

Os direitos sociais assistenciais e a dignidade da pessoa humana.

Patricia Moares Bicca¹
José Ricardo Caetano Costa²

Introdução

O direito social é um tema que cada dia ganha mais espaço nas discussões em nossa sociedade. Discussões essas que nos fazem, muitas vezes, enxergar realidades antes ignoradas ou desconhecidas. Tal tema vem sendo muito discutido não somente devido à tendência, mas à necessidade que assola nossa sociedade de novos conceitos relativos à efetivação desses direitos, pois o Brasil possui uma cultura assistencialista, em que os direitos existem, mas há grandes entraves para que sejam efetivos.

Vivemos em um mundo capitalista em que o mercado e o capital ditam as regras com uma máscara de democracia, liberdade e igualdade. Entretanto, as tão almejadas liberdade e igualdade apenas são garantidas aqueles que têm poder econômico para tal.

O presente trabalho tem como foco os direitos sociais e sua efetivação na sociedade brasileira, pois esses possuem

¹ Bacharel em Direito na FURG, RS. Advogada Previdenciária.

² Doutor em Direito na PUC/RS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito e Justiça Social d FADIR/FURG.

caráter redistributivo, o que diverge do sistema capitalista em sua essência, pois buscam promover a igualdade e a justiça social, uma vez que são o reconhecimento das desigualdades sociais e procuram restaurar o equilíbrio social, garantindo aos indivíduos condições materiais para uma vida digna e verdadeira possibilidade de usufruir das liberdades e direitos fundamentais.

O que motiva esta pesquisa são os indícios de abandono da população por parte dos órgãos públicos e pelo Estado que burocratizam o sistema e o tornam desumano e inatingível aos indivíduos, obstaculizando o alcance aos direitos humanos fundamentais.

Para a efetivação dos direitos sociais, exige-se mais que uma abstenção do poder Público, mas, sim, uma ação positiva para efetivá-los, protegendo o indivíduo do abandono do Estado.

O Estado Democrático de Direito está alicerçado na justiça social. Entretanto, a realidade do Brasil demonstra o grande abismo de desigualdade existente em nossa sociedade. O grande entrave existente para a efetivação dos direitos sociais é a política e economia frágil de nosso país, além de total falta de vontade política para efetivação de tais direitos.

A política de assistência social é encarregada por responder às necessidades sociais, assegurando a prestação de serviços e benefícios, a fim de tratar desigualmente os desiguais. Nesse ínterim, o Benefício de Prestação Continuada (BPC) integra a Proteção Social Básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e possui grande importância para a erradicação da miséria no Brasil. Entretanto, sua operacionalização e eficácia não é a esperada pelos usuários do sistema.

Em ocasião do pedido administrativo ao Instituto Nacional do Seguro Social para a concessão do Benefício de Prestação Continuada, um dos requisitos exigidos é de que a

renda *per capita* da família seja inferior a ¼ de salário mínimo, requisito este que é considerado objetivamente pelo INSS. Entretanto, há divergência doutrinária e jurisprudencial envolvendo o requisito objetivo de miserabilidade, disposto no artigo 20, § 3º da Lei 8.742/93.

Dessa forma, o presente trabalho busca analisar as características dos direitos sociais, a fim de discutir acerca de sua efetiva proteção e realização, tendo como foco o BPC da LOAS. Será que este benefício atende ao disposto no art. 203, V da CF/88?

Ainda, tentou-se, no presente trabalho, realizar pesquisa, com busca ativa de dados junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, Justiça Federal Subseção de Rio Grande e Ministério Público Federal, a fim de verificar, estatisticamente, o número de pedidos administrativos indeferidos e o número de pedidos judiciais para concessão do BPC, analisando-se qual o impacto da não concessão administrativa do BPC, além de outros dados relevantes. Entretanto, a pesquisa realizada é parcial, tendo em vista o dificultado acesso a alguns órgãos e o escasso tempo para a realização da mesma.

1 A Assistência Social no Brasil

No Brasil, a assistência social e o assistencialismo sempre estiveram ligados a uma cultura de bem-estar e esmola, que se difundiu não somente no Brasil, mas no mundo, através do pensamento liberal, e mostra seus efeitos nefastos até hoje.

Os Direitos sociais, no Brasil, estão quase totalmente ligados à legislação trabalhista e, quando não estão atrelados a ela, são apenas programáticos ou mera intenção, não tendo força e presença do Estado para efetivá-los, como cita Berenice Rojas Couto: “Essa abstenção do Estado e sua presença apenas no campo regulatório fazem com que se questione a efetiva presença de direitos sociais no longo caminho percorrido até a

constituição de 1988”. (COUTO, 2010, p. 76).

O ano de 1923 marca a política social brasileira, pois, se aprova o Decreto Legislativo nº 4.682, mais conhecido como lei Eloy Chaves, que institui a criação das CAPS (Caixas de Aposentadoria e Pensão) para os trabalhadores ferroviários, marítimos, dentre outros que estão diretamente ligados ao processo de produção e circulação de mercadorias. As CAPS, juntamente com os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPS), foram as formas originárias da previdência brasileira (BEHRING, 2011, pg. 80). As CAPS estavam sempre vinculadas ao Estado como regulador que indicava o seu presidente, tendo, assim, voz ativa na administração da mesma.

A partir de 1930, o Brasil teve como governante Getúlio Vargas, rompendo, assim, com a Oligarquia, e apontando novos horizontes para as políticas sociais.

Nesse sentido o governo Vargas investiu na formulação de legislações que foram delineando uma política baseada na proposta de um Estado Social autoritário que buscava sua legitimação em medidas de cunho regulatório e assistencialista. (COUTO, 2010, p. 96).

Nesse período, inaugurou, na história constitucional brasileira, inovação da Constituição de 1934, com um capítulo específico que tratava da tutela e proteção social, denominado: *da Ordem Econômica e Social*, que ressaltava a importância de o poder público amparar aqueles que se encontravam em situação de indigência, estando atrelado à forma clássica de direitos sociais que estavam geralmente relacionados às relações de trabalho, em que se proclamou a liberdade de todos para o trabalho e promoção da subsistência de sua família (SIMÕES, 2009, p. 96).

Nesta linha, a constituição de 1937 não teve grandes inovações.

Buscando legitimidade junto à população pobre, em 1942, o governo criou a Legião Brasileira de Assistência

(LBA), administrada pela primeira dama Darcy Vargas, teve, como escopo, primeiramente, assistir às famílias dos pracinhas que foram para guerra e, depois, se estendeu à população pobre (COUTO, 2010, p. 103). Ainda, em 1943, foi criada a CLT.

Houve proposta de transformação do sistema previdenciário com a tentativa de unificação administrativa e a universalização da previdência social. Entretanto, não foi bem sucedida a primeira tentativa em 1945. O mesmo ocorreu com a tentativa de criação do Instituto dos serviços sociais do Brasil (ISSB), projeto que encontrou mais opositores do que defensores. (COSTA, 2013, p. 102).

Em 1946, a Constituição previu a instituição do seguro social, bem como houve notáveis avanços com relação à Previdência, sendo instituída a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) de 1960. (SIMÕES, 2009, p. 96).

Ainda, em 1960, houve grandes avanços, inclusive com a unificação do Instituto Nacional à Previdência Social. Entretanto, estes avanços se basearam no controle dos trabalhadores e, também para acalmar a população em geral, seguindo-se de um conformismo e acreditando-se que o Estado estava lutando pelos interesses das camadas mais pobres. Todavia, esses avanços não passavam de uma forma de “impulsionar obras que, segundo as prioridades do governo, eram fundamentais para o País se desenvolver: a construção de Brasília, da Transamazônica, somente para citar dois exemplos mais conhecidos”. (COSTA, 2010, p. 28).

De acordo Com Carlos Simões: nos anos 1970, com o processo de internacionalização da economia e incentivo ao trabalho em proporções catastróficas, houve um aumento dos acidentes de trabalho e doenças relativas a este, obtendo recordes mundiais de acidentes e doenças do trabalho, havendo, neste momento, a separação de seguro social e seguro acidente, sendo que, em 1967, foi estatizado o seguro acidente

e os respectivos benefícios unificados e uniformizados. (SIMÕES, 2009, p. 96).

Outrossim, foi na crise global que se deflagrou com a crise do petróleo, em 1973, e a onda inflacionária em 1980, que levou ao declínio do Estado de Bem-Estar Social, associado ao colapso do socialismo real, que permitiu uma ampla ofensiva do pensamento liberal. Vejamos:

O principal articulador desse movimento, hoje não só hegemônico como autoritariamente imposto, enquanto pensamento único, foi Ludwing Von Mises (1881-1973), que se opusera ferrenhamente ao Estado de Bem-estar Social, como denominou, culpando-o da crise de 1929, devido ao fato de esse Estado intervir na economia e atender às demandas sociais. Segundo ele, os sindicatos são responsáveis pelo desemprego e pela alta dos salários, devendo haver liberdade para os empresários e capitalistas contratarem, sendo que o mercado, mais uma vez, regulará a economia de forma quase que natural. (COSTA, 2010, p. 35-36).

Em 1974, através da Lei nº 6.036, foi criado o Ministério da Previdência e Assistência Social. (COSTA, 2013, p. 102).

Em 1977, através da Lei 6.349, foi criado o Sistema de Previdência e Assistência Social (Sinpas), que era integrado pelo Instituto Nacional de Previdência Social, Instituto de Assistência Médica da Previdência Social, pela Fundação Legião Brasileira de Assistência, Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor, Empresa de Processamento de dados da Previdência Social e pela Central de Medicamentos. (COSTA, 2013, p. 103).

O período da Ditadura no Brasil foi profícuo no sentido de responder às demandas sociais, pois são dessa época a criação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a unificação da Previdência com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social. Também, nesta época, houve a extensão dos benefícios aos trabalhadores rurais, sem exigir a

sua contribuição ou de seus empregadores e aos autônomos e empregados domésticos. (COUTO, 2010, p. 128).

A concepção de democracia e de controle da mesma, prevista na constituição de 1988, e o início da experiência dos conselhos de políticas públicas e a defesa de direito foram grandes inovações que fazem parte da grande reforma da CF. Criaram-se os conselhos de participação popular, que davam voz ao povo através, principalmente, dos movimentos sociais. Existindo em quase todos os municípios conselhos que tratam da saúde, assistência social, previdência, trabalho. (BEHRING, 2011, p. 179).

Para que haja realmente democracia e igualdade no sentido de justiça social, é necessária uma mudança na realidade social dos indivíduos que estão à margem da sociedade e para os quais os direitos básicos nem sequer existem, pois não se operacionaliza o sistema para que eles sejam garantidos e, sim, para que haja uma elite dominante a quem convém que essa política de exclusão se mantenha. Para que esses direitos sejam efetivos, é essencial um trabalho de assistência social por parte do Estado, não de mero assistencialismo e “esmola”, levando-se em conta a realidade de cada indivíduo.

No Brasil, o neoliberalismo foi introduzido no governo de Fernando Collor, em 1989 e expandiu nas décadas de 1990 e 2000.

Diferente, pois, das políticas sociais dos países capitalistas avançados, que nasceram livres da dependência econômica e do domínio colonialista, o sistema de bem-estar brasileiro sempre expressou as limitações dessas injunções (PEREIRA, 2011, p. 125).

O novo Estado, com suas teorias neoliberais, deveria se ater à justiça, à regulação política e tão somente aos serviços não realizados pelo mercado, tais como, saúde, educação e saneamento. Reduzindo, assim, a intervenção do Estado e

terceirizando-o, deixando ao particular a administração da maior parte dos serviços. Para que isso fosse viável, era necessário remover, inclusive, alguns dispositivos legais que, porventura, fossem constranger essa privatização e terceirização. Como foi feito com nossa Constituição de 1988, foi “rechaçada após sua promulgação em 05.10.1988, sob o argumento da inviabilidade de seu cumprimento, sob pena de tornar o Brasil ingovernável”. (COSTA, 2010, p. 41).

Além disso, como diz Pereira: ”medidas igualitárias destruiriam o incentivo ao trabalho e distorceriam os mecanismos mercantis de transmissão de bem-estar e produziram indivíduos irresponsáveis”. (PEREIRA, 2011, p. 35).

As políticas sociais dentro deste panorama não são entendidas como direitos, mas como puro assistencialismo, que não é de responsabilidade do Estado, mas, sim, de missionários, sociedades filantrópicas, organizações não governamentais, reduzindo a carga imposta ao Estado ao longo do tempo e desonerando-o desta obrigação árdua.

As políticas sociais e a formatação de padrões de proteção social são desdobramentos e até mesmo respostas e formas de enfrentamento – em geral setorializadas e fragmentadas – às expressões multifacetadas da questão social no capitalismo, cujo fundamento se encontra nas relações de exploração do capital sobre o trabalho.(BEHRING, 2011, p. 51).

O neoliberalismo apresenta o mercado como o mecanismo mais eficiente e adequado ao crescimento. Este discurso dominante acaba deixando de lado a preocupação com a igualdade social e com os direitos humanos e fundamentais, deixando de se preocupar com os mínimos sociais e criando o “monstro” das políticas neoliberais de satisfação de necessidades sociais realmente ínfimas.

Ainda, em 1990, a privatização se deu em massa, havendo entrega de grande parte do patrimônio público ao capital estrangeiro, bem como a não-obrigatoriedade de as empresas privatizadas comprarem insumos no Brasil, o que

gerou grande remessa de capital para o exterior e, conseqüentemente, o desemprego e o desequilíbrio comercial. Foi o inverso de tudo que havia sido anunciado. (BEHRING, 2011, p. 153).

Nesse mesmo ano, ocorreu a unificação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) com o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), originando o INSS. (COSTA, 2013, p. 103).

No ano de 1995, através da Lei nº 9.032, foram alterados vários artigos do Decreto 3.048/99, que regulou o custeio da Previdência Social. Dentre estas alterações, pode-se citar: a majoração das alíquotas de contribuição equiparou os benefícios acidentários aos comuns, antecipou o prazo de carência do art. 142, da LBPS, para o ano de 2011, dentre outras alterações. (COSTA, 2013, p. 103).

Nos anos de 1998 e 1999, podem-se destacar duas grandes alterações da previdência. A primeira adveio com a emenda constitucional nº 20 de 98, que modificou o termo “tempo de serviço” pelo termo “tempo de contribuição”, terminando com o computo do tempo que, embora tenha havido trabalho, não tenha havido contribuição à previdência. A segunda alteração diz respeito à instituição do fator previdenciário, instituído pela Lei nº 9.876, alterando a forma de cálculo dos benefícios. (COSTA, 2013, p. 104).

A assistência social surgiu na década de 1930 e é regulamentada através da Lei nº 8.662, de 07 de junho de 1993. O assistente social é o profissional habilitado para realizar o parecer e pesquisa social, avaliando o ambiente em que o indivíduo se encontra e as políticas sociais para a garantia dos direitos individuais e coletivos da população.

2 A Assistência Social enquanto direito fundamental a partir da Constituição Federal de 1988

A partir da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais tiveram novo papel e uma inserção diferenciada, ganhando o *statu quo* de direito fundamental.

Mas o *marco decisivo* no campo dos direitos sociais foi o *processo constituinte e a carta constitucional de 1988*. Ela institui, no seu Art. 204, a seguridade social como uma unidade de diferenças, fundada no tripé formado pelas políticas de: *saúde*, direito de todos e dever do Estado; *previdência*, devida mediante contribuição, e *assistência social*, prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição. (COUTO, 2010, p. 25).

Os direitos fundamentais são aqueles positivados por um determinado Estado e se referem a todo ser humano dentro da esfera deste, diferentemente dos direitos humanos que possuem característica Universal e são reconhecidos através de tratados, independentemente da ordem constitucional de um determinado Estado, mas é tão somente a sua adesão como signatário destes tratados que reconhece a proteção aos direitos humanos.

Pode-se afirmar que os direitos fundamentais possuem as características de historicidade, indisponibilidade e universalidade, pois são uma construção histórica de lutas da população, principalmente das classes trabalhadoras e reconhecimento de direitos, bem como são necessários para a garantia da dignidade da pessoa humana e são universais na medida em que abrangem todos os seres humanos.

O preâmbulo de nossa Constituição Federal afirma a preocupação e intenção do constituinte de 1988 com os direitos sociais e individuais, a solidariedade, igualdade e dignidade da pessoa humana, visando atingir a justiça social.

Nesse ínterim, deve-se ter em mente que a constituição de 1988 é uma construção histórica e política, principalmente da luta das classes trabalhadoras. e que, a partir de então, tem-

se o objetivo de uma sociedade justa, na qual todos os cidadãos possam viver dignamente, independentemente de suas diferenças sociais.

Os avanços constitucionais de 1988, de natureza reformista, foram possíveis numa conjunção bastante particular de elementos, numa conjuntura de radicalização democrática após uma ditadura de 20 anos, como vimos no capítulo anterior. (BEHRING, 2011, p. 151).

Nesse sentido, em seu artigo 3º, a Constituição Federal prevê os objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo José Ricardo Caetano Costa: o inciso III, do artigo 3º, prevê a dignidade da pessoa humana como objetivo fundante do Estado Democrático de Direito, tratando-se, portanto, da busca da elevação da dignidade de todos os cidadãos. (COSTA, p. 105).

Percebe-se, claramente, que o legislador, ao proclamar que se deve erradicar a pobreza, construir uma sociedade justa e reduzir as desigualdades, dentre outros objetivos, reconheceu, assim, os problemas sociais gigantescos de nosso País e buscou uma forma de garantir constitucionalmente que houvesse justiça social e que os direitos fundamentais, ou mesmo básicos, fossem assegurados.

A ideia de uma teoria da Constituição adequada implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade, o que implica a necessária assunção de objetivos a serem perseguidos e concretizados por meio de ações estatais, as quais, com isso, passam a ser observadas, em sua constitucionalidade, pelos fins perseguidos, pelos meios utilizados e pela viabilidade dos instrumentos utilizados para tanto.(CANOTILHO, 2003, p. 148).

Os direitos fundamentais são instrumentos de proteção do indivíduo frente ao Estado, foram positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, elencados no artigo 5º, no seu título II: dos direitos e garantias fundamentais, capítulo I: dos direitos e deveres individuais e coletivos.

A partir da constituição de 1988, houve uma grande evolução, pois, anteriormente, a assistência social era tratada como eminentemente privada, após, principalmente depois da LBA e do CNSS, o Estado passou a assumir funções na área, principalmente, através de benefícios fiscais, auxílios e subvenções de entidades filantrópicas. A ação do Estado era pontual e insuficiente para o combate à pobreza. (CANOTILHO, 2003, p. 1957).

Os direitos fundamentais em seu aspecto social são reconhecidos na Constituição Federal de 1988 e, dessa forma, impõem que seja dada atenção democrática a estes direitos de forma a que eles sejam garantidos, pois o grande problema que nos assola hoje não é mais o de fundamentar os direitos, mas, sim, o de protegê-los. (BOBBIO, 2004, p. 25).

2.1. a compreensão dos direitos sociais na constituição de 1988

Nossa Constituição de 1988 foi a primeira na história constitucional brasileira a prever os direitos sociais básicos e de caráter geral, bem como um extenso elenco de direitos dos trabalhadores, igualmente previstos no capítulo dos direitos sociais. O artigo 6º mostra-se mais amplo e evidencia o compromisso da Constituição e do Estado com a Justiça Social, comprometimento este reforçado pelo título I, da CF, que contém o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do próprio Estado Democrático de Direito. (CANOTILHO, 2003, p. 534).

Os direitos existem, entretanto sua operacionalização não é a esperada pelos que mais necessitam do acesso integral e facilitado desses direitos, apesar das legislações sociais e da Constituição de 1988, a qualidade de vida da população não melhorou conforme o esperado. Segundo Couto: “O resultado demonstra que apenas em 1986, com o Plano Cruzado, e no início do plano Real, em 1993, houve uma relativa melhoria para a população em geral” (COUTO, 2010, p. 142).

Ocorre que a política governamental que se formou após a Constituição Federal de 1988 centrou-se novamente no capitalismo e argumentava-se que as garantias constitucionais, principalmente no que se refere aos direitos sociais, dificultavam o governo e a estabilidade econômica do país, alegando-se, inclusive, que se teria um país ingovernável se as políticas sociais fossem levadas a cabo. Dessa forma, passou-se a ter um retrocesso no campo dos direitos sociais, prova disso é a Lei Orgânica da Assistência Social, Lei 8.742/93, que foi promulgada em 1993, após reivindicação da sociedade civil, e ação do Ministério Público e o Benefício de Prestação Continuada previsto na citada lei, apenas passou a vigor em 1996, três anos após sua promulgação.

No período 1995 a 1999, governo de Fernando Henrique Cardoso, houve ainda maior boicote aos direitos sociais.

Fica claro que havia total interesse na ruína da Constituição de 1988, pois esta teria garantido “muitos” direitos sociais que acabaram por se tornar um entrave ao crescimento econômico capitalista que buscava a expansão do mercado e um grande problema para a elite dominante que teria de conviver de forma mais “proporcional” com os marginalizados.

Nas palavras de Canotilho: Defender o cumprimento do texto constitucional, mormente naquilo que ele tem de social e

compromissório, não significa defender a tese de um país autárquico. (CANOTILHO, p. 149)

Dessa forma, o Estado liberal e os direitos sociais devem ser contrabalançados, na busca de construirmos um Estado que busque garantir os direitos sociais não apenas ratificando convenções, mas de forma intervencionista, e que possua, em seu arcabouço, políticas públicas distributivas, de forma a garantir os direitos sociais e, conseqüentemente, as garantias fundamentais previstas no texto constitucional de 1988 e não um Estado baseado em seletividade e desigualdade.

2.2. A Constituição e a Previdência

No que tange à seguridade social, os deveres do Estado para com a matéria apareceram, pela primeira vez, no Brasil, no inciso XXXI, do artigo 179, da Constituição de 1924, sob o conceito de socorros públicos e institucionalizava o assistencialismo do Estado imperial, então conhecido como caridade. (SIMÕES, 2009, p. 95)

Segundo Simões: A constituição de 1981 manteve-o como instituição, porém com sua execução deslocada do âmbito privado para o da administração pública. (SIMÕES, 2009, p. 95).

Com as lutas dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e de vida, na Constituição de 1934, o mero assistencialismo adquiriu natureza previdenciária, sob a forma de seguro social, que se perfazia através de contribuição mensal dos trabalhadores, dos empresários e do próprio Estado. Nesta mesma carta, foi inaugurado o capítulo, da ordem econômica e social, como proteção social, em reconhecimento à teoria do risco social, que dizia ser ônus da sociedade o desemprego, os acidentes, as doenças profissionais e as medidas de prevenção que as evitem. (SIMÕES, 2009, p. 95-96)

Na Constituição de 1934, foram instituídos os direitos sociais ligados ao trabalho e ao trabalhador, por ser a mão de obra dos trabalhadores importante mecanismo para o crescimento nacional em época de expansão industrial e incentivo ao mercado capitalista liberal. Dessa forma, em seu artigo 113, inciso XXXI, dispôs caber a todos o direito ao trabalho e a prover sua subsistência e de sua família, o que é um dos grandes incentivos do liberalismo, promover o trabalho. E, somente em alguns casos, caberia ao poder público amparar aqueles que não pudessem trabalhar, aqueles em situação de pobreza extrema.

A constituição de 1937 não alterou basicamente o ordenamento anterior, buscando esquivar-se da matéria.

Já a Constituição de 1946, sob a influência da social-democracia do pós-guerra, gerou avanços no âmbito da Previdência Social, retomando as discussões sobre o seguro social que resultou na Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) em 1960.(SIMÕES, 2009, p. 96).

Segundo Carlos Simões: a Constituição de 1967, com a emenda de 1969, apesar de se encontrar em época de regime militar, não foi contrária às Constituições anteriores e seus avanços. Entretanto, nos anos 1970, com o processo de internacionalização da economia brasileira e a intensificação do uso da força de trabalho para a expansão da economia, o Brasil bateu recordes em acidente e doenças relacionadas ao trabalho e, dessa forma, a previdência foi incentivada e houve a separação conceitual de seguro social e seguro acidente de trabalho. Por isso, em 1967, foi estatizado o seguro acidente de trabalho e os respectivos benefícios unificados e uniformizados. (SIMÕES, 2009, p. 96).

A Constituição Federal de 1988, com seus contundentes avanços, em seu artigo 194, prevê a reunião das políticas da previdência, da saúde e da assistência social, referindo-se à universalidade e aos sujeitos protegidos.

O artigo 194, ainda, traz, em seu bojo, o “caráter democrático e descentralizado da administração”, que significa a participação de todos os envolvidos no processo, devendo as políticas públicas e os direitos sociais da seguridade social refletirem o interesse da população. (COSTA, 2013, p. 112).

A Constituição Federal trabalha com a lógica de que as políticas e direitos sociais devem ser ampliados e que estes são de responsabilidade do Estado.

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. (BOBBIO, 2004, p. 67).

Entretanto, assistência social foi a última área da assistência social a ser regulada. Tendo a saúde sua Lei Orgânica aprovada em 1990 (Lei 8.080), a previdência social teve a lei que instituiu os planos de custeio e benefícios aprovados em 1991 (Lei nº 8.2012 e 8.213) e, por fim, a assistência social foi regulamentada apenas em 1993. (COUTO, 2010, p. 171).

Nos artigos que seguem até o 204, trazem, em seu bojo, o tripé da seguridade: a saúde é direito de todos e dever do Estado; a previdência será devida mediante contribuição, enquanto a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição (COUTO, 2010, p. 159).

Os benefícios previdenciários do setor privado (INSS) foram instituídos pela lei 821, de 24 de julho de 1991, e regulamentados pelo Decreto nº 3.048/1999. O INSS passou a assegurar uma série de benefícios, incluindo aqueles resultantes de acidentes de trabalho, reclusão penitenciária e pensão por morte. Além disso, o direito de aposentadoria foi garantido por tempo de contribuição, por idade ou por invalidez. (SIMÕES, 2009, p. 150).

Nesse interim, podemos perceber que houve uma ampliação significativa da área social e que se buscou um sistema que garantisse proteção integral do cidadão.

É possível afirmar, em vista dessas análises, que a Constituição de 1988 foi aprovada a partir de uma lógica conceitual bastante nova para a sociedade brasileira, aquela baseada no *Welfare State*, de recorte social-democrata. (COUTO, 2010, p. 160).

Em seu artigo 196, a CF prevê a garantia de acesso universal e, em igualdade, aos serviços de saúde e mostra que o legislador quis garantir o processo de justiça social, tendo em vista nosso País ter como marca as desigualdades sociais gritantes.

O artigo 201, da CF de 1988, dispõe que 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:

Um dos objetivos da CF de 1988 é erradicar a pobreza e a marginalização, prevendo, em seu artigo 203, os objetivos da assistência social e, no art. 204, o custeio da assistência social através da seguridade social, prevendo sua administração facilitada através da descentralização político-administrativa e da participação popular na formulação da política de assistência social. Essa participação popular foi conquistada através da militância, principalmente das classes trabalhadoras, que lutaram para a conquista de seus direitos básicos.

Além disso, pode-se destacar o princípio da proibição de retrocesso social que se formula considerando-se, não somente o conceito de mínimo existencial, mas, também, o de núcleo essencial do direito fundamental, proibindo o retrocesso dos direitos fundamentais sociais.

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve

considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou aniquilação” pura a simples desse núcleo essencial.

Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (CANOTILHO, 2003, p. 339-340).

Dessa forma, a partir do princípio da proibição do retrocesso, o legislador fica adstrito ao limite do núcleo essencial, tendo de respeitar os direitos fundamentais quando da modificação das normas.

3 Critérios para caracterização dos beneficiários do benefício de prestação continuada e suas controvérsias

Os direitos sociais sob a forma de instituição da instrução pública e de medidas a favor do trabalho para os “pobres válidos que não puderam consegui-lo”, fizera, fazem a sua primeira aparição no título I da Constituição Francesa de 1791 e são reafirmados solenemente nos artigos 21 e 22 da Declaração dos Direitos de junho de 1793. (BOBBIO, 2004, p. 206).

Nesse ínterim, cabe mencionar que, hoje, temos a Assistência Social, que é política da Seguridade Social e não depende de contribuição e que garante o atendimento às necessidades básicas dos menos favorecidos.

Garantida na Constituição de 1988, em seu artigo 203: “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, um direito de todos e dever do Estado”.

As diretrizes, objetivos e o funcionamento da Assistência Social foram estabelecidos na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), lei 8.742/93, que regulamenta os artigos 203 e 204, da Constituição Federal.

Entretanto, para que fosse regulamentada, houve grande luta, pois, nesse processo, o *status* constitucional do direito foi importante, na medida em que permitiu o acionamento do Poder Judiciário na via direta do Supremo Tribunal Federal (STF). (PENALVA, DINIZ, MEDEIROS, 2010).

Em 8 de novembro de 1993, antes da publicação da Loas, foi impetrado o Mandado de Injunção n. 448/RS perante o STF, no qual se requeria a regulamentação do inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, dispositivo que instituiu o benefício assistencial (Rio Grande do Sul, 1997). O mandado de injunção é o meio constitucional posto à disposição de quem se considerar prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne viável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (Cf. artigo 5º, LXXI). Em 5 de setembro de 1994, a ação foi julgada e o STF reconheceu a mora do Congresso Nacional na regulamentação daquele inciso. A ação foi impetrada por deficientes que afirmavam ser incapacitados para o desempenho de atividades no padrão regular de trabalho e não possuir recursos para seu sustento. Nos limites do mandado de injunção, o julgamento demonstrou a emergência da questão e a disposição do Poder Judiciário em atuar pela garantia do direito à assistência social. (PENALVA, DINIZ, MEDEIROS, 2010).

Diante da necessidade de sistematização da Assistência Social no Brasil, foi criado o Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Coordenado pelo Ministério do desenvolvimento social e combate à fome, é composto pelo poder público e sociedade civil, de forma a ter uma gestão participativa, popular e descentralizada.

O Benefício de prestação continuada da LOAS garante, em seu artigo 20, um salário mínimo mensal à pessoa portadora

de deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Àquelas pessoas, em situação de vulnerabilidade social, é devido o amparo do Estado. Dessa forma, o BPC garante as pessoas idosas e as portadoras de deficiência que não tenham condições de se manter ou de serem mantidas por suas famílias, um salário mínimo para seu sustento e assim assegurar uma vida digna de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, cumpre salientar que o ordenamento legal exige apenas dois requisitos no tocante ao benefício assistencial, quais sejam, condição de deficiente ou de idoso e não condições de prover a própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Temos, ainda, que a lei deve ser interpretada de acordo com a sua finalidade social, de acordo com o artigo 5º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Assim, por força do disposto no parágrafo único do artigo 34, da Lei nº 10.741/2003, tem a jurisprudência entendimento pacífico no sentido de que benefícios assistenciais e outros previdenciários no valor de um salário mínimo, percebidos por outros idosos da mesma família, não serão computados para o fim do cálculo da renda *per capita* familiar.

Para a caracterização da deficiência e do impedimento de longo prazo, foram trazidas alterações com as Leis nº 12.435/2011, como já mencionado, em seu art. 20, § 2º, e a Lei 12.470/2011, que conferiu nova redação ao artigo 20 da LOAS. Assim, o conceito de deficiência foi dilatado para considerar não apenas a incapacidade para o trabalho, mas também o de natureza mental, intelectual ou sensorial, que possa atingir a vida e restringir a plena participação na sociedade.

O Benefício de Prestação Continuada é individual e extingue-se com a morte do beneficiário, não gerando direito à pensão por morte, por ser um benefício intransferível. Além disso, não pode ser acumulado com qualquer outro benefício previdenciário.

3.1 Da garantia dos mínimos sociais

Os direitos sociais garantidos na Constituição Federal de 1988 muitas vezes apresentam-se de forma “programática”, pois não são garantidos pelo governo através das políticas públicas. Entretanto, é inconcebível que acreditemos que há, na lei, um verdadeiro “monstro”, uma ordem que não é para ser cumprida, ou que seja apenas uma sugestão. Não restam dúvidas de que “o texto constitucional foi permeado de normas programáticas, dependendo, no mais das vezes, das ações concretas do Executivo e do Legislativo para serem concretizadas materialmente”. (COSTA, 2010, p. 46).

O Benefício de Prestação Continuada da LOAS veio para garantir o mínimo existencial, os chamados mínimos sociais, que, no Brasil, estão relacionados diretamente com a pobreza, digo, com a miséria absoluta, para garantir a sobrevivência do ser humano *strictu senso* e não a vida *latu senso*.

Segundo Pereira: A garantia dos mínimos sociais, no Brasil, tem conotação de menor, de menos, em sua acepção mais ínfima, enquanto, se falarmos de básico, expressamos algo fundamental, principal, primordial. Dessa forma, a autora afirma que o princípio instituidor da LOAS é o básico e não o mínimo, pois qualifica necessidades a serem satisfeitas, atendimentos a serem prestados. “Em outros termos, enquanto o *mínimo* nega o ótimo de atendimento, o *básico* é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao *ótimo*.” (PEREIRA, 2011, pp. 26-27).

A busca da garantia dos mínimos sociais em uma sociedade capitalista passa pelo entendimento do que são as necessidades básicas, pois, para muitos, as necessidades básicas derivam das vontades subjetivas dos sujeitos, relacionadas à falta ou privação de algo, preferências por determinado bem ou serviço, movida pelo consumismo e expectativa de ter algo a que se julga merecedor de fato. (PEREIRA, 2011, p. 30-40).

Entretanto, os mínimos sociais são a garantia das necessidades básicas, dos direitos previstos constitucionalmente, como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde. Dessa forma, podemos concluir que as necessidades básicas não são preferências individuais como nossa sociedade capitalista quis incutir como pensamento geral, mas, sim, objetivas e universais, pois os indivíduos de qualquer cultura sofrerão sérios prejuízos decorrentes de sua não satisfação. (PEREIRA, 2011, p. 68).

Diversas correntes rejeitam a ideia de que existem necessidades humanas básicas, fala-se que cada indivíduo sabe o que é necessário para si e, também, que cada cultura demanda necessidades específicas. Dessa forma, não se podendo falar em necessidades humanas básicas de forma geral. Essa rejeição a uma uniformização e definição de quais necessidades seriam básicas a todo ser humano anda de mãos dadas com um ceticismo geral sobre a possibilidade de se ter, no campo teórico, um corpo de conhecimento objetivo e coerente sobre a matéria. (PEREIRA, 2011, p. 38).

Diante desse ceticismo, a concretização dos direitos é dificultada por tendências de interpretação de necessidades que se confundem com noções de uma sociedade consumerista e de necessidades subjetivas de cada ser humano, a inespecificidade das necessidades determina formas de satisfação confusas e voluntaristas que não concretizam direitos”. (PEREIRA, 2011, p. 39).

Há muitas inconsistências na defesa do princípio da satisfação de preferências individuais e da soberania do consumidor, pois isso equivaleria a supor que os indivíduos seriam as únicas autoridades a saber o que é melhor para si. Essa suposição revela-se insustentável pelo seguinte motivo: tais indivíduos precisariam ser dotados de conhecimentos e racionalidades excepcionais para suprir a ausência de conhecimentos e racionalidades coletivas, que existem de fato e constituem a melhor referência para a formulação de políticas públicas”. (PEREIRA, 2011, p. 50-51).

Para que se tenha garantidos os mínimos sociais, deve-se combater a miséria através de uma ação positiva do Estado para a proteção dos indivíduos e garantia de seus direitos, indo muito além da ratificação de tratados e programas de transferência de renda.

Além disso, devemos deixar de pensar que as políticas públicas de promoção a saúde, educação e os programas sociais de erradicação da miséria, tais como o bolsa família, não deveriam existir, pois, conforme o conhecido ditado popular, “deve-se ensinar a pescar e não dar o peixe”, deixar de pensar apenas em quantas pessoas são atendidas por programas sociais para considerar quantas pessoas, de fato, deixaram a miséria e a total exclusão social. O combate à miséria é uma ação positiva do Estado para a proteção dos indivíduos e garantia de seus direitos.

A provisão de mínimos sociais no Brasil assume a forma de uma resposta isolada que se dá através de programas como o bolsa família, que busca retirar o País da miséria, através de um plano emergencial de controle da pobreza extrema e da marginalização dessa população, que acaba refletindo diretamente na violência urbana e na vida das classes dominantes.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) é o primeiro mínimo social não contributivo garantido constitucionalmente, mas, ao mesmo tempo, ele é seletivo,

pois, com sua regulamentação através da LOAS, para que seja concedido o benefício, os beneficiários precisam comprovar renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo³.

3.2 a interpretação do critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo

No que se refere ao critério da hipossuficiência econômica do requerente, deve ser observada a Lei 8.742/93 que, em seu artigo 3º, considera carecer do benefício o idoso ou portador de deficiência que não tenha como manter sua subsistência ou tê-la provida por sua família, tendo como renda *per capita* familiar valor inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo em vigor, somente enquadrando-se nestas condições, haverá a concessão do benefício.

É o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo como limitador de renda *per capita* familiar, que tem gerado diversas controvérsias. Não podemos descuidar de que o INSS, por ser uma autarquia, deve guiar-se pelo princípio da legalidade e não pode simplesmente interpretar as normas. Não podemos então fazer a simples alegação de que o INSS deveria interpretar a norma, pois não está dentro de suas atribuições esta questão.

³Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 e antes da Lei Orgânica da Assistência Social que regulamentou o artigo 203, V, existia um benefício previdenciário chamado Renda Mensal Vitalícia, criado pela Lei nº 6.179/74, destinava-se às “pessoas maiores de 70 anos de idade ou inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, em um ou outro caso, não exerciam atividades remuneradas e não auferiam rendimento superior a 60% do valor do salário mínimo. Além disso, não poderiam ser mantidos por pessoas de quem dependiam, bem como não poderiam ter outro meio de prover o próprio sustento”. Esse benefício foi extinto no ano de 1996 quando entrou em vigor o BPC, restando apenas alguns beneficiários do RMV, tendo em vista o resguardo do direito adquirido. Diferentemente da RMV, o BPC é política de assistência social, sendo individual, intransferível e não vitalício. (Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/suas>.)

Entretanto, também não podemos nos acostumar e aceitar simplesmente que este valor ínfimo seja empecilho à garantia de uma vida digna, de acordo com nossos preceitos constitucionais. Para a concessão do benefício, a fim de verificar o enquadramento no critério da renda familiar, o INSS agenda perícia socioeconômica a ser realizada por assistente social, para analisar o núcleo familiar daquele que requereu o benefício, de forma a verificar as reais condições socioeconômicas e se faz jus ao benefício.

A regra contida na Loas, não pode notadamente no que respeita ao limite do $\frac{1}{4}$ de renda per capita, não deve ser tomada em sua literalidade, sob pena de comprometer-se o objetivo do próprio BPC: propiciar aos deficientes e pessoas idosas um mínimo de dignidade, eis que não podem, sabidamente, utilizar o trabalho como meio para garantia de suas subsistências. (COSTA, 2013, p. 167).

O grande problema é que, em geral, não é realizada a perícia socioeconômica da forma correta e, muitas vezes, nem mesmo é realizada, sendo indeferidos os benefícios por parte da autarquia de forma superficial, através, tão somente, da perícia médica, levando os requerentes mais esclarecidos à via judicial e aqueles que não possuem acesso à informação à miséria extrema e a condições de vida desumanas.

Para que o direito seja garantido e a verificação das condições reais do indivíduo auferidas de forma verdadeiramente humana, levando-se em conta os princípios constitucionais, a perícia para a concessão do BPC e demais benefícios deve ser feita de forma complexa, através de uma perícia biopsicossocial, que pode ser definida como um instrumento que busca agregar a perspectiva biológica, individual e social, pois a incapacidade e a deficiência estão focadas em outras bases que não somente a na doença apresentada. Dessa forma, sua aferição é um “conjunto complexo de condições, muitas das quais criadas pelo ambiente social”. (COSTA, 2013, p. 228).

Não mais se pode crer que, para a aferição da incapacidade laboral ou mesmo para a vida independente, deve, tão somente, haver uma análise das patologias, feita por um perito médico, pois a avaliação do ambiente socioeconômico é essencial para a aferição da incapacidade ou deficiência de um indivíduo, conforme estabelecido na Convenção Internacional Sobre Direitos das Pessoas com deficiência, homologada pela ONU em 13 de dezembro de 2006 e ratificada pelo Brasil, através do Decreto nº 6. 949 de 2009. (COSTA, 2013, p. 228).

A incapacidade, deficiência é um conceito em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente, que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. (COSTA, 2013, p. 228).

Dessa forma, podemos constatar que as inovações trazidas pela Constituição de 1988 e pelas Convenções ratificadas pelo Brasil trouxeram um novo modo de enxergarmos a forma de aferição da incapacidade, bem como um entendimento amplo da concessão de benefícios através de uma ampliação do direito sob uma perspectiva de direitos humanos fundamentais.

Nesse ínterim, deve-se levar em consideração a interpretação jurisprudencial e doutrinária do critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, que vem modificando o cenário para a concessão do benefício.

Ao se constatar pela perícia socioeconômica que a renda familiar supera o valor de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, o benefício é indeferido pelo INSS sob o fundamento de que a renda familiar não se adequa ao critério estabelecido no art. 20, § 3º, da Lei nº. 8.742/93, entendimento este literal da lei que considera, objetivamente, o critério de renda. No entanto, tal entendimento não condiz, o Estado Democrático de Direito que tem como princípios institucionalizados através da Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana, a

razoabilidade e à obrigação do Estado de prestar a assistência social a quem dela necessitar, independentemente da contribuição.

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 25).

O direito fundamental previsto no inciso V, do artigo 203, trata-se de direito fundamental por estar vinculado ao mínimo existencial e, assim, relacionado com a própria liberdade da pessoa humana. Além de tratar-se de direito titularizado por grupo social e politicamente vulnerável. (CANOTILHO, 2013, p. 1958).

Por se tratar, como já dito, do artigo 203, V, de direito fundamental, o requisito da renda disciplinado no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, não pode ser lido de maneira absoluta, pois não se determinou nenhum critério objetivo quando o texto constitucional dispôs a garantia de um salário mínimo àquelas pessoas idosas ou deficientes que não possuíssem meios de prover sua subsistência ou tê-la provida por sua família.

Pelo contrário, a norma dispõe, claramente, e de forma objetiva que a prestação será de um salário mínimo que será devido o benefício à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possuem os meios de prover sua subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Segundo Canotilho: os idosos estão definidos como aqueles que têm sessenta e cinco anos ou mais (art. 34, da lei 10.741) e a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho (art. 20 §2º, da Lei 8742/93). (CANOTILHO, 2013, p. 1961).

Dessa forma, o legislador definiu muito bem quem deve receber o benefício de um salário mínimo, que são os idosos e deficientes pobres, deixando certa subjetividade quanto à análise dessa pobreza, que, para verificar-se, tem de ser realizada uma análise socioeconômica por assistente social, para observar, além da renda, a situação real do indivíduo, a fim de determinar se este se enquadra no referido dispositivo, por estar em situação de vulnerabilidade social.

Incorporar a legislação à vida da população pobre brasileira é necessariamente um dos caminhos, embora insuficiente, para incidir na criação de uma cultura que considere a política de assistência social pela ótica da cidadania. (COUTO, 2010, p. 182).

Assim, a análise da miserabilidade deve ser aferida de acordo com o caso concreto, ampliando sua aplicabilidade e não a restringindo à renda per capita inferior a ¼ de salário mínimo, pois esta, sozinha, não é capaz de verificar a hipossuficiência e o grau de vulnerabilidade de um indivíduo que só pode ser aferido através de um procedimento complexo e interdisciplinar.

4. Repercussão judicial do indeferimento administrativo do BPC: análise de dados

Desde a diferenciação entre assistência e previdência com a constituição de 1988 e com seu artigo 203, V, que garantiu o benefício de um salário mínimo mensal, como já discutido anteriormente, e, posteriormente, com a regulamentação pela lei 8.742 de 1993, a Loas definiu que os indivíduos precisam ter condições econômicas precárias e não serem capazes para a vida independente para a concessão do benefício, isso surtiu inúmeras discussões e gerou diversas ações judiciais.

Dois anos após a edição da Loas, a Procuradoria-Geral da República interpôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232, alegando a inconstitucionalidade do critério de um

quarto do salário mínimo exigido para a concessão do BPC (Brasil, 2001). O argumento principal da Procuradoria-Geral da República era de que o critério legal restringira e limitara o direito garantido na norma constitucional. No pedido, requereu-se medida cautelar que suspendesse a aplicação do critério de renda estabelecido na lei até o julgamento de mérito da ação. O pedido foi indeferido sob o argumento de que o legislador ordinário teria cumprido seu dever de editar a norma, com a virtude de dar eficácia à norma constitucional. (PENALVA, DINIZ, MEDEIROS, 2010).

O critério objetivo de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, aparentemente, não teve qualquer base empírica e é excessivamente restrito. (CANOTILHO, p. 1961).

A decisão pela constitucionalidade do critério objetivo de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo parecia ter vencido e a população perdido toda e qualquer esperança de modificação desse critério ínfimo e desumano.

Quanto mais preciso o texto constitucional, mais fácil é a sua interpretação. As dificuldades de interpretação e complementação do texto podem levá-lo à esfera política, mesmo quando se fala em direito fundamental. (CANOTILHO, 2013, p. 960).

Apesar da decisão do STF pela constitucionalidade do critério de renda, a população continuava a buscar o poder judiciário para a concessão do Benefício de Prestação Continuada. Os processos no JEF continuavam a se abarrotar nas mesas. Dessa forma, chegou ao STF a reclamação nº 2.303, de 13 de maio de 2013, interposta pelo INSS, alegando descumprimento da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232. Assim, o supremo viu-se obrigado a manifestar-se sobre o tema novamente diante de um caso concreto, em que um juiz havia concedido o benefício a um indivíduo que tinha renda per capita de meio salário mínimo. (PENALVA, DINIZ, MEDEIROS, 2010).

Ainda que indiretamente, a Reclamação n. 2.303 impôs ao STF a tarefa de novamente enfrentar o argumento da

insuficiência, em termos de garantia de direitos, do critério de renda disposto na Loas para a concessão do BPC. No caso concreto, embora a renda do requerente atingisse o patamar de meio salário mínimo, o magistrado identificou condições econômicas precárias que exigiam a garantia do direito à assistência social. Diante do impasse, entendeu que, embora o critério de um quarto do salário mínimo tivesse sido declarado constitucional, conforme havia decidido o STF, esse critério não seria único. Contra esse entendimento – que se repetia em inúmeros outros casos –, o INSS interpôs várias reclamações perante o STF, pugnando pela reforma de tais decisões. (PENALVA, DINIZ, MEDEIROS, 2010).

Repetidas vezes, concedia-se, nas instâncias ordinárias, o Benefício de Prestação Continuada, por se entender que condições socioeconômicas do indivíduo concreto demonstravam a pobreza e incapacidade para a vida cotidiana de trabalho.

A Lei nº 9.533 de 1997, artigo 5º, I e a Lei nº 10.689 de 2003, com seu artigo 2º, § 2º, dispõe um critério mais favorável para a análise objetiva da miserabilidade, modificando de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo para $\frac{1}{2}$ salário mínimo, através do argumento de que, nos programas de renda mínima e de acesso à alimentação, o critério para a verificação da pobreza é de $\frac{1}{2}$ salário mínimo. Assim, deve ser estabelecido igual tratamento jurídico no que concerne à verificação da miserabilidade, a fim de se evitar distorções que conduzam a situações desprovidas de razoabilidade. (COSTA, 2013, p.169).

Mesmo o Programa Bolsa Família utiliza critérios mais favoráveis do que o $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, ainda que inferior ao $\frac{1}{2}$ salário mínimo de outros programas. (CANOTILHO, 2013, p. 1963).

Dessa forma, a prova de miserabilidade tornou-se mais elástica, considerando-se as condições de sobrevivência do requerente e de sua família.

No Recurso Extraordinário n. 567.985, o INSS se insurgiu contra a concessão do benefício ao idoso com renda

familiar *per capita* de meio salário mínimo, e o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional.

Ainda, ao analisar o Recurso Extraordinário de nº 580.963, também da Reclamação 4374, de repercussão geral, o Plenário não pronunciou a nulidade das regras. O ministro Gilmar Mendes propôs a fixação de um prazo para que o Congresso Nacional elaborasse nova regulamentação sobre a matéria e a manutenção das regras atuais até o dia 31 de dezembro de 2015, mas essa proposta não alcançou a adesão de dois terços dos ministros. Apenas cinco ministros se posicionaram pela modulação dos efeitos da decisão. (Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello).⁴

Conforme asseverou o ministro, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, a norma passou por um “processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas, políticas, econômicas, sociais e jurídicas”. Com esses argumentos, o ministro votou pela improcedência da reclamação, consequentemente declarando a inconstitucionalidade incidental do artigo 20, parágrafo 3º, da Loas, sem determinar, no entanto, a nulidade da norma.

Ao final, por maioria, o Plenário julgou improcedente a reclamação, vencido o ministro Teori Zavascki, que a julgava procedente. Os ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa votaram pelo não conhecimento da ação.⁵

Dessa forma, no ano de 2013, o STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), que prevê como critério para a concessão do BPC a idosos ou deficientes a renda familiar mensal *per capita* inferior a 1/4 de salário

⁴ **Supremo Tribunal Federal**, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>.

⁵ **Supremo Tribunal Federal**, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>.

mínimo, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. Ainda, foi declarada a inconstitucionalidade do parágrafo único, do artigo 34, da Lei 10.471/2003 (Estatuto do Idoso).⁶

As mudanças sociais, inclusive de legislações no campo assistencial e também de composição do próprio STF, fez com que surgisse novo critério para a caracterização da miserabilidade, qual seja, meio salário mínimo per capita.

Dessa forma, resta claro que as alterações legais e socioeconômicas tornaram inconstitucional, o que foi declarado constitucional, possibilitando um melhor controle através dos direitos fundamentais estabelecidos em nossa constituição.

Mesmo com a declaração de inconstitucionalidade incidental do artigo 20, parágrafo 3º, da LOAS, não foi declarada a nulidade da norma e, assim, o INSS continua a indeferir muitos pedidos de concessão do BPC, alegando que a renda per capita ultrapassa o ¼ de salário mínimo estipulado na lei e, conseqüentemente, a procura do Poder Judiciário para a concessão do benefício é gigantesca. Vejamos:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE. CRITÉRIO ECONÔMICO. 1. O benefício assistencial é devido 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. 2. Demonstrada a incapacidade do demandante para atividades laborativas, bem como a condição socio-econômica de vulnerabilidade, deve ser concedido o benefício assistencial. 3. Em relação ao pressuposto econômico, o art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 - LOAS estabelecia que seria considerava hipossuficiente a pessoa com deficiência ou idoso cuja família possuísse renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo. O Supremo

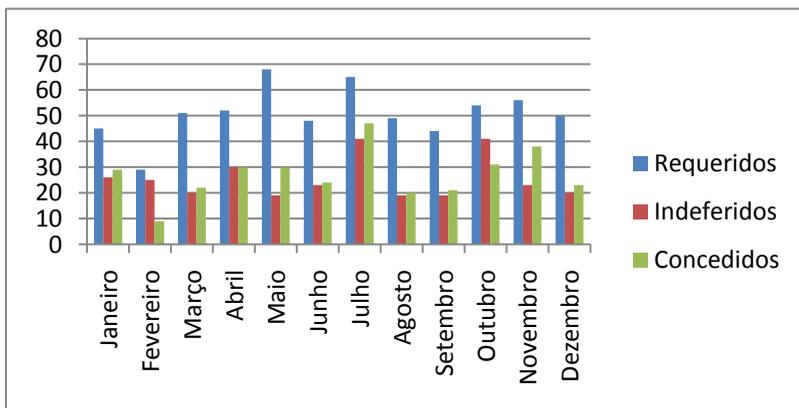
⁶ **Supremo Tribunal Federal**, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>.

Tribunal Federal, ao analisar os recursos extraordinários 567.985 e 580.963, ambos submetidos à repercussão geral, reconheceu a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, assim como do art. 34 da Lei 10.741/2003, permitindo que o requisito econômico, para fins de concessão do benefício assistencial, seja aferido caso a caso. (TRF4, APELREEX 0009790-44.2014.404.9999, Quinta Turma, Relatora Taís Schilling Ferraz, D.E. 26/08/2014).

Nosso sistema de leis é controverso e limitado, ainda hoje são indeferidos os benefícios pela autarquia que considera objetivamente os critérios dispostos na lei.

Passemos, então, à análise dos dados que foram requeridos junto ao Instituto Nacional do Seguro Social, Justiça Federal Subseção de Rio Grande e Ministério Público Federal:

No ano de 2013 (janeiro a dezembro), foram requeridos, ao INSS da cidade de Rio Grande, 611 Benefícios de Prestação Continuada, destes, apenas 324 foram concedidos. Segundo dados fornecidos pelo INSS, agência de Rio Grande, foram requeridos, indeferidos e concedidos os seguintes benefícios, segundo tabela abaixo:



(FONTE: INSS, Agência de Rio Grande, 2014. Organizado pela autora).

A partir dos números de concessões, requisições e indeferimentos, pode-se ter um apanhado geral do grande número de benefícios indeferidos que, segundo o INSS, são 306 e o número de benefícios concedidos judicialmente, neste mesmo ano de análise, é de 33. (INSS, 2014).⁷

São 33 casos de ordens judiciais para a concessão do benefício, demandas que nem deveriam chegar ao judiciário se nós tivéssemos um sistema legislativo eficiente e que se coaduna com nossa Constituição Federal. São 33 vidas que, com toda certeza, sofreram com a miséria e diversas restrições por conta de não terem acesso a um direito estabelecido constitucionalmente, o de uma vida digna.

Além disso, pode-se pensar em quantas pessoas tiveram seu pedido administrativo de concessão do BPC indeferido e, muitas vezes, por não conhecerem seus direitos, não procuraram o poder judiciário, ou mesmo por não possuírem condições financeiras de se deslocarem até o centro da cidade para iniciar uma ação judicial junto ao Juizado Especial Federal ou à Defensoria Pública da União.

Outrossim, mexe-se toda a máquina Estatal, incluindo diversos órgãos, como, por exemplo, o Ministério Público Federal que intervém como *custus legis*. De janeiro a julho de 2014, neste órgão, somam-se 78 processos de BPC, em que o MPF teve de conhecer e se manifestar sobre cada um destes. (MPF, 2014).⁸

No ano de 2013, o Juizado Especial Federal, subseção de Rio Grande, recebeu a enorme quantia de 87 processos, apenas no que tange ao Benefício de Prestação Continuada, mais especificamente quanto ao artigo 203, V, da Constituição

⁷ Instituto Nacional do Seguro Social. **Dados estatísticos**. Dados recebidos por correspondência, em 28/08/2014.

⁸ Ministério Público Federal. **Dados estatísticos** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por indiracapelar@gmail.com, em 27/08/2014.

de 1988 (critério de renda). Além de ter proferido 2.681 sentenças. (JF, 2014).⁹

Dessa forma, mostra-se claro o panorama em que os direitos existem, mas não se concretizam de forma eficaz, a população tornou-se cliente das políticas públicas e do sistema. Não seria muito mais fácil que houvesse uma reformulação da Lei Orgânica da Assistência Social?

A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado Constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”. (CANOTILHO, 2003, p.98).

O grande entrave está, com certeza, nas relações de poder e na falta de interesse político para a concretização dos direitos.

Considerações finais

Nossa Constituição de 1988 foi a primeira na história constitucional brasileira a prever os direitos sociais básicos e de caráter geral, trazendo grande inovação, tendo em vista que é uma construção histórica e política, principalmente da luta das classes trabalhadoras, e, a partir de então, tem-se o objetivo de uma sociedade justa, na qual todos os cidadãos possam viver dignamente, independentemente de suas diferenças sociais.

A Assistência Social que é política da Seguridade Social não depende de contribuição e garante o atendimento às necessidades básicas dos menos favorecidos. Entretanto, no Brasil, ainda hoje, há uma conotação de assistencialismo, de mínimos resquícios de um tempo em que se entendia a assistência como esmola, dever da igreja ou daqueles que se

⁹ Justiça Federal, Subseção de Rio Grande. **Dados estatísticos** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por rsrgr03@jfrs.jus.br, em 25/06/2014.

compadeciam dos menos favorecidos.

O Benefício de prestação continuada da LOAS garante, em seu artigo 20, um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Nesse ínterim, o benefício prestação continuada é, ainda, hoje, um assunto que traz à tona diversos problemas, pois é permeado por controvérsias. Tendo como critério a renda inferior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo per capita familiar, veio, apenas, para garantir o mínimo existencial, os chamados mínimos sociais, que, no Brasil, estão relacionados diretamente com a pobreza, digo, com a miséria absoluta, para garantir a sobrevivência do ser humano *strictu sensu* e não a vida *latu sensu*.

Para que se possa realmente garantir os mínimos sociais, deve-se combater a miséria através de uma ação positiva do Estado para a proteção dos indivíduos e garantia de seus direitos, indo muito além da simples transferência de renda.

O BPC foi instituído para garantir uma vida digna a todo cidadão, previsto constitucionalmente, alguns dos ideais do Estado Democrático de Direito são erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Dessa forma, o valor previsto hoje de $\frac{1}{2}$ salário mínimo que se tem levado a cabo através de entendimentos jurisprudenciais ainda está muito longe do ideal para garantir uma vida digna, de acordo com os preceitos constitucionais, em que todo ser humano deve ter acesso à cultura, educação, lazer e para que possamos garantir o princípio da dignidade da pessoa humana. Vivemos um momento de retrocesso, de políticas compensatórias e não emancipatórias.

Percebe-se, claramente, que o ideal previsto constitucionalmente para a assistência não se concretizou, pois se inverteu o real sentido, tendo em vista que, ao invés de

emancipar as pessoas, retirá-las da miséria, tornou-se um entrave para melhores condições de vida, pois os beneficiários do BPC não podem cumular outros benefícios ou bolsas e perdem o benefício caso comecem a trabalhar, pois não serão mais incapacitados para o trabalho. Essa forma de colocação, de requisito para a concessão do benefício e de educação social leva ao colapso do sistema pretendido pelo constituinte.

Dessa forma, o Estado burocratiza o sistema e o torna desumano e inatingíveis os direitos humanos fundamentais. Para a efetivação dos direitos sociais, exige-se mais que uma abstenção do poder Público, exige uma ação positiva para efetivá-los, protegendo o indivíduo do abandono do Estado e educando-o para a vida em sociedade.

Nesse ínterim, a ampliação do conceito de pobreza corresponde à ampliação do conceito de proteção social. Mostra-se claro que o critério de renda estabelecido pela LOAS viola os direitos fundamentais e garantias previstas na Constituição de 1988, não atendendo ao disposto no art. 203, V da mesma, por se tratar este de direito fundamental vinculado ao mínimo existencial e, assim, relacionado com a própria liberdade da pessoa humana.

Por se tratar, como já dito, o artigo 203, V, de direito fundamental, o requisito da renda disciplinado no artigo 20, §3º, da Lei 8.742/93, não pode ser lido de maneira absoluta, pois não se determinou nenhum critério objetivo quando dispôs que a garantia de um salário mínimo era referente àquelas pessoas que não possuem meios de prover sua subsistência ou tê-la provida por sua família.

Dessa forma, através dos números de benefícios requeridos e indeferidos no INSS, percebe-se o quanto o sistema é falho, pois muitas pessoas requerem o benefício que lhe é negado, muitas vezes por um entrave que é o reconhecimento da pobreza que hoje é analisada através do viés da miséria absoluta. Isso faz com que haja um número

muito grande de demandas que nem deveriam chegar ao judiciário se nós tivéssemos um sistema legislativo eficiente e que se coaduna com nossa Constituição Federal. Frise-se que a pesquisa realizada é parcial, tendo em vista o dificultado acesso a alguns órgãos e o escasso tempo para a realização da mesma.

A política de assistência social é encarregada por responder às necessidades sociais, assegurando a prestação de serviços e benefícios. Entretanto, os programas sociais são insuficientes para a concretização real dos direitos fundamentais. Devendo-se ter em mente que a solução para tal problema é, talvez, uma política universal de inclusão social, através de um programa de renda universal, além da garantia à saúde, educação, saneamento básico, etc. A luta pela garantia dos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal é um começo, já que a concretização de direitos sempre nos remete à busca de mais direitos, como nos mostra a história da humanidade.

Referencias

BEHRING, Elaine Rossetti, Política social: fundamentos e história. Elaine Rossetti Behring, Ivanete Boschetti. 9.ed. São Paulo: Cortez, 2011. (Biblioteca básica de serviço social; v.2).

BOBBIO, Norberto, 1909, A era dos direitos. Norberto Bobbio; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 13ª reimpressão.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; SCKTRE, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/ Almedina, 2013.2.380p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CITTADINO, Gisele e Dutra; Deo, Campos. Direito Internacional Privado: o diálogo como instrumento de efetivação dos Direitos Humanos. Disponível em: Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p259>. Acessado em 25 de agosto de 2014.

Constituição da República Federativa do Brasil, disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Acessado em 25 de agosto de 2014.

COSTA, José Ricardo Caetano, A seguridade Social nos 25 anos da Constituição Federal. Marco Aurélio Serau Júnior, Theodoro Vicente Agostinho, Coordenadores. São Paulo: LTR, 2014.

COSTA, José Ricardo Caetano, Direito do trabalho e direito previdenciário: subsídios ao trabalho social. Jundiaí, Paco Editorial: 2013.

COSTA, José Ricardo Caetano, Previdência: Os Direitos Previdenciários no Cenário Neoliberal. Curitiba, Juruá: 2010.

COUTO, Berenice Rojas, O direito social e a assistência social na sociedade brasileira: uma equação possível? 4.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

JANAÍNA, Penalva; Debora, Diniz; Marcelo, Medeiros' O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922010000100004&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acessado em 25 de agosto de 2014.

Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/suas>. Acessado em 25 de agosto de 2014.

PEREIRA, Potyara A. P., Necessidades Humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 6.Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SIMÕES, Carlos, Curso de Direito do Serviço Social. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2009 (Biblioteca básica de serviço social; v. 3).

Supremo Tribunal Federal, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>. Acessado em 25 de agosto de 2014.

Resumo

No presente trabalho, examinou-se a aplicabilidade dos direitos sociais assistenciais em uma perspectiva de direitos humanos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e justiça social. Desde a concepção básica de assistência social e assistencialismo, no Brasil, até o enfrentamento das políticas públicas para a operacionalização dos direitos sociais, passando-se pela análise constitucional e de evolução da legislação e das características dos direitos sociais, a fim discutir acerca de sua efetiva proteção e realização, tendo como foco o BPC da LOAS e, se este benefício, atende ao disposto no art. 203, V da CF/88, no tangente ao critério de $\frac{1}{4}$ da renda per capita familiar para sua

concessão, tendo em vista a necessidade que assola nossa sociedade de novos conceitos relativos à efetivação desses direitos, pois o Brasil possui uma cultura assistencialista, em que os direitos existem, mas há grandes entraves para que sejam efetivos. Para tanto, utilizou-se, na presente pesquisa, o método histórico e o comparativo com coleta de dados constituída de fontes secundárias, primárias e terciárias que se trata, respectivamente, de pesquisa bibliográfica, pesquisa de campo - mediante observação e pesquisa de dados juntos ao Instituto Nacional do Seguro Social, Ministério Público Federal e a Justiça Federal – subseção de Rio Grande – e de ferramentas de busca na internet, em que se consultaram informações entendidas como relevantes à pesquisa. Dessa forma, o presente trabalho mostra o claro panorama em que os direitos sociais estão inseridos: não se concretizam de forma eficaz, tornando a população cliente das políticas públicas e do sistema.

Palavras-chave: Previdência. Assistência. Justiça social.

Abstract

In the present study it was considered the applicability of the assistential social rights in a perspective of the fundamental human rights, the dignity of the human person and the social justice. Since the basic conception of social assistance and assistentialism in Brazil until the confrontation of the public policies to operate the social rights, passing through the constitutional analysis and of the laws evolution and the characteristics of the social rights, in order to discuss its effective protection and achievement, foccusing on the BPC (Continuous Cash Benefit Program) of the LOAS (Organic Law of Social Assistance) and if this benefit attends the provision of the article 203, V, of the Brazilian Federal Constitution from 1988 regarding the criteria of $\frac{1}{4}$ of the per capita income of the family group for its concession, having in mind the necessity that strikes our society of new concecpts regarding the effectiveness of these rights, since Brazil has an assistentialist culture, where the rights exist, but there are several obstructions that don't allow them to be effective. For that, it has been used on the present research the historical method and the comparison with data collection composed by secondary, primary and tertiary sources that are, respectively, bibliographic research, field research – through observation and data research together with the INSS (National

Institute of Social Security), Public Prosecutor's Office and the subsection of Rio Grande-RS of the Federal Justice –, and search tools on the internet, consulting all the information considered as relevant to the research. This way, the present study shows the clear panorama where the social rights are inserted: they don't get implemented in an effective way, turning the population into clients of the system and the public policies.

Keywords: Welfare. Assistance. Social justice.

