de outros.

É justamente nesse ponto que a discussão sobre a atuação judicial no controle de políticas públicas ganha destaque no Brasil. Assim, representariam essas atuações uma afronta ao princípio da separação dos poderes? Certamente não.

É certo que a existência do Estado está subordinada à existência de poder, sendo este uno, podendo, contudo, ser concentrado em um único órgão ou dividido. Assim, a divisão do poder consiste na distribuição de competências a vários órgãos independentes entre si, sendo o critério funcional um dos principais

critérios, no qual o poder é dividido conforme as três funções do Estado. Segundo Pedro Lenza (2012, p. 481):

Aristóteles, em sua obra “Política”, já mencionava as três funções distintas do Estado, a serem exercidas pelo soberano, a função de criar normas (legislativa), a de aplicar as normas no caso concreto (executiva) e a função de decidir conflitos criados pela aparente colisão de direitos (jurisdicional).

Ainda, para Lenza (2012, p.481):

A teoria de Aristóteles foi aprimorada pelo filósofo Montesquieu, que identificou que as funções do Estado não podem ser exercidas por um único agente. Assim, Montesquieu desenvolveu a teoria da separação dos poderes, determinando que as funções devam ser exercidas por órgãos diferentes e independentes entre si, ou seja, cada órgão exerceria uma função do Estado.

Para José Afonso da Silva (2005, p.109):

O princípio da separação dos poderes já havia sido sugerido, além de Aristóteles, por John Locke e por Rousseau. Contudo, o princípio ganhou notoriedade somente com a obra do Barão de Montesquieu. E foi consagrado quando previsto na Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, depois se tornou um dogma constitucional com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789.

No Brasil, a Constituição de 1988 restabeleceu a democracia, devolveu a independência ao judiciário e fortaleceu instituições como o Ministério Público, dando mais atribuições a este, além de organizar e prever a instituição da Defensoria Pública. Dessa forma, o judiciário ganhou uma maior relevância no cenário do país, assando a ter competência para conhecer e julgar todas as causas das mais variadas naturezas, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV. Dentre essa infinidade de litígios estão muitos que tratam de assuntos que a princípio deveriam ser resolvidos pelos demais poderes.

Ocorre que o judiciário vem se posicionando no sentido contrário à inércia dos outros poderes ou às injustiças por esses perpetradas. Todavia, ainda que atue em substituição aos outros poderes, especialmente na função típica deles, ainda assim percebe-se que referida atuação se dá dentro dos parâmetros legais.

Nesse ponto, verifica-se que o ativismo judicial esbarra na ultrapassada visão construída ao longo da história do Brasil no sentido de que o judiciário deve ser subserviente à política. Ora, a dimensão do atual momento constitucional brasileiro,

do qual a CF/88 é reflexo, merece ser compreendida em sua exatidão. O objetivo da atuação dos três poderes deve ser voltado para efetivação dos preceitos constitucionais.

Portanto, não restam dúvidas de que a implementação dos compromissos constitucionais e a busca pela máxima efetividade de suas normas são, em um Estado Democrático de Direito, obrigações direcionadas aos três Poderes da República de forma indistinta. Ou seja, nenhum desses poderes deve poupar esforços para fazer cumprir os objetivos traçados na Constituição.

Diante dessa realidade, é natural que o envolvimento da função judicante na seara política seja mais incisivo, sobretudo se considerado que o papel do aplicador do Direito no processo interpretativo das normas constitucionais ganha cada vez mais importância. Nessa linha, cabe ao magistrado, mais do que uma simples conformação entre fatos e normas, a análise do caso concreto à luz de princípios e valores constitucionais, destacando, logicamente, a efetivação dos direitos sociais para consagração da cidadania.

Atente-se para o fato de que as políticas públicas representam os instrumentos através dos quais se viabiliza a materialização dos direitos fundamentais. Dessa forma, conclui-se que o controle judicial das políticas públicas não somente é viável, como também é um dever, especialmente nos casos em que as mesmas estão em descompasso com os anseios constitucionais.

Esclarece JAKOBSON (2017):

O Brasil, atualmente enfrenta um cenário político devastado por corrupção e falta de representatividade dos administradores e legisladores eleitos. Assim, o legislativo não consegue regulamentar matérias de grande importância para a sociedade, como o aborto de fetos anencefálicos, nepotismo, financiamento de campanhas eleitorais por empresas, casamento entre pessoas do mesmo sexo, dentre outras. Por sua vez, o executivo diante da Burocracia Estatal e da Ineficiência dos administradores, por muitas vezes, não consegue garantir aos brasileiros a efetividade das políticas públicas da maneira determinada na Carta Constitucional.

Diante desse cenário, nos últimos tempos, o Poder Judiciário vem tomando decisões, baseadas diretamente no texto constitucional, para tentar efetivar os Direitos Fundamentais garantidos pela Constituição de 1988. A doutrina denominou essas decisões de “ativistas”, surgindo assim o ativismo judicial.

Assim, impedir ou dificultar função jurisdicional, nesses casos, implicaria diretamente em desvirtuamento do princípio da supremacia da constituição e do

interesse público, prejudicando potencialmente os próprios cidadãos. E, em que pese o fato de a adoção de um modelo estatal que preza pela democracia tornar incompatível a sobreposição de qualquer dos três Poderes em relação à lei, também é dado que, por mais robusta que seja, uma legislação sempre apresentará lacunas e precisará ser colmatada. Assim, com o intuito de evitar que a elaboração e/ou execução de programas sociais fiquem somente na dependência do arbítrio público em casos de omissão legislativa ou mesmo de errônea interpretação e/ou aplicação da lei ou da própria Constituição, nada mais coerente que caber ao magistrado viabilizar soluções justas e compatíveis com a Carta Magna de 1988, garantindo a completude do ordenamento jurídico.

### **3.3 APLICAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL AO CRITÉRIO DE RENDA DO BPC**

Estabelecem os artigos 203, inciso V, da CF/88, e o artigo 20, caput, da Lei n.º8.742/93 (na redação dada pela Lei n.º12.435/2011), que o BPC será concedido “à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais”. Entretanto, conforme se depreende da leitura do texto legal citado, a comprovação legal da deficiência ou da velhice não é suficiente para que se alcance a condição de beneficiário do BPC.

Nesse sentido, conforme visto, a lei determina que o acesso a essa prestação assistencial somente será deferido mediante a comprovação da hipossuficiência econômica, vale dizer, da insuficiência de “meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”. Assim, desde a implementação do BPC por meio da LOAS, ficou instituído que a situação de miserabilidade de um indivíduo e de sua família deveria ser averiguada de maneira objetiva.

Dessa forma, a hipossuficiência do requerente, por esse sistema, resta caracterizada quando a renda mensal per capita do seu núcleo familiar for inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo, sendo esta a única baliza requerida para o preenchimento do critério econômico de acesso ao BPC. Imperioso destacar, neste ponto, que a miserabilidade nos termos supracitados não é apenas do requerente, mas de toda a sua família.

E, considerando que à família pertence o dever primário de sustento, conforme previsão constitucional nos artigos 227, 229 e 230 da CF/88 e infraconstitucional nos artigos 1.696, 1.697 e 1.705 do Código Civil de 2002, o

benefício não poderia ser concedido caso ela tivesse condições financeiras suficientes para prover as despesas básicas do idoso ou do deficiente.

Dito isso, impõe destacar que a grande polêmica que persistiu durante anos no judiciário foi saber se o critério da renda individual dos membros da família poderia ser flexibilizado em situações concretas, com o manejo de outros critérios a serem considerados mais adequados pelo julgador.

A questão foi finalmente decidida pela Suprema Corte no julgamento dos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, julgados conjuntamente em 17 e 18 de abril de 2013, nos quais, por maioria de votos, o STF (Supremo Tribunal Federal) pronunciou a inconstitucionalidade material incidental do § 3<sup>a</sup> do art. 20 da LOAS, que prevê o critério legal da renda per capita familiar inferior a ¼ do salário mínimo para caracterização da miserabilidade. Todavia, cumpre esclarecer que referida decisão do STF (inconstitucionalidade incidenter tantum, ou seja, no caso concreto) não tem caráter vinculante, já que não proferida em controle abstrato de constitucionalidade, razão pela qual o INSS continua a adotar na via administrativa o critério da miserabilidade (renda per capita familiar inferior ao ¼ do salário mínimo).

Esse julgamento do STF abriu precedentes para julgamentos semelhantes pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça), o qual, a partir de então, vem decidindo pela possibilidade da utilização de outros critérios para a aferição do estado de miserabilidade do idoso ou deficiente. Inclusive, no julgamento do AgRg no AREsp 379927/2013, decidiu a Corte Superior que o preceito contido no art. 20 § 3<sup>a</sup> da LOAS não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade e que a renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência de do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade do autor.

Em acréscimo, o entendimento aqui defendido e já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que o requisito estabelecido em lei se presta apenas como um paradigma de presunção objetiva de carência econômica, nada impedindo que o magistrado, diante da realidade do indivíduo, recorra a outros meios de prova para comprovar a miserabilidade. Nesse caso, observa-se a efetivação da prática do ativismo judicial, de modo que ao analisar o caso concreto,



o magistrado se vale de outros parâmetros para decidir a situação a ele apresentada.

Por fim, a permissão da flexibilização na análise do critério de miserabilidade foi positivada em 2015 com a inclusão do § 11 no art. 20 da LOAS (incluído pela Lei 13.146/2015), estabelecendo que para concessão do BPC poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem expõe o tema deste trabalho, foi discutida nesta pesquisa a evolução histórica dos direitos sociais nos âmbitos nacional e internacional, bem como a assistência social no Brasil e o benefício de prestação continuada (BPC) com seus critérios para concessão analisados sob a ótica do ativismo judicial.

Primeiramente, observou-se que os direitos sociais são uma conquista histórica e evolutiva, pois representam aquilo que se obteve ao longo do desenvolvimento social para fins de garantir condições mínimas de convívio harmônico e de justificativa para a existência de um Estado jurídico.

Tais direitos surgiram nos moldes atuais, em decorrência da Revolução Industrial no século XIX. Nessa época, o homem foi substituído pela máquina, gerando como consequência o desemprego em massa, centuriões de misérias e grande excedente de mão-de-obra. Tudo isso gerou evidentemente desigualdade social, fazendo com que o Estado se visse diante da necessidade de proteção ao trabalho e a outros direitos como: a saúde, a educação, ao lazer, entre outros.

Assim, os direitos sociais constituem condições imprescindíveis para o efetivo exercício de qualquer outro direito fundamental. Essas condições se traduzem em normas jurídicas que estabelecem pressupostos necessários para a integralidade do exercício de outros direitos, mostrando-se como normas basilares ao Estado Democrático de Direito.

Na esfera internacional, verificou-se que referidos direitos estão previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), criada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), que consistem em acordos que servem de base para a formulação da Constituição Federal do Brasil e a de vários outros países.

Em sequência, o este trabalho abordou a questão da seguridade social, a qual, pela definição constitucional vigente, conforme já exposto nesta pesquisa, corresponde a um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Pode-se então dizer que Seguridade Social é gênero, do qual são espécies a Saúde, a Previdência e a Assistência Social. Dessa feita, cada uma

das áreas (espécies) da Seguridade Social não se confunde, já que cada ramo tem princípios próprios e diferentes objetivos.

Assim, com relação à previdência social, restou evidenciado que dito segmento tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente, sendo o atual sistema previdenciário de caráter eminentemente contributivo.

Já a Saúde vem garantida pela Carta Magna como direito de todos e dever do Estado, que deve ser assegurada mediante ações que visem à redução dos riscos de doença e seus agravamentos. O acesso aos programas de Saúde Pública necessariamente deve seguir os princípios da igualdade e universalidade do atendimento. Logo, neste campo, o acesso deve ser garantido a todos e de forma igual, sem qualquer tipo de contribuição, de forma que o atendimento público à saúde deve ser gratuito.

A Assistência Social, por sua vez, tem como princípios informativos a gratuidade da prestação e a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos, através da proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, bem como aos deficientes e a reintegração ao mercado de trabalho daqueles que necessitarem. Impende destacar, assim, que a assistência social busca amparar pessoas que não contribuem financeiramente para a seguridade social, que não conseguem prover sua subsistência, e, ainda, que não têm família que o faça por elas.

Nesse sentido, notadamente quanto à espécie assistência social, há o benefício assistencial permanente e os eventuais. Merece destaque, pois, o benefício permanente instituído mediante lei federal, qual seja, o Benefício de Prestação Continuada - BPC, criado pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei 8.742/93), que regulamentou o artigo 203, inciso V da Constituição Federal de 1988.

Em seguida, esta pesquisa enfatizou que para concessão do BPC é necessário o preenchimento de alguns requisitos objetivos estabelecidos no art. 20 da LOAS, mas que, especificamente em relação ao critério da miserabilidade (ou baixa renda), está consolidada (jurisprudencialmente e legalmente) a permissão para o julgador flexibilizar sua análise, a depender do caso concreto, para a partir

daí conceder ou não o BPC requerido. Esse instituto de flexibilização (no caso concreto) feito pelos nossos magistrados para concessão do BPC, é o que a doutrina denominou de ativismo judicial.

Assim, a corrente flexibilizadora ora debatida e já pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça orienta no sentido de que o requisito estabelecido em lei presta-se apenas como um paradigma de presunção objetiva de carência econômica, nada impedindo que o magistrado, diante da realidade do indivíduo, recorra a outros meios de prova para comprovar a miserabilidade. Como dito, a esse fenômeno foi atribuída a nomenclatura de ativismo judicial

Demonstrou-se, portanto, através de estudo de jurisprudência e da legislação atualizada, além do apoio de toda a doutrina pesquisada, que nada impede ao julgador através do ativismo judicial, auferir, por outros meios de prova, a condição de miserabilidade do necessitado, uma vez que o critério utilizado pelo INSS se presta apenas como paradigma de presunção objetiva. Assim, o objetivo do instituto Assistência Social, como proposto pela Constituição Federal de 1988, é atingido, de modo a beneficiar camada social menos favorecida economicamente, tudo ainda, frise-se, sem ofensa ao princípio da separação dos poderes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Tratado de Direito Constitucional, v. 1** / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 515.

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário**, 3.ed. Salvador: Juspodivum, 2013.

AMARAL, Márcia M<sup>a</sup> Fernandes; GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira de. **O benefício de prestação continuada e a limitação da idade imposta pelo Estatuto do Idoso.** Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17572](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17572)>. Acesso em: 02 Nov. 2017.

BASTOS, Juliana Cardoso Ribeiro. **Panorama e concretização constitucional da assistência social.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 83, p. 211, abr.2013.

BASTOS-TIGRE, COELHO DA ROCHA, LOPES. Advogados. **A flexibilização do critério de miserabilidade na concessão do benefício assistencial a pessoas portadoras de deficiência e idosos.** Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/flaviofernandes/artigos/a-flexibilizacao-do-criterio-de-miserabilidade-na-concessao-do-beneficio-assistencial-a-pessoas-portadoras-de-deficiencia-e-idosos-2426>>. Acesso em: 22 Nov. 2017.

BERSTEIN, Serge. **Los regimes políticos del siglo XX: para una história política comparada del mundo contemporáneo.** Barcelona: Editorial Ariel SA, 1996.

BERTRAMELLO, Rafael. **Os direitos sociais: conceito, finalidade e teorias.** Disponível em <<https://rafaelbertramello.jusbrasil.com.br/artigos/121943093/os-direitos-sociais-conceito-finalidade-e-teorias>>. Acesso em 18. Nov. 2017.

BOBBIO, Norberto. **L'Etá dei Diritti.** 3. ed. Torino: Einaudi, 1997

CARVALHO. Willian Ricardo do Amaral. **Exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais.** 2006. 240 f. Dissertação (Mestrado) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 7<sup>a</sup> ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

CORREIA, Martina. **Seguridade Social.** Disponível em: <<https://focanoresumo.files.wordpress.com/2016/02/foca-no-resumo-seguridade-social-e-previdc3aancia.pdf>>. Acesso em: 02 Nov. 2017.

DAMASCENO, Luiz Rogério da Silva. **O benefício assistencial de prestação continuada ao idoso: evolução legislativa, características e requisitos legais.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/49571/o-beneficio-assistencial-de>>

prestacao-continuada-ao-idoso-evolucao-legislativa-caracteristicas-e-requisitos-legais>. Acesso em: 17.Nov.2017.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de, in **Curso de Direito Previdenciário**, Editora Método, 2008, p. 32.

DINIZ, Matheus Brito Nunes; LIMA, Ana Angélica Moreira Ribeiro. **Ativismo judicial e direitos sociais: construção e adequação do critério econômico para acessar o benefício assistencial de prestação continuada**. Revista Eletrônica Direito FPB, vol. 2, n 1, jan. a jun./2015.

FREITAS, Danilo. **Seguridade Social - breves comentários sobre sua divisão**. Disponível em: <<https://freitasecarvalho.jusbrasil.com.br/artigos/149232446/seguridade-social-breves-comentarios-sobre-sua-divisao>>. Acesso em: 02 Nov. 2017.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. Niterói: Impetus, 2011.p 5.

JAKOBSON, Einar dos Santos. **Ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes**. Disponível em: <<https://juridocerto.com/p/einar-jakobson/artigos/ativismo-judicial-e-o-principio-da-separacao-dos-poderes-3636>>. Acesso em: 17. Nov.2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

LURCONVITE, Adriano dos Santos. **A evolução histórica dos direitos sociais: da Constituição do Império à Constituição Cidadã**. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7417](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7417)>. Acesso em 22. Nov. 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei básica da previdência social. Plano de Benefícios** - 6 ed. São Paulo: LTR, Tomo II, 2003. p 16.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editores, 2000, p. 386.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. **A concretização dos direitos fundamentais do idoso no ambiente do neoconstitucionalismo: uma análise do Benefício de Prestação Continuada (BPC)**. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 10, p. 31-100, jul./dez. 2011

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2009, pp. 286-287.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 837.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.