

DO DIREITO FUNDAMENTAL DE RECEBIMENTO DO BENEFICIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELOS MENORES DEFICIENTES E CARENTES*

DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE RECIBIMIENTO DEL BENEFICIO ASSISTENCIAL DE LA PRESTACIÓN CONTINUADA POR LOS MENORES DISCAPACITADOS Y POBRES.

Pedro Luís Piedade Novaes

RESUMO

No artigo 203, caput, e incisos I e V, da Constituição Federal de 1988 está expresso que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social, tendo por objetivos, dentre outros: o amparo às crianças e adolescentes carentes 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 à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Neste contexto, o presente trabalho visa analisar o benefício assistencial de prestação continuada previsto no referido artigo 203, V, CF e sua aplicabilidade aos menores deficientes cuja família esteja em situação de miserabilidade. Para tanto, num primeiro momento, será analisado o modelo de proteção social adotado pelo Brasil na Constituição 1988 e a evolução histórica da Seguridade Social no mundo e em nosso ordenamento jurídico. Num segundo momento, será estudada, em linhas gerais, a Assistência Social sob o foco constitucional para, em seguida, tecer comentários sobre o benefício assistencial de prestação continuada (art. 203, V, CF) e a sua aplicação aos menores deficientes cuja família atenda o requisito da miserabilidade.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO FUNDAMENTAL. ASSISTENCIAL SOCIAL. BENEFICIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. MENORES DEFICIENTES.

RESUMEN

En el artículo 203, caput, I y V de la Constitución Brasileña de 1988 es explícito que la asistencia social se prestará a quienes lo necesitan, independientemente de su contribución a la seguridad social, con los objetivos, entre otros: el apoyo a los niños y a los adolescentes pobres, y la garantía de un salario mínimo de beneficio mensual para los discapacitados y los ancianos que no tienen medios de proporcionarse su propio mantenimiento o que no han proporcionado por su familia, conforme a lo previsto por la ley. En este contexto, este trabajo tiene por objeto analizar el beneficio de la prestación continuada a que se refiere el artículo 203, V, de la Constitución Brasileña y su aplicabilidad a los menores discapacitados cuya familia se encuentra en una situación de

* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

miserabilidade. Así, en primer lugar, es necesario analizar el modelo de protección social en la Constitución adoptada por el Brasil en 1988, y la evolución histórica de la Seguridad Social en el mundo y en nuestro ordenamiento jurídico. En segundo lugar, será estudiada, en general, la asistencia social en la Constitución Brasileña y, después, analizar el beneficio asistencial de la prestación continuada (art. 203, V, Constitución Brasileña) y su aplicación a los menores discapacitados cuya familia se reúne el requisito de miserabilidad.

PALAVRAS-CLAVE: DERECHO FUNDAMENTAL. ASISTENCIA SOCIAL. BENEFICIO ASISTENCIAL DE LA PRESTACIÓN CONTINUADA. LOS MENORES DISCAPACITADOS.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação do homem com a proteção social buscando a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais passou por uma grande e lenta evolução, até se chegar na posição atual, de Seguridade Social. Para Dictamen Y Asesoría S.L essa evolução histórica passou por três grandes fases: 1) a proteção dos pobres; 2) a proteção dos trabalhadores e 3) a proteção dos cidadãos (1996, p. 13) [1].

A primeira fase histórica, denominada de proteção dos pobres, foi essencialmente de caridade e perdurou até meados do século XIX. Os necessitados, que não tinham condições de manter a sua própria subsistência, ficavam à mercê da caridade dos membros da sociedade, os quais organizavam-se através de atividades religiosas e, posteriormente, por meio de instituições públicas. Portanto, nesse momento histórico, existia para o necessitado apenas uma mera expectativa de direito, e não um direito subjetivo, haja vista que a prestação que necessitava era subordinada aos recursos oriundos da benevolência da coletividade. Dessa forma, o assistido, para obter a prestação almejada, competia com outros necessitados e submetia-se à discricionariedade do concedente.

A segunda etapa, denominada de proteção dos trabalhadores, iniciou-se em 1883, na Alemanha de Bismarck, com a criação do seguro-doença. Surgiu-se a ideia de seguro social, sob o modelo de seguro privado. Assim, para obter-se a proteção social, bastava comprovar-se a condição de trabalhador. Nesse modelo, empregadores, empregados e o Estado passaram a ser partes na relação de seguro social, e todos contribuía para o financiamento dos recursos, os quais deveriam estar sempre equilibrados, mediante fórmulas financeiras de capitalização. Assim, somente teria direito a qualquer benefício quem contribuísse; daí a ideia de seguro social.

No final da Segunda Guerra Mundial surgiu a terceira etapa da evolução social, denominada de proteção dos cidadãos, que tem como característica a cobertura, a favor de qualquer pessoa, de todos os seus estados de necessidade, em qualquer momento de sua vida. Esse modelo surgiu em 1942, por iniciativa do governo britânico, onde foi criada uma comissão interministerial, presidida pelo Lord William H. Beveridge, cujo trabalho resultou num divisor de águas entre o seguro e os serviços sociais, elementos que, conjugados, vão definir a Seguridade Social. “A comissão denominou ‘seguridade social’ o conjunto de proteção social, a qual incluía o seguro obrigatório, o seguro voluntário, a assistência social nacional e a criação de serviços gerais de saúde, bem como a manutenção do emprego, como condição necessária ao êxito da seguridade social” (PIERDONÁ, 2007, p. 13). Portanto, “para Beveridge, a Seguridade Social deve ser entendida apenas como parte de uma política ampla de progresso social; plenamente desenvolvida, pode proporcionar garantia de renda, porque é um ataque à indigência” (SANTOS, 2001, p. 15).

Nesta síntese histórica resta claro que a Seguridade Social se diferencia do seguro social porque este traz a ideia de mutualidade, isto é, amparo a contribuintes do sistema, enquanto que aquela tem maior alcance, protegendo todas as pessoas indistintamente.

No Brasil, o modelo de Seguridade Social no plano constitucional somente adveio com a Constituição de 1988. Segundo Ricardo de Castro Nascimento:

“nos primórdios da colonização, a assistência social esteve presente com a fundação da Santa Casa de Misericórdia de Santos, por Brás Cubas, em 1543. A assistência aos pobres era arcada basicamente por iniciativas isoladas, oriundas da própria sociedade e não do Estado” (2007, p. 36).

A Constituição do Império, de 1824, trouxe a primeira manifestação constitucional sobre Assistência Social, prevendo, no seu artigo 179, XXXI, a garantia dos socorros públicos a quem dela necessitasse (BRASIL, 2009a). Observe-se que a característica deste momento histórico é condizente com a fase de proteção dos pobres, já mencionada acima.

No plano infraconstitucional, verificamos que a passagem para a segunda fase histórica, de proteção dos trabalhadores, somente adveio no nosso ordenamento jurídico a partir de 1923, com a publicação da primeira norma legal sobre Previdência Social (Decreto Lei nº 4682/23), mais conhecida como a Lei Eloy Chaves, que criou as Caixas de

Aposentadorias e Pensões para os ferroviários. Pelas suas características, a aludida legislação era eminentemente de seguro social, pois somente os ferroviários que contribuíssem para o sistema, teriam a proteção social (BRASIL, 2009a). A partir de então, o legislador pátrio só se preocupou a editar normas previdenciárias inspirando-se no modelo de seguro social, qual seja, na ideia de que apenas tinham direito aos benefícios sociais aqueles que contribuíssem dentro de um sistema de Previdência Social.

Além da Constituição do Império de 1824 já mencionada acima, as Constituições Brasileiras posteriores pouco trataram sobre a matéria de direitos sociais, sendo que nenhuma delas adotou o sistema de Seguridade Social criado na Inglaterra, em 1942. A Constituição Federal de 1891 mencionava, em seu artigo 75, que “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”; a de 1934 trouxe alguns dispositivos relativos à competência legislativa da União para fixar regras de Assistência Social (art. 5º, XIX, “c”) e da criação de lei para “assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante” (art. 121, § 1º, “h”), normas estas que jamais foram instituídas, já que logo em seguida, adveio a Constituição outorgada de 1937, a qual pouco dispôs sobre questões sociais; a Constituição de 1946 obteve avanços, fixando diretrizes no âmbito da Previdência Social (art. 157); a Constituição de 1967 trouxe alguns avanços no artigo 158, trazendo em seu inciso XVI, o direito do trabalhador aos seguintes benefícios previdenciários: seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte” (BRASIL, 2009a).

Desta forma, grande parte da sociedade brasileira ficou marginalizada perante o nosso ordenamento jurídico, sem qualquer espécie de proteção social nos moldes do modelo de Seguridade Social, até o advento da Constituição Federal de 1988, batizada como “Constituição Cidadã” (BRASIL, 2009b), já que se preocupou, em vários dispositivos, com a proteção das pessoas mais necessitadas, a fim de conseguir uma sociedade mais igualitária, sem preconceitos e desigualdades. A certeza de tal afirmação está nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, expressos no artigo 3º da Lei Maior [2], bem como nos próprios fundamentos constitucionais, com destaque para a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF). Segundo Flávia Piovesan (2006, p. 31) “a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade”.

Sob esse prisma constitucional, surge para nós o modelo de Seguridade Social, tratando-se de um sistema previsto nos artigos 194 a 204 da Constituição Federal, no título da Ordem Social, abrangendo os direitos relativos à saúde, previdência e assistência sociais. Wagner Balera leciona que a Seguridade Social “é o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos concernentes à saúde, à previdência e à assistência social” (2002, p. 12).

O Constituinte de 1988 manteve a ideia do seguro social na Previdência Social, uma vez que somente receberão benefícios aqueles que contribuem no Regime Geral de Previdência Social, ao passo que a Seguridade Social encontra guarida na saúde e na Assistência Social, que atenderá a todos que necessitarem de tais serviços, independentemente do pagamento de contribuições.

Diga-se de passagem, a Seguridade Social se trata de direito fundamental de segunda geração ou dimensão [3], ou seja, faz parte dos direitos sociais protegidos expressamente pelo texto constitucional brasileiro, conforme determina o artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 2009a):

“São direitos sociais a educação, a saúde, 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” (Grifamos)

Aliás, a diferença existente entre direitos humanos e direitos fundamentais é que este último encontra-se positivado expressamente em Constituição de Estado Soberano, como bem explica José Joaquim Gomes Canotilho:

“direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jursnaturalista-universalista); direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intertemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (1998, p. 369)

Pelo caput do artigo 195, CF (BRASIL, 2009a) fica claro que a ideia de Seguridade Social adotada pelo constituinte de 1988 está centrada no conceito de solidariedade, uma vez que prevê a participação obrigatória de toda a sociedade no custeio do sistema, de forma direta (por intermédio do recolhimento das contribuições sociais) ou de forma indireta (via recolhimento de tributos em geral), para que parte necessitada da coletividade possa receber benefícios e serviços da Seguridade Social (Saúde, Assistência Social e Previdência Social). O princípio da solidariedade, em linhas gerais, “é aquele que sustenta a lógica da existência da Seguridade Social e da Previdência Social, a fim de promover a proteção dos cidadãos contra uma variada gama de problemas sociais”. Por outro lado, “implica responsabilidade coletiva de seus membros com o financiamento, principalmente da Previdência Social, o que faz premente a inserção dos que dela não fazem parte, para que, além de terem direito a usufruir dos benefício oferecidos, participem, igualmente, de seu custeio”. (DONIN, 2009, p. 17).

A Constituição Federal de 1988 detalha, no parágrafo único do artigo 194, os princípios fundamentais da Seguridade Social, os quais revelam as diretrizes traçadas para alcançar o bem estar e a justiça sociais, sendo que valem ser mencionados, para o presente estudo: “a universalidade de cobertura e do atendimento” (inciso I); e “a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços” (inciso III) (BRASIL, 2009a).

Por universalidade de cobertura e do atendimento significa afirmar que a Seguridade Social deverá alcançar todas as pessoas residentes no Brasil, sendo, portanto, um desdobramento do princípio da igualdade estatuído no artigo 5º, caput da Constituição Federal. Comentando tal princípio, Marisa Ferreira Santos esclarece que:

“o ‘deve-ser’ contido na universalidade indica ao legislador que deve respeitar a igualdade, garantia fundamental prevista no art. 5º da Constituição, não podendo haver excluídos da proteção que cabe à seguridade social fornecer. (...) Todos têm direito constitucional a um mínimo de bem-estar” (2003, p. 75).

Entende-se pelo princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios que a lei deverá regular as prestações e os serviços segundo a possibilidade do sistema da Seguridade Social. Ou seja, “é um princípio que potencializa os recursos da seguridade social. Nesta situação o legislador define os benefícios e serviços cuja prestação atinja da melhor maneira a população” (DE BRITO, 2009, p. 67). A lei deverá selecionar as prestações e também os beneficiários, de modo a aumentar a distribuição dos benefícios e serviços. Ex.: o benefício previdenciário de auxílio-acidente é destinado apenas aos trabalhadores empregados, avulsos e segurados especiais (artigos 18, § 1º da Lei nº 8.213/91) [4]. Ou seja, não sendo possível estender os benefícios a todos os segurados da Previdência Social, a Constituição Federal admite a seleção para poder ser distribuída a cobertura acidentária.

2. DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Conforme salientado no capítulo anterior, apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 o modelo social de Seguridade Social passou a fazer parte de nosso ordenamento jurídico. E dentro deste contexto, está a Assistência Social, da qual será prestada aos necessitados, sem necessidade de contribuição.

Como bem esclarece Ricardo de Castro Nascimento, “a Constituição Federal deu, pela primeira vez, tratamento sistematizado à previdência social em nível constitucional, agora inserida em um sistema maior de seguridade social, juntamente com a saúde e a assistência social” (2007, p. 44). Complementa Marcelo Cardoso da Silva que “a assistência social, na Constituição Federal de 1988, apresenta, como pilar, a necessidade enquanto critério jurídico de ação, para o que, com vistas a cumprir suas finalidades, não terá caráter contributivo”. (2007, p. 281).

Portanto, para ter acesso à Assistência Social, não é preciso contribuir para o sistema da Seguridade Social, como o nosso ordenamento jurídico pátrio exige para recebimento de qualquer benefício previdenciário. É a dicção expressa do artigo 203, caput, CF: “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social” (BRASIL, 2009a). Assim, “neste contexto, a Assistência Social faz o papel de uma verdadeira ‘mãe protetora dos indigentes e oprimidos’, ao amparar os necessitados, sem exigir dos mesmos qualquer contraprestação” (MUSSI, 2003, p. 45).

O artigo 203, CF dispõe que a Assistência Social tem como objetivo a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho e a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, bem como sua integração à comunidade. Os recursos para atingir tais metas serão obtidos junto ao orçamento da própria Seguridade Social e de outras fontes (BRASIL, 2009a), sendo que “as prestações de Assistência Social são feitas com recursos do Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS, das contribuições previstas no artigo 195 da Constituição, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (SANTOS, 2007, p. 101).

A organização da Assistência Social tem como diretrizes: a) descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e normas gerais à esfera federal e a execução dos respectivos programas às esferas estaduais e municipais, bem como a entidades beneficentes e de Assistência Social; b) participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (art. 204, caput e incisos I e II) (BRASIL, 2009a). Em suma, “a comunidade participa da Assistência Social por meio da atuação de entidades e organizações de Assistência Social. São as Organizações Não-Governamentais – ONGs, que surgem na sociedade para atender a demandas específicas de comunidades carentes”. (SANTOS, 2007, p. 101).

Pela leitura do artigo 203, da Constituição Federal de 1998, nota-se que a principal inovação contida no texto constitucional se refere ao pagamento de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência ou ao idoso, que não tenha condições

de garantir sua subsistência e não tenha ajuda de sua família (art. 203, inciso V), cabendo suas regras serem fixadas por lei ordinária federal (BRASIL, 2009a).

Na visão de Wladimir Novaes Martinez, o benefício de prestação continuada, contido no artigo 203, V, CF, teve como inspiração “na pensão Síndrome da Talidomida, prevista no art. 97 da Consolidação das Leis da Previdência Social, concedida exclusivamente à pessoa acometida pelas deformações decorrentes do remédio alemão” (1992, p. 88). Tal benefício assistencial também teve inspiração na lei nº 6.179/74 (BRASIL, 2009a), que previa para o idoso (70 anos) e para o inválido, o benefício de meio salário mínimo. Esta legislação, malgrado sua índole social, não atingiu seus objetivos, já que suas disposições eram “tímidas e restritivas do direito do cidadão a proteger. Fixava-se a idade para concessão em setenta anos, e exigia-se a vinculação previdenciária, atual ou pretérita, admitidos diversos aspectos” (COIMBRA, 1999, p. 59).

Para Sergio Fernando Moro, o benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, V, CF “pretende-se intervir na ordem social, transferindo riquezas ao idoso e ao portador de deficiência que não teriam condições de prover seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família”, ou seja, o Estado age “para garantir o atendimento das necessidades de grupos sociais fragilizados no contexto da economia de mercado” (2001, p. 560). Fabiano Haselof Valcanover acrescenta: “pode-se dizer que a política assistencial brasileira possui dentre os seus fundamentos mais concretos, e diretamente dirigidos para a sociedade necessitada e carecedora de apoio estatal, o benefício de prestação continuada”. (2008, p. 41)

O benefício assistencial de prestação continuada foi regulamentado pelos artigos 20 e 21 da Lei nº 8.742/93 e pelo Decreto nº 1.744/95, de modo que a sua concessão está condicionada ao preenchimento simultâneo dos seguintes requisitos (BRASIL, 2009a): (i) ser idoso ou pessoa portadora de deficiência; e (ii) não possuir tal pessoa (idoso ou deficiente) outro meio de prover a própria subsistência, nem de tê-la provida por sua família, bem como não receber outro benefício, exceto o da assistência médica [5].

Referido benefício assistencial de prestação continuada, nos termos do artigo 21, da lei nº 8.742/93, não gera direito à pensão por morte nem dá direito ao abono anual (13º salário), devendo o INSS revisar as condições objetivas de dois em dois anos.

A pessoa considerada idosa para fins do artigo 20, caput, da lei nº 8.742/93, era inicialmente aquela que tinha 70 (setenta) anos; entretanto, tal requisito etário foi diminuído para 65 (sessenta e cinco) anos, pelo Estatuto do Idoso (art. 34, caput, da lei

nº 10.741/2003) (BRASIL, 2009a). O que se entende por pessoa portadora de deficiência será delineado abaixo, quando tratarmos da possibilidade da criança inválida e carente receber o aludido benefício assistencial. Para Sérgio Pinto Martins “são também beneficiários os idosos e as pessoas portadoras de deficiência estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem” (2006, p. 484).

Pelos critérios constitucionais e legais, não basta que a pessoa seja idosa (mais de sessenta e cinco anos) ou portadora de deficiência. Deve, ainda, ser demonstrado no caso concreto que o pleiteante ao benefício não recebe a ajuda de sua família para garantir sua subsistência e que as suas condições de vida são precárias. Aliás, o requisito relativo à miserabilidade familiar estipulado pelo § 3º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93, tem gerado muitas discussões a respeito de sua constitucionalidade. Eis sua redação: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal ‘per capita’ seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

Antes de aferir a constitucionalidade de tal requisito legal, verifica-se que a própria lei nº 8.742/93 define no artigo 20, § 1º o que é ‘família’ para fins do aludido benefício assistencial: “o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto”, ou seja, “o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; os pais; o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido” (BRASIL, 2009a). Tais pessoas devem habitar o mesmo teto.

Realmente, é discutível esse critério objetivo de família estabelecido, já que esta definição legal é altamente restritiva, podendo existir no caso concreto outros modelos de entidade familiar. Eduardo Tonetto Picarelli entende que:

“ao estabelecer o conceito restrito de família, conceito que, inclusive, afasta outros componentes do grupo familiar que têm obrigação civil de prestar alimentos, impede a efetiva aferição, no caso concreto, da condição de miserabilidade do grupo familiar e da obrigação prioritária que tem a família de prover as necessidades dos seus hipossuficientes” (2007, p. 11).

De qualquer sorte, o conceito de família para fins de recebimento do referido benefício assistencial está previsto em lei e é aceito pela nossa jurisprudência (BRASIL, 2009c) [6]. E conforme já salientado acima, o legislador ordinário criou outro critério objetivo, agora para apurar a miserabilidade do pleiteante ao benefício assistencial: a renda per

capita deste núcleo não pode ultrapassar $\frac{1}{4}$ do salário mínimo (art. 20, § 3º, Lei 8.742/93). Houve muita discussão sobre a inconstitucionalidade de tal regra, invocando-se, principalmente a violação direta à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), sendo que, em face de reiteradas decisões firmadas nesse sentido, a questão foi sumulada pela TNU - Turma de Uniformização Nacional de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (BRASIL, 2009d):

“Súmula n. 11: A renda mensal, ‘per capita’, familiar, superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”.

O INSS, como não poderia ser diferente, sempre defendeu o critério legal previsto no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Para o Procurador Federal José Aldízio Pereira Junior “o critério legal é objetivo, ou seja, uma vez constatada a percepção de renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por cada um dos membros do grupo familiar, a miserabilidade é legalmente presumida” (2008, p. 215/216). No site Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, ao citar o benefício de prestação continuada, tal critério legal é levado à risca:

“Benefício de Prestação Continuada de Assistência Social (BPC)

O que é

É um direito garantido pela Constituição Federal de 1988 e consiste no pagamento de 01 (um) salário mínimo mensal a pessoas com 65 anos de idade ou mais e a pessoas com deficiência incapacitante para a vida independente e para o trabalho. **Em ambos os casos a renda per capita familiar seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.** O BPC também encontra amparo legal na Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, que institui o Estatuto do Idoso. O benefício é gerido pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), a quem compete sua gestão, acompanhamento e avaliação. Ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), compete a sua operacionalização. Os recursos para custeio do BPC provêm do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS).” (Grifamos) (BRASIL, 2009e)

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou a respeito deste critério objetivo de miserabilidade familiar no julgamento da ADIN nº 1.232-DF, decidindo pela constitucionalidade do artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 (BRASIL, 2009f). Tendo em vista tal posicionamento de nossa maior alta corte, foi cancelada a referida súmula nº 11, do TNU, em 24 de março de 2006 (BRASIL, 2009d).

Mesmo com tal decisão do Supremo Tribunal Federal persiste, ainda, o entendimento doutrinário de que esta renda ‘per capita’ familiar foi estendida para ½ do salário mínimo para o benefício assistencial de prestação continuada, em razão do que prevê o artigo 2º, § 2º, da lei 10.689/2003 [7] (BRASIL, 2009a), que norma legal esta que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. Portanto, alega-se que:

o “novo critério objetivo deve ser levado em consideração para a concessão do benefício assistencial (benefício de prestação continuada), em vez da renda familiar inferior a ¼ do salário mínimo, a renda familiar inferior a ½ salário mínimo” (MICHELOTI, 2005, p. 32).

Não obstante, há precedentes no Supremo Tribunal Federal, especificamente no julgamento da Reclamação nº 2.323/PR, relator Ministro Eros Grau, de que as “leis que disciplinem outros benefícios não têm o condão de alterar as disposições da lei 8.742/93 que tem como fim específico regulamentar aquele benefício constitucionalmente previsto” (BRASIL, 2009f).

O curioso é que também em recentes decisões, outros ministros do STF estão dando nova interpretação ao artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, conforme a transcrição do voto do Ministro Gilmar Mendes nos autos da Reclamação nº 4374, ainda pendente de publicação:

“(…) Os inúmeros casos concretos que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário, têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Constatada tal insuficiência, os juízes e tribunais nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova. Não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão. Em alguns casos, procede-se à interpretação sistemática da legislação superveniente que estabelece critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais. Tudo indica que - como parecem ter anunciado as recentes decisões proferidas neste Tribunal (acima citadas) - tais julgados poderiam perfeitamente se compatibilizar com o conteúdo decisório da ADI nº 1.232”. (BRASIL, 2009f)

Entendemos correto este posicionamento oriundo do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o próprio Poder Legislativo tem estabelecido critérios mais favoráveis à pessoa necessitada para concessão de outros benefícios assistenciais, como, por exemplo, a já mencionada Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação [8]. Tal norma legal é posterior, inclusive, ao julgamento da ADIN 1.232-DF e define novas regras para fins de apuração da miserabilidade de uma família brasileira e tal inovação legislativa deve ser observada pela nossa mais alta corte de Justiça, para que mais famílias necessitadas que atendam os requisitos constitucionais (art. 203, V, CF), possam receber o mínimo legal para garantir a dignidade de seu idoso ou portador de deficiência.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, não volta a discutir os critérios de miserabilidade familiar, ainda continua, na prática, valendo a regra prevista no artigo 20, § 3º, da lei nº 8.742/93, já que este foi o posicionamento firmado pelo referido Tribunal (ADIN nº 1.232-DF). No entanto, nada obsta que, no caso concreto, se verifique a presença do requisito da miserabilidade mesmo que a renda ‘per capita’ da família ser maior que ¼ do salário mínimo. Tal sensibilidade social caberá ao Poder Judiciário, no caso concreto, uma vez que o INSS não abre qualquer exceção à contestada regra legal de miserabilidade familiar.

Aliás, diga-se de passagem, as ações judiciais para discutir qualquer aspecto do benefício assistencial de prestação continuada, serão sempre processadas e julgadas pela Justiça Federal, já que tais demandas serão sempre propostas em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que tem o ‘status’ de autarquia federal (art. 109, I, CF) [9]. Certamente, em tais ações judiciais, a fim de aferir no caso concreto a existência da miserabilidade no seio familiar, o Juiz Federal competente determinará, pelo menos, duas provas a serem produzidas nos autos: (i) a realização de estudo socioeconômico por intermédio de assistente social, para apurar a situação de pobreza da família do pleiteante; (ii) e, no caso de portador de deficiência, a elaboração de laudo pericial médico, para verificar o grau de incapacidade.

3. DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA MENORES DEFICIENTES

Pela leitura do já comentado artigo 205, V, da Constituição Federal “não existe previsão do que seria pessoa portadora de deficiência, mas tão-somente, para a definição de ausência de meios de subsistência” (JACOB, 2005, p. 35). Coube, então, ao § 2º do art. 20, da Lei 8.742/93, regulamentar tal assunto: pela norma legal é pessoa portadora de deficiência “aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”.

Pelo que dispõe o referido dispositivo legal, não basta ser a pessoa incapacitada para o trabalho, mas também para a vida independente. Portanto, pela lei, a pessoa deve estar incapacitada para exercer atividade laborativa e necessitar da ajuda de terceiros para realizar atividades do cotidiano (tomar banho, fazer higiene pessoal, alimentar-se). Tal rigor legal é justificado por parte da doutrina pelo fato de que o “benefício da LOAS é ofertado sem que haja qualquer contraprestação do beneficiário. É a sociedade que assume a obrigação inviável à família”. (ALENCAR, 2007, p. 526).

Ao contrário, entendemos que esta regra legal extrapolou a previsão contida no artigo 203, V, CF, já que o texto constitucional apenas estabelece que poderá receber o benefício assistencial de prestação continuada quem for idoso ou portador de deficiência, que comprove não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Ou seja, “o critério constitucional básico para obtenção do benefício, presente a situação em que o portador de deficiência não possua meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela sua família, é o da necessidade, tal qual sustentado pelo caput do art. 203” (DA SILVA, 2007, p. 285). Assim, “o requisito da incapacidade para a vida independente deve ter interpretação mais ampla do que a de total incapacidade para as atividades da vida cotidiana sem auxílio de outras pessoas” (JACOB, p. 36).

Portanto, poderão pleitear o benefício assistencial a que alude o artigo 203, V, CF os portadores de deficiência que estejam impossibilitados de proverem a sua própria subsistência, não se exigindo que tal incapacidade seja também para os atos do dia-a-dia. Em suma, a incapacidade para a vida independente deve ser interpretada não somente nos casos em que o indivíduo não tem condições físicas ou mentais para desempenhar atividades cotidianas com absoluta autonomia, mas também na hipótese de ser incapaz economicamente de garantir sua própria subsistência por outros meios, necessitando, pelo menos economicamente, de auxílio de terceiros, em virtude da deficiência de que é portador. Como bem observa Mário Augusto Nascimento “para tanto, referido requisito não exige que a pessoa possua uma vida vegetativa ou que seja incapaz de locomover-se” (2007, p. 56).

Aliás, este entendimento foi sumulado pela Turma de Uniformização Nacional de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (BRASIL, 2009e):

“Súmula 29 - Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento”.

A prova da deficiência é técnica e é realizada pela perícia médica do próprio Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Lá é verificado se a pessoa é realmente portadora de deficiência incapacitante e para sua subsistência. Nada obsta que a parte interessada, caso seja tolhida de seu direito de receber o benefício de prestação continuada, ingresse com ação judicial perante a Justiça Federal, onde haverá a produção de prova pericial médica, de pessoa de confiança do Juízo.

Neste contexto, seria possível aplicar o artigo 203, V, CF em relação à criança ou ao adolescente menor de 16 anos, portador de deficiência incapacitante, cuja família se encaixe no conceito de miserabilidade?

Segundo o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 2009a). O problema é que a Constituição Federal, em seu artigo 7º, XXXIII, determina expressamente que é proibido “qualquer trabalho a menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos”. Se um menor começa a exercer atividade laborativa, não há previsão legal de crime desta natureza em nossa legislação, salvo se tal trabalho for nocivo, como, por exemplo, trabalho escravo (art. 149, § 2º, item I, Código Penal), maus-tratos (art. 136 do Código Penal) (BRASIL, 2009a).

Na visão de Sérgio Fernando Moro, os menores portadores de deficiência têm sim direito ao benefício assistencial já que “o § 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser interpretado em consonância com a Constituição. Esta apenas exige que se trate de doente incapaz de prover o seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família” (2003, p. 156).

No âmbito administrativo, o INSS concede o benefício assistencial a deficientes menores de 16 anos, inclusive seguindo suas normas internas. Veja a redação do § 2º do art. 624 da Instrução Normativa INSS-PRES 20/2007:

“Art. 624. (...)

§ 2º Na avaliação médico-pericial do menor de dezesseis anos de idade, cuja família não possua meios de prover a sua manutenção, deverá apenas verificar se a deficiência se encontra amparada nas definições já existentes, em razão da incapacidade para a vida independente e para o trabalho, em virtude da tenra idade, ser presumida, conforme recomendação do Ministério Público Federal”.

(BRASIL, 2009g)

Tal questão, que é tranquila administrativamente, não é pacífica na nossa jurisprudência, já que “muitos magistrados aduzem que não possuem as crianças deficientes direito ao benefício assistencial porque toda e qualquer criança (deficiente ou não) é incapacitada para a vida independente” (ALENCAR, 2007, p. 528).

É claro que uma criança que nasce cega é tão incapaz para vida quanto um recém-nascido que seja totalmente saudável. Ambas precisam de proteção e de ajuda de terceiros. Entretanto, e sem perder o foco constitucional, o artigo 205, V, CF prevê a prestação deste benefício assistencial às pessoas deficientes, independentemente destas terem ou não vida independente, como já salientado acima, ao comentar o § 2º, do artigo 20, da Lei nº 8.742/93. Logo, exclui-se a possibilidade de recebimento deste benefício assistencial às crianças não-deficientes, mesmo que sejam também incapazes de terem vida independente, ainda que sua família se encaixe no conceito de miserabilidade. Quem terá, em tese, direito ao benefício assistencial, é a criança portadora de deficiência, de família carente.

Aliás, a questão do menor desamparado é um problema mundial, sendo que na Espanha existe a proteção social inclusive para as crianças estrangeiras que se encontrem nesta situação miserável, independentemente se inválidas:

“en síntesis, la conclusión a que se llega con esta regulación nacional e internacional es que todo menor en territorio español esta protegido por un estatuto jurídico muy claro, que es el que se desarrolla en la Convención de Derechos del Niño y en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Por tanto, en materia de menores extranjeros no acompañados ha de priorizarse su carácter de menores de edad y de ser sujetos de protección, frente a su condición de inmigrantes irregulares. (THOME & SCHMARZ, p. 30)

Imagine, então, a magnitude da proteção social ao menor desamparado e portador de deficiência, cuja família esteja em situação econômica degradante. Não há justificativa constitucional para o não recebimento do benefício assistencial de prestação continuada pelos menores deficientes e carentes. Como bem esclarece Jediael Galvão Miranda:

“o benefício assistencial pode ser concedido à criança, desde que verificada a hipótese de deficiência, uma vez que a Lei nº 8.742/1993, ao tratar da incapacidade, não traz

limitação quanto à idade do portador de deficiência, além do que um dos objetivos da assistência social é o amparo à criança e ao adolescentes carentes”. (2007, p. 278)

Complementa o mesmo autor que:

“é certo que, em relação à criança, não se pode falar em idade produtiva, para fins de atividade laboral, todavia a concessão do benefício assistencial ainda assim se justifica, na hipótese de deficiência que exija cuidados e atenção especiais constantes, denotando que a criança jamais terá vida independente e aptidão para o trabalho, sem contar que o benefício assistencial constitui, no caso, verdadeiro auxílio à família do deficiente, com o fim de a ele proporcionar existência digna”. (2007, p. 278)

Pela possibilidade do menor portador de deficiência, de família pobre, receber o benefício assistencial de prestação continuada já existem precedentes em nossos Tribunais Regionais Federais, (BRASIL, 2009c) [10] valendo a pena transcrever trecho da ementa do acórdão proferido pela Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região nos autos da apelação cível nº 2001.70.00.01373-8, relator Desembargador Federal Paulo Afonso Brum:

“... o benefício assistencial, quando concedido a menor deficiente, que necessite de cuidados especiais, em verdade não está sendo concedido única e exclusivamente a este menor e a seu interesse, senão que ao conjunto familiar em que inserido, responsável pela sua manutenção. Cuida-se, isto sim, de complementação da renda familiar destinada a possibilitar meios de sobrevivência mínima a quem não dispõe de condições financeiras e ainda precisa conviver com problema de saúde de um dos membros da família. Compensa os demais familiares pela impossibilidade de se dedicarem com exclusividade aos seus trabalhos, comprometidos com a necessária atenção ao menor deficiente...” (BRASIL, 2009c)

Em matéria de Assistência Social, à vista do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III), não é possível interpretação restritiva contrária aos que a Constituição e a lei manifestamente buscaram proteger (BRASIL, 2009a).

Portanto, inexistente impedimento constitucional em relação à concessão do benefício assistencial de prestação continuada aos menores de idade, portadores de deficiência incapacitante, desde que de família carente. Ao contrário, a Assistência Social às crianças e aos adolescentes é prioritária em nosso País, à luz do art. 203, incisos I e II,

da Constituição Federal. Se o menor é deficiente, a proteção social é reforçada, conforme os incisos IV e V do mesmo dispositivo constitucional (BRASIL, 2009a).

4. CONCLUSÃO

O benefício assistencial de prestação continuada, previsto no artigo 205, V, da Constituição Federal e regulamentado pela lei nº 8.742/93, é um dos mecanismos existentes em nosso ordenamento jurídico para reduzir as desigualdades sociais existentes em nosso país e dar ao idoso ou ao portador de deficiência, que não tenham auxílio econômico de seus familiares, uma vida mais digna.

Claro que tal benefício assistencial não soluciona a grande concentração de renda entre os mais ricos e nem consegue eliminar o grave problema social existente no Brasil. Contudo, verificando que somente com o advento da Constituição Federal de 1988 o nosso ordenamento jurídico adotou o modelo de Seguridade Social, conforme a evolução histórica detalhada no início do presente trabalho, a previsão de um benefício assistencial nos termos do artigo 203, V, da nossa Magna Carta, é certamente uma importante alternativa de inclusão social para que este País se torne um pouco mais justo.

Aliás, como bem assevera Juliano Sarmiento Barra:

“o ideal para o país seria que nenhum de seus habitantes tivesse a necessidade de perceber o benefício de prestação continuada, pois, a partir de então, estaria o Brasil cumprindo com o ideal standarlizado no artigo 3º, qual seja, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais” (2004, p. 121).

Demonstramos neste estudo que a nossa Constituição Federal de 1988, para fins de recebimento do benefício assistencial de prestação continuada, não exige ao portador de deficiência uma idade mínima. Pode, assim, um recém-nascido receber tal benefício, desde que comprovada a sua deficiência incapacitante e a miserabilidade de sua família. “Estando o deficiente incapacitado para prover o seu próprio sustento, deve provê-lo a família e, no caso de impossibilidade desta, cabe a tarefa ao Estado, sendo este o objetivo do benefício assistencial”. (MORO, 2003, p. 156). Claro o trabalho do Estado não termina com o pagamento do benefício assistencial aos portadores de deficiência carentes. Se possível, “devem ser avaliadas as possibilidades de tratamento da deficiência ou de habilitação do portador à atividade laboral. Excluídas essas alternativas, é que se torna cabível a concessão do benefício” (MORO, 2003, p. 157).

Ficam para reflexão as sábias palavras de Norberto Bobbio:

“o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas de protegê-los. (1992, p. 24)

Em suma, é missão hercúlea dos governantes conseguirem reduzir as desigualdades sociais existentes numa determinada comunidade, num município, estado ou país. Tal tarefa árdua deve ser compartilhada com toda a sociedade, sob pena de jamais ser mudada a situação de injustiça social em que vivemos. Nestes termos, o recebimento de um salário mínimo aos menores portadores de deficiência, de família carente, não elimina este quadro social periclitante, mas dá um mínimo de dignidade para este núcleo de pessoas carentes.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 3ª. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2007.

BALERA, Wagner. *Da proteção social à família*. Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 6, p. 11-37, 2002.

BARRA, Juliano Sarmiento. *O Estatuto do Idoso sob a óptica do sistema de Seguridade Social*. Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 14, p. 109-122, abr/jun. 2004.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Presidência da República. *Constituição do Império de 1924, Constituição Federal de 1891, 1946, 1967, 1988, Leis Complementares, Leis Ordinárias Federais e Decretos Presidenciais*. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 04/08/2009a.

_____, Agência Brasil. Disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/10/01/materia.2008-10-01.8383554980>>. Acesso em 01/08/2009b.

_____, Tribunais Regionais Federais. Jurisprudência Unificada. Disponível em <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>. Acesso em 27/08/2009c

_____, Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU). Conselho da Justiça Federal. Disponível em <http://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/juizado/sumulas.php>>. Acesso em 11/08/2009d

_____, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em <http://www.mds.gov.br/programas/rede-suas/protecao-social-basica/beneficio-de-prestacao-continuada-bpc>. Acesso em 25/08/2009e

_____, Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento processual. Disponível em <http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 10/08/2009f

_____. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 20, DE 10 DE OUTUBRO DE 2007. Disponível em <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-PRES/2007/20.htm>> Acesso em 30.08.2009g.

BRITO, Joana de. *A Seguridade Social nas constituições brasileiras – origem e evolução histórica*. Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 33 Ano IX, p. 53-69, jan./mar. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. Ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1998.

COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhista, 1999.

DICTAMEN Y ASESORÍA S.L. *Lecciones de Seguridad Social*. 5.ª Edição. Madrid: Akal/Iure, 1996.

DONIN, Fernanda. *O direito fundamental à Previdência Social e o sistema de inclusão previdenciária, sob o prisma dos princípios constitucionais norteadores da seguridade e Previdência Social*. Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 33, p. 11-28, jan./mar. 2009.

JACOB, Luciana. *Benefício de Prestação Continuada e as Exigências dos §§ 2º e 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social*. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre/RS, ano XVII, nº 198, p. 35/48, dezembro de 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. 2ª. Ed. São Paulo: LTr, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 23ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MICHELOTI, Marcelo Adriano. *Benefício assistencial. Novo limite objetivo para a análise da renda 'per capita'*. Revista de Direito Social. Porto Alegre: Ed. Nota Dez, nº 18, p. 29-33, abr./jun. 2005.

MORO, Sérgio Fernando. *Restrição Legal ao Direito Fundamental ao Benefício da Assistência Social*. Revista de Previdência Social, ano XXV, São Paulo/SP: Ed. RT, nº 249, p. 559-565, agosto, 2001.

_____. *Questões controvertidas sobre o benefício da Assistência Social*. in: Temas atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social. Org. Daniel Machado da Rocha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 143-160, 2003.

MUSSI, Cristiane Miziara. *Assistência Social Construindo a Cidadania*. Revista de Direito Social. Porto Alegre: Ed. Nota Dez, nº 9, p. 42-74, 2003.

NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Benefício assistencial: questões polêmicas*. Júris Plenum:

Trabalhista e Previdenciária, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 53-57, dez. 2007

NASCIMENTO, Ricardo de Castro. *Breve Histórico da Previdência Social*. Revista de Direito Social. Porto Alegre: Ed. Nota Dez, nº 28, p. 31-46 out./dez. 2007.

PEREIRA JÚNIOR, José Aldízio Pereira. *Do conceito de grupo familiar para o fim de concessão do benefício assistencial*. Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, São Paulo: IOB, v. 20, n. 229, p. 215-221, jul. 2008.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *A Proteção Social na Constituição de 1988*. Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 28, p. 11-29, out./dez. 2007.

PICARELLI, Eduardo Tonetto. *O Conceito de Família na Assistência Social*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.21, dez. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Eduardo_Picarelli.htm> Acesso em: 14/08/2009.

PIOVEZAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 7ª. Ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Assistência Social – benefícios*. Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez, nº 2, p. 11-25, 2001.

_____ *O princípio da seletividade das prestações da Seguridade Social*. São Paulo: Ltr, 2003.

_____ *Assistência Social – O benefício de prestação continuada*. Revista do Advogado, São Paulo/SP: ano XXII, nº 95, p. 98-110, dezembro de 2007.

SILVA, Marcelo Cardozo da. *Aspectos do benefício de prestação continuada*. Revista de Previdência Social, Ed. LTr, São Paulo: ano XXXI, nº 316, p. 281-295, março de 2007.

THOME, Candy Florêncio & SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Menores extranjeros em situación de desamparo: nuevos sujetos migratórios y su marco jurídico en España*. Revista de Direito Social. Porto Alegre/RS: Ed. Nota Dez., ano VIII, nº 30, p. 11-31, abr./jun. 2008.

VALCANOVER, Fabiano Haselof. *A constitucionalidade da restrição imposta pelo artigo 20, § 3º, da lei nº 8.742/93 para o gozo do benefício de prestação continuada frente ao disposto no artigo 203, inc. V, da Constituição Federal*. Juris Plenum, Porto Alegre/RS: v. 4, nº 21, p. 39-54, dezembro de 2008.

NOTAS

[1] Para um maior aprofundamento sobre essas três fases históricas, recomendamos a leitura da obra de Marisa Ferreira dos Santos, in: *O princípio da seletividade das prestações de Seguridade Social*, Ed. LTr: São Paulo, 2004, p.138 a 167.

[2] Constituição Federal de 1988: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

[3] Segue trecho da emenda do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 22.164-0, Relator Min. Celso de Mello – unânime – DJ. 17/11/1995, p. 39.206, onde explicita as gerações de direitos fundamentais: “enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.

[4] Lei nº 8.213/91: “Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: I - como empregado (...); VI - como trabalhador avulso; VII – como segurado especial (...) Artigo 18: (...)§ 1º Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, VI e VII do art. 11 desta Lei.”

[5] No Brasil existe somente a previsão de um benefício de assistência médica, conforme relata Hermes Arrais Alencar: “persiste a impossibilidade de cumulação de benefício da LOAS com qualquer outro, salvo com a pensão especial devida aos dependentes das vítimas da hemodiálise de Caruaru/PE, prevista na lei nº 9.422, de 24 de dezembro de 1996. (2007, p. 539).

[6] Tribunal Regional Federal da 1ª. Região – Segunda Turma – Relatora Juíza Federal Rogéria Maria Castro Debelli, APELAÇÃO CIVEL – 200301990282597 - e-DJF1 DATA:12/02/2009, p. 395: (...) 2. O apelante não é dependente do primo casado, com filhos, porque a Lei 8.742/93, em seu art. 20, § 1º, estabelece o conceito de família para fins previdenciários, remetendo-se ao art. 16 da Lei 8.213/91, acrescida da condição consistente no fato da coabitação.”; Tribunal Regional Federal da 3ª. Região – Nona Turma – Relator Juiz Federal Hong Kou Hen, Apelação Cível nº 128.756-4 – DJF3 13/08/2008. “(...) Nos termos do artigo 20, "caput" e §1º da Lei 8.742/93, o benefício assistencial é devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família, entendendo-se como família o conjunto das pessoas elencadas no artigo 16 da Lei 8.213/91, desde que vivam sob o mesmo teto.”

[7] Lei nº 10.689/2003: “Art. 2º (...) § 2º Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal ‘per capita’ inferior a meio salário mínimo”.

[8] Além da lei nº 10.836/2004, existem outras normas legais que trazem benefícios assistenciais às pessoas carentes, como a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família;

a Lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; e o Estatuto do Idoso - Lei nº 10.741/03.

[9] Constituição Federal de 1988. “Artigo 109. **Aos juízes federais compete processar e julgar:** I - as causas em que a União, **entidade autárquica** ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;” (Grifamos)

[10] a) Tribunal Regional Federal da 3ª. Região – Quinta Turma – Relator Des. Fed. Johanson Di Salvo – Apelação Cível 30.451-9 - DJU 28/11/2000, p. 643: “(...) 2. Trata-se de menor impúbere, portador de deficiência mental irreversível, e muito pobre, merecedor do amparo assistencial. (...)”; b) Tribunal Regional Federal da 2ª. Região – Primeira Turma Especializada – Relatora Des. Fed. Márcia Helena Nunes – Apelação Cível nº 37.909-0 - DJU 15/03/2007, p. 145: “(...) Trata-se de pleito de concessão de benefício assistencial, da LOAS, em favor de menor que nasceu prematuro, com infecção neonatológica com sepse, cordão umbilical circundando seu pescoço, levando a encefalopatia isquêmica com baixa oxigenação do cérebro, resultando sequelas como afasia (não fala), déficit de compreensão ou intelectual e dificuldade de deambulação, embora cirurgia cardíaca precoce tenha corrigido má formação congênita cardíaca. Atestados e laudos médicos historiando seus problemas desde o nascimento, até a atual necessidade de tratamento de pediatria, neurologia, fonoaudiologia e fisioterapia. - Laudo pericial confirmando o quadro atual de deficiência física/mental do menor a justificar o pedido de assistência, inclusive porque o Hospital SARA, onde foi admitido para ser tratado, não lhe presta ajuda de custo em dinheiro para cobrir as despesas com o transporte nem para a alimentação. Seguidas idas do menor para tratamento tolhendo a capacidade laboral de sua genitora. - Pais desempregados, morando de favor em humilde morada. Mero fato de a mãe do menor vir, depois, a desenvolver esporádicas atividades como faxineira/diarista não são de molde a descaracterizar a hipossuficiência econômica do grupo familiar do menor demandante. - Em face da sólida prova dos autos, não prevalece a mera presunção de legitimidade e legalidade do ato administrativo indeferitório do benefício, acatada pela sentença que merece ser reformada, para compelir o INSS a conceder o amparo social, da LOAS, ao menor, retroagindo à data do indeferimento administrativo (01/07/2000), como requerido na inicial. - Apelação da parte autora a que se dá provimento, inclusive para determinar a antecipação dos efeitos da tutela, conforme requerido desde a petição inicial, já que presentes os requisitos legais para tal fim, tratando-se de verba de natureza alimentar.”