



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE, FURG

Faculdade de Direito, FaDir

Curso de Direito

FELIPE DIAS OTTONI

**OS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA – ENTRE O OBJETIVISMO E A DISCRICIONARIEDADE**

RIO GRANDE/RS

2016

FELIPE DIAS OTTONI

**OS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA – ENTRE O OBJETIVISMO E A DISCRICIONARIEDADE**

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa

RIO GRANDE/RS

2016

FELIPE DIAS OTTONI

OS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO
CONTINUADA – ENTRE O OBJETIVISMO E A DISCRICIONARIEDADE

Monografia apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande - FURG.

Data: ___/___/___

Nota: _____

Banca Examinadora:

Professor Dr. José Ricardo Caetano Costa (Orientador)

Professor Dr. Eder Dion de Paula Costa

Professora Ana Maria Isquierdo

OTTONI, Felipe Dias.

Os critérios de concessão do Benefício de Prestação Continuada – Entre o objetivismo e a discricionarietà.

36f.

Trabalhos de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande

Bibliografia.

*now
lighting more cigarettes
pouring new
drinks*

*it has been a beautiful
fight*

*still
is*

- Charles Bukowski

RESUMO

OTTONI, Felipe Dias. **Os critérios de concessão do Benefício de Prestação Continuada – Entre o objetivismo e a discricionariedade**. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso de Direito. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande.

Resumo: O presente trabalho busca traçar a evolução histórica social no Brasil, mais especificamente da assistência social, a fim de, a partir disso, analisar a finalidade e a mais adequada forma de aplicação do Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica de Assistência Social à luz da Constituição Federal de 1988. Ademais, questionará os critérios utilizados para sua concessão no âmbito administrativo e judicial, incluindo nesse segundo uma análise sobre o (des)valor da discricionariedade judicial na aplicação de políticas públicas no Brasil.

Palavras-chave: Benefício de Prestação Continuada; Lei Orgânica da Assistência Social; Miserabilidade; Discricionariedade; Constituição Federal.

ABSTRACT

OTTONI, Felipe Dias. **The criteria for granting the Continued Cash Benefit - Among objectivism and discretionarity.** 2016. Conclusion Work Law Course. Faculty of Law, University of Rio Grande, Rio Grande.

Abstract: This paper traces the social historical development in Brazil, more specifically the social assistance in order to, then, examine the purpose and the most appropriate form of implementation of the Continuous Cash Benefit of the Organic Social Assistance Law through the perspective of the Constitution of 1988. In addition it will question the criteria used for granting the administrative and legal framework, including that according to an analysis of the (dis)value of judicial discretionarity in the application of public policies in Brazil.

Keywords: Continuous Cash Benefit; Organic Social Assistance Law; Wretchedness; Discretionarity; Federal Constitution.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	9
1. O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL – LINHAS GERAIS.....	10
1.1 A seguridade social no Brasil.....	10
1.2 As delimitações interpretativas da LOAS.....	12
1.3 A miserabilidade e o BPC.....	14
1.4 Pobreza e proteção social.....	15
2 QUESTÕES CONSTITUCIONAIS.....	19
2.1 A assistência social na Constituição Federal de 1988.....	19
2.2. A evolução constitucional da miserabilidade.....	21
2.3 A inefetividade da decretação de inconstitucionalidade em abstrato.....	23
2.4 A questão econômica.....	25
3. A JUDICIALIZAÇÃO DO BPC.....	27
3.1 O processo administrativo.....	27
3.2 O ativismo judicial.....	28
3.3 O judiciário de mãos atadas.....	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	33

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Embora previsto na Constituição Federal (art. 203, V), ainda hoje o BPC/LOAS é tema de intensas discussões, especialmente por ser uma figura tão singular em nosso ordenamento jurídico, estando intrinsecamente ligado a temas extremamente pertinentes – e polêmicos. - A análise dos próprios conceitos de pobreza e desigualdade social se fazem necessárias, a fim de que se viabilize uma discussão razoável sobre qual o objetivo almejado com o benefício em estudo. Dessa forma, a própria figura da Assistência Social no Brasil parece ainda ser fruto de intensos questionamentos quanto a seus objetivos e sua finalidade, questionamentos estes em muito influenciados por uma visão retrógrada e conservadora que já não mais tem espaço em nossa sociedade atual.

O tema do presente trabalho é indiscutivelmente controverso, especialmente nos tempos atuais de agitação política e recessão econômica, onde, historicamente – especialmente no Brasil – quem sofre antes os efeitos da desestabilização do país é o lado mais fraco. Nesse sentido, o Benefício Assistencial de Prestação Continuada, previsto na Constituição Federal de 1988 e na Lei Orgânica da Assistência Social parece representar, de certa forma, um dos últimos e mais próximos vínculos entre o Estado e sua população marginalizada e o esforço para reduzi-la.

Em que pese o BPC/LOAS ser, de certa forma, uma materialização do intuito Constitucional de erradicação da pobreza e da redução da desigualdade social, demonstrando a evolução social pela qual o país tem passado, a Constituição Federal de 1988, apesar de extremamente evoluída, acaba entrando em conflito com a realidade social do país, que parece ainda hoje estar muito longe do idealizado pela Carta Magna. Essa dissonância entre a realidade e o ideal, porém, não obstou a criação de uma série de políticas públicas visando a redução da pobreza e da desigualdade social no país. O que se faz necessário, portanto, é uma correta aplicação das previsões constitucionais de acordo com a realidade socioeconômica do Brasil e de seus cidadãos.

Assim, faz-se necessária uma análise sobre realidade social do Brasil, o propósito da legislação e o limite da subjetividade judicial no que concerne ao BPC/LOAS, a fim de encontrar-se uma harmonização e posterior otimização do benefício em questão.

1 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL – LINHAS GERAIS

A Constituição Federal traz, no inciso V de seu art. 203 a previsão de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Para fins didáticos, este benefício tem sido denominado comumente como “Benefício de Prestação Continuada”, denominação esta imprópria, segundo Maria Ferreira dos Santos (212, p.239), *“porque, na sua maioria, os benefícios são de prestação continuada, uma vez que são pagos de mês a mês desde o termo inicial até o termo final”*.

O BPC está disciplinado nos artigos 20 e 21 da Lei 8.742/93, a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS e regulamentado pelo Decreto 6.214/07, alterado pelo Decreto 6.564/08.

É um benefício personalíssimo e não tem natureza previdenciária, embora, segundo Fábio Zambitte Ibrahim (2015, p.17), sua concessão e administração sejam feitas pelo próprio INSS, em razão do princípio da eficiência administrativa. O referido autor destaca ainda a razão de não ser benefício previdenciário:

Não é benefício previdenciário devido à sua lógica de funcionamento: não carece de contribuição do beneficiário, bastando a comprovação da condição de necessitado. Veio substituir a renda mensal vitalícia, que era equivocadamente vinculada à previdência social, em razão de seu caráter evidentemente assistencial. Ainda hoje esta prestação é frequentemente denominada ainda de renda mensal vitalícia o u amparo assistencial. (2015, p.17).

Sendo personalíssimo e sem natureza previdenciária, não gera direito à pensão por morte, nem à abono anual, conforme artigos 23 e 22 do Decreto 6.214/07, respectivamente.

1.1 A seguridade social no Brasil

A assistência social faz parte, juntamente com a saúde e a previdência, do grupo que compõe a seguridade social, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 194, *in verbis*:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas

a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Conforme expresso no próprio texto constitucional, os objetivos da seguridade social incluem a universalidade da cobertura e do atendimento; a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; a equidade na forma de participação no custeio; a diversidade da base de financiamento; o caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados; e o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados .

O artigo em questão, que inicia o Capítulo II do Título VIII – “DA ORDEM SOCIAL”, carrega consigo muito do que representa a Constituição Federal de 1988 no Brasil, uma vez que traz o claro intuito de construção de um efetivo Estado de Bem-Estar Social, preocupado com o desenvolvimento humano, com modernos mecanismos de proteção social.

Conforme Ibrahim (2015, p. 3), o Brasil, com a Constituição de 1988 – a chamada “Constituição Cidadã” -, seguiu a tendência moderna do Welfare State, não limitando as ações estatais apenas à Previdência, mas também à saúde e ao atendimento às pessoas carentes. Assim, no Brasil, a seguridade social é imprescindível, sendo “*a intervenção estatal, na composição da seguridade social, [...] obrigatória, por meio de ação direta ou controle, a qual deve atender a toda e qualquer demanda referente ao bem-estar da pessoa humana*” (IBRAHIM, 2015, p. 5).

Segundo Fabio Luiz dos Passos (2015, p.22)

Os objetivos do Estado Brasileiro, estabelecidos no art.3º da Constituição Federal somente poderão ser atingidos plenamente a partir de uma nova leitura dos direitos sociais que supere a clássica distinção entre previdência e assistência social, bem como, que supere a tradicional interpretação restritiva do alcance da assistência social.

Nesse sentido, ensina Marilda Villela lamamoto, ao tratar das crescentes necessidades geradas pelo desenvolvimento de uma nova realidade, que contempla mudanças nas forças produtivas do trabalho social, do desenvolvimento da ciência e da tecnologia, dos meios de comunicação, da produção e do mercado globalizado:

Nos locais de trabalho, é possível atestar o crescimento da demanda por serviços sociais, o aumento da seletividade no âmbito das políticas sociais, a diminuição dos recursos, dos salários, a imposição de critérios cada vez mais restritivos nas possibilidades da população ter acesso aos direitos sociais, materializados em serviços sociais públicos. (2000, pág.18).

Sem que se negue a importância da saúde e da previdência social nesse sistema – o qual visa um funcionamento integrado dessas áreas -, a Assistência Social vem para regular uma sociedade desenvolvida de forma desigual, que convive com a pobreza e a miséria desde sua criação, estando sua cultura intrinsecamente ligada a estes conceitos. Assim, muito embora não se limite a isso, o surgimento da Assistência Social esteve desde sempre ligado à evolução das formas de tratamento da pobreza pelo Estado.

1.2 As delimitações interpretativas da LOAS

A definições do que se entende por “pessoa portadora de deficiência”, “pessoa idosa”, “necessidade” e “família” estão previstas no art. 20 da LOAS, as quais destacam-se abaixo:

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

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

O conceito de família previsto nas Leis 10.219/01 e 10.689/03, qual seja “a *unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e*

mantendo sua economia pela contribuição de seus membros”, embora mais abrangente, segundo Ibrahim, não deve ser utilizado:

A LOAS possui conceito específico para os fins do benefício assistencial de prestação continuada, e a tentativa de adoção de conceitos outros, ainda que previstos em leis assistenciais diversas, é evidente tentativa de restringir uma garantia social assegurada pela Constituição. (2015, p.20).

Já o conceito de pessoa idosa, originalmente considerado na LOAS como aquela com idade igual ou superior a 70 anos, foi posteriormente alterado pela Lei 10.741/03 - Estatuto do Idoso, que passou a prever idade mínima de 65 anos, sendo tal definição bastante simples e sem maiores controvérsias.

A conceituação de pessoa portadora de deficiência, por outro lado, foi alvo de severas críticas doutrinárias. Na redação original do art. 20 da LOAS, §2º, pessoa com deficiência era definido como *“aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”*. Segundo Santos (2012, p.240), a definição legal anteriormente empregada era equivocada, uma vez que confundia deficiência com incapacidade, asseverando que *“nem todas as pessoas com deficiência são incapazes para a vida independente e para o trabalho, e nem todas as pessoas incapazes para a vida independente e para o trabalho são pessoas com deficiência”*. O art. 20 da LOAS foi alterado pela Lei 12.435/2011 e, após, pela Lei 12.470/2011, os quais modificaram a definição de pessoa com deficiência. Com o advento da Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) o conceito foi novamente alterado, recebendo sua redação atual.

Em que pese as diversas críticas possíveis ao benefício em estudo, certo é que, nesses mais de vinte anos de vigência da Lei Orgânica da Assistência Social, houveram também avanços e inovações, que buscaram uma maior abrangência e precisão na avaliação de seus possíveis beneficiários. Destaca-se, dentre essas, a perícia biopsicossocial, conforme ensinam Costa e Serau Jr. (2015, p. 94), trata-se de *“procedimento no qual os médicos lançam seus laudos específicos dentro de suas habilidades e os Assistentes Sociais avaliam os demais aspectos que indicam a incapacidade duradoura (acima de dois anos), dos candidatos à concessão do BPC da LOAS”*.

A concepção de impedimento de longo prazo foi incluída na LOAS pela Lei 12.470/2011, qual seja:

Art. 20 [...]

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Conforme aduz Santos (2012, p. 243), a “*deficiência e o grau de impedimento são determinados por meio de avaliação médica e avaliação social, a cargo do INSS (art.20 § 6º), feitas por seus peritos médicos e seus assistentes sociais*”. Enquanto o tipo e a duração do impedimento são avaliados pelos médicos peritos, os demais critérios, que, de acordo com Costa e Serau Jr. (2015, p. 94), “*podem ser a grosso modo traduzidos como sociais, econômicos, psicológicos, atitudinais e ambientais*” são avaliados por Assistentes Sociais – os únicos que podem emitir esses pareceres e laudos sociais.

Assim, trata-se de uma avaliação multidisciplinar, que busca uma análise mais precisa dos destinatários do benefício, considerando uma quantidade maior de fatores, dada a complexidade do tema, que envolve uma série de temas polêmicos, mas que refletem diretamente diversos aspectos da realidade do país.

1.3 A miserabilidade e o BPC

Outra importantíssima alteração na LOAS, trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi a inclusão do § 11 no art. 20, in verbis:

§ 11. Para concessão do benefício de que trata o caput deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

A previsão desta possibilidade mais abrangente de comprovação da miserabilidade do núcleo familiar busca pôr fim – ao menos no âmbito do BPC – à uma discussão que já dura décadas: a relativização da miserabilidade.

A miserabilidade do núcleo familiar do beneficiário do BPC é um dos aspectos básicos para sua concessão. Sendo o foco do presente trabalho um estudo aos critérios de concessão do referido benefício, é imprescindível que se discuta a forma como se dá a análise deste quesito, estabelecido de forma objetiva na LOAS como a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Esse tipo de critério objetivo, porém, não deve ser utilizado de forma indiscriminada, conforme ensina Fábio Zambitte Ibrahim:

De fato, ainda que o Legislador frequentemente utilize-se de parâmetros objetivos para a fixação de direitos, a restrição financeira pode e deve ser ponderada com características do caso concreto, sob pena de condenar-se à morte o necessitado. Ainda que a extensão de benefício somente possa ser feita por lei, não deve o intérprete omitir-se à realidade social. (2015, p.14).

Assim, embora seja necessário o estabelecimento de critérios objetivos em certa medida, tais critérios não podem servir de justificativa para o alijamento arbitrário de parte da população que necessita desse tipo de proteção social, uma vez que a vulnerabilidade desses indivíduos se dá por uma série de fatores. Faz-se necessário, dessa forma, que se esclareça o que se entende por proteção social e pobreza.

1.4 Pobreza e proteção social

A evolução histórica do conceito de pobreza passa a adquirir relevância e a conectar-se diretamente com nossa realidade atual a partir de sua desvinculação com a religião, com o divino. Nas sociedades pré-modernas, não era vista como um problema social a ser sanado ou minimizado, mas antes algo natural, inerente àquele tipo de vida (GIDDENS, 1996, p.142).

Assim, estando a concepção de pobreza ligada à religião, tinha-se que o auxílio aos pobres não consistia em um critério de justiça social, mas mera liberalidade ditada pela moral (IBRAHIM, 2011, p. 39). Desta forma, as ideias iniciais de proteção social eram assumidas pela Igreja, passando o Estado a intervir de forma mais concreta apenas no século XVII, com a edição da Lei dos Pobres, na Inglaterra e Gales (IBRAHIM, 2015, p. 1).

Segundo Fabio Luiz dos Passos (2015, p. 16), foi apenas com o iluminismo, a partir do surgimento da compreensão das ideias de risco e acidente, que se inicia um *“esforço para controlar o futuro e dominar a história no interesse de desenvolver os interesses humanos”*.

Rousseau, em sua obra *“Discurso Sobre a Origem das Desigualdades”*, aduz:

Efetivamente, é fácil ver que, entre as diferenças que distinguem os homens, muitas passam por naturais, quando são unicamente a obra do hábito e dos diversos gêneros de vida adotados pelos homens na sociedade. (1754, p. 86).

Dessa forma, passa-se a considerar a pobreza não mais como algo natural, mas sim mais um elemento mutável na sociedade – especialmente considerando sua

potencial influência sobre outros aspectos sociais e sua existência como resultado de um embate entre os mais abastados e os miseráveis:

Tal foi ou deve ter sido a origem da sociedade e das leis, que deram novos entraves ao fraco e novas forças ao rico, destruíram sem remédio a liberdade natural, fixaram para sempre a lei da propriedade e da desigualdade, de uma astuta usurpação fizeram um direito irrevogável, e, para proveito de alguns ambiciosos, sujeitaram para o futuro todo o gênero humano ao trabalho, à servidão e à miséria. (ROUSSEAU, 1754, p. 115).

A partir do final do século XVII, a visão sobre a pobreza passa a orientar-se para o desenvolvimento da riqueza nacional, vinculando-se diretamente às necessidades da indústria crescente (PASSOS, 2015, p. 16). Assim, através de breve análise, é possível depreender-se que, em conjunto com o desenvolvimento do que se entende por Estado, desenvolveu-se também o conceito de pobreza e, por conseguinte, o de proteção social. Aduz Ibrahim que as noções de igualdade por mérito e dedicação sem intervenção Estatal obtinham justamente o resultado oposto: uma desigualdade cada vez mais crescente, porquanto aqueles carentes de oportunidades jamais seriam capazes de atingir patamares superiores de renda. Segundo o autor, “*o surgimento da proteção social foi fortemente propiciado pela sociedade industrial, na qual a classe trabalhadora era dizimada pelos acidentes do trabalho, a vulnerabilidade da mão de obra infantil, o alcoolismo etc.*” (2015, p. 3). Dessa forma, mesmo que por diferentes espectros – seja a religião de Deus ou a religião do consumo – a pobreza sempre teve em seu bojo uma injustiça velada, não atrelada necessariamente apenas a questões econômicas, conforme destaca Iamamoto:

Quando se fala em produção/reprodução da vida social não se abrange apenas a dimensão econômica - freqüentemente reduzida a uma óptica economicista -, mas a reprodução das relações sociais de indivíduos, grupos e classes sociais. Relações sociais estas que envolvem poder, sendo relações de luta e confronto entre classes e segmentos sociais, que têm no Estado uma expressão condensada da trama do poder vigente na sociedade. (2000, p. 25)

De qualquer forma, com o desenvolvimento dessa nova concepção de pobreza - convertida na ausência de recursos financeiros aptos à obtenção de um mínimo existencial para as necessidades básicas do ser humano - surge a necessidade da criação de ferramentas de proteção social. O Estado, dessa forma, assume papel

imprescindível para a redução da desigualdade social, uma vez que detém os meios para efetivar essa proteção.

Esse conceito de pobreza – ligado à insuficiência de renda -, porém, não é capaz de estabelecer adequadamente a quem é devida essa proteção social, uma vez que a vulnerabilidade social decorre de múltiplos fatores – e é sob esse prisma que benefícios assistenciais como o BPC/LOAS devem ser analisados. Esta definição, de acordo com Boschetti (2003, p. 114-115), é simplista e reducionista, uma vez que *“reduz pobreza à ausência ou insuficiência de renda, não considerando outros aspectos necessários à reprodução da vida humana”*, sendo tal noção bastante ultrapassada. Amartya Sen (2010, p. 36-37), economista indiano, ganhador do prêmio Nobel em economia, registra que *“existem boas razões para que se veja a pobreza como uma privação de capacidades básicas, e não apenas como baixa renda”*, considerando que é possível uma série de outros resultados maléficos em função da privação de capacidades elementares não necessariamente relacionadas à renda. Boschetti destaca ainda um segundo ponto nesta concepção de pobreza ligada à insuficiência de renda, indicando que esta:

[...] relaciona o padrão de pobreza ao mínimo necessário à sobrevivência. Esta concepção minimalista leva, por exemplo, ao estabelecimento de ‘linhas de pobreza’ absolutamente vergonhosas e também a uma prática de classificação da pobreza, como ocorre com a renda *per capita* de um quarto de salário mínimo estabelecido na Loas.

Zygmunt Bauman (2003, p. 69-70), ao falar sobre os modelos de justiça social contemporâneos, aponta uma ruptura do senso de comunidade:

Uma das características mais importantes da modernidade em seu estado “sólido” era uma visão a priori de um “estado final” que seria o eventual ponto culminante dos esforços correntes de construção da ordem, ponto no qual se deteriam — fosse ele um estado de “economia estável”, “de um sistema em equilíbrio”, de uma “sociedade justa” ou um código de “direito e ética racionais”.

Assim, parece surgir um novo tipo de comportamento, na medida que *“os operadores políticos e porta-vozes culturais do “estágio líquido” praticamente abandonaram o modelo da justiça social como horizonte último da seqüência de tentativas e erros”*. Pode-se dizer, dessa forma, que há uma perigosa tendência, ao se tratar de justiça social, em se delimitar objetivamente “linhas de pobreza” a fim de se resguardar “direitos mínimos”, sem que se considere, porém, a multiplicidade de

fatores que podem levar um indivíduo a um estado de risco social que demande um efetivo auxílio estatal.

Cumpra ainda salientar que, conforme destaca Wagner Balera (2015, p. 53-54), *“o escopo da seguridade social não consiste na abordagem das causas dessa grave questão social. Importa, sobretudo, atuar sobre as consequências que delas derivam: as situações de necessidade configuradas pelo desamparo e pela exclusão”*.

2. QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

2.1 A assistência social na Constituição Federal de 1988

A Assistência Social tem direta ligação com o combate à pobreza, sendo, desta forma, indispensável instrumento para promoção de uma evolução social, consubstanciada no acesso ao maior número possível de pessoas à direitos básicos garantidos pelo Estado.

Prevê o art. 203 da Constituição Federal que "a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social [...]". A redação deste artigo salienta a abrangência desta área da proteção social, tornando obrigação do Estado prestar assistência mínima a qualquer um que dela necessite, mesmo que sem qualquer tipo de contraprestação. É também, de certa forma, uma limitação, uma vez que ao trazer a expressão "a quem dela necessitar", está limitando pelo menos parte de sua atuação àqueles em estado de maior vulnerabilidade social.

A assistência social, conforme refere a CRFB/88, deve ser realizada através de recursos provenientes do orçamento da seguridade social, bem como de demais fontes, sendo organizada com base na descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social e na participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (MORAES, 2015, p. 856). Destaca-se ainda o artigo 1º da Lei Orgânica da Assistência Social:

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

Segundo Ibrahim (2015, p.13), apesar da previsão Constitucional que determina a prestação da assistência social a quem dela necessitar, é inegável que o tamanho da desigualdade social no Brasil é muito maior do que a possibilidade de auxílio da assistência social, que "*tem uma atuação muito aquém do necessário no atual contexto nacional*", especialmente considerando que "*o incremento de benefícios pecuniários, inclusive assistenciais, somente pode ser realizado com a previsão de*

seu custeio, razão que atualmente impede a ampliação do segmento assistencial brasileiro”.

A seguridade social, cuja estratégia protetiva está baseada principalmente no princípio da universalidade da cobertura e do atendimento, conforme destaca Wagner Balera (2015, p. 53-54), adquire, em sua modalidade assistencial

[...] significado mais específico, no interior desse universo normativo, quando, ao identificar a situação de necessidade, o aparelho protetor é capaz, de pronto, de movimentar seu ferramental jurídico em favor do necessitado, sobretudo por intermédio das prestações.

Um dos princípios que regem a Assistência Social, previsto no Art. 4º, III da LOAS, é o do respeito à dignidade do cidadão. Esse princípio, que estabelece ainda o respeito “à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade”, liga-se diretamente com o espírito da Constituição Federal de 1988, que trouxe como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III). O direito ao BPC, inclusive, é direito fundamental material, posto que ligado necessariamente à dignidade da pessoa humana (SERAU JR., 2009).

Segundo Ibrahim (2015, p. 13), o “*segmento assistencial da seguridade tem como propósito nuclear preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta [...] não é extensível a todo e qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem para o sistema, além de seus dependentes*”.

O tema da Assistência Social e sua vinculação à Constituição passa quase que obrigatoriamente pelo Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica de Assistência Social (BPC/LOAS), um direito garantido pela Constituição Federal de 1988 a um salário mínimo para os idosos acima de 65 anos e para os deficientes – físicos, mentais, intelectuais ou sensoriais - de longo prazo, que não tenham condições de sustento, seja por própria força ou de outrem.

Os parágrafos 2º e 3º do art. 20 da LOAS, indicam os principais quesitos utilizados para reconhecer o direito ao benefício: o impedimento de longo prazo e a renda familiar. A primeira será abordada posteriormente, uma vez que é também questão bastante controversa no que concerne ao benefício em questão. Quanto à renda familiar, muito embora a previsão legislativa seja objetiva e taxativa, a doutrina e a jurisprudência têm avançado em sentido diverso.

2.2 A evolução constitucional da miserabilidade

O conceito de necessitado mostra-se controverso já há muito tempo no Brasil, como destaca o Procurador Federal Fouad Degani Mikhail:

Todavia, desde o início multiplicaram-se os questionamentos judiciais. Órgãos monocráticos do Judiciário ora contornavam aquela disposição legal, tida como mera indicação, ora a desaplicavam sob o argumento da inconstitucionalidade. A instabilidade culminou com o ajuizamento de ADI, por parte do Procurador-Geral da República, em 24/2/1995 (ADI n. 1.232-1/DF). (MIKHAIL, 2014).

A referida ADI alegava que o dispositivo do parágrafo 3º da LOAS limitaria e restringiria o direito garantido por norma constitucional. Apesar da ADI em comento ter sido julgada improcedente, atestando a constitucionalidade do dispositivo, a questão não restou pacificada, sendo alvo de diversos questionamentos posteriores. O argumento predominante nos votos dos ministros foi o de que os critérios para concessão do benefício se dariam *“exclusivamente na forma da lei, tal qualidade é definida em lei e dela depende. Isto é, não existe critério e definição fora da lei, lançado ao casuismo do intérprete”* (MIKHAIL, 2014).

Embora este posicionamento seja coerente – especialmente considerando as críticas ao ativismo judicial, que também será tratado mais adiante -, a instabilidade que gerou a referida ADI se manteve, uma vez que se constatou que, na verdade, o disposto em lei, apesar de não ser inconstitucional, era, provavelmente, insuficiente para abranger adequadamente aqueles que necessitassem do benefício, conforme as palavras do Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto: *“Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta. Julgo improcedente a ação”*.

Dessa forma, apesar do posicionamento do STF à época, as decisões monocráticas permaneceram múltiplas, ora atendendo o disposto na Lei 8.742/93 e na ADI n. 1.232-1/DF, ora relativizando o conceito de miserabilidade conforme o caso concreto.

Nesse sentido, decidiu o STJ, no AgRg no REsp 523864-SP, em 2003, cujo relator era o Ministro Felix Fischer:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO
REGIMENTAL. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA

PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93.

I - A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência.

II - O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade do autor. Precedentes. Agravo regimental desprovido.

A decisão supra foi confirmada pelo Ministro Teori Albino Zavascki, no AgRg no AREsp 202517/RO, julgado em 11/10/2012.

Assim, após diversas Reclamações Constitucionais e Recursos Extraordinários, buscando o cumprimento do posicionamento outrora estabelecido pelo STF, decidiu o Tribunal, enfim, pela relativização do aludido critério (RE 567.985/MT, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 17 e 18/04/2013 e RE 580.963/PR, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17 e 18/04/2013). Destaca-se trecho do acórdão:

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS.

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 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.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias *mudanças fáticas* (políticas, econômicas e sociais) e *jurídicas* (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

2.3 A inefetividade da decretação de inconstitucionalidade em abstrato

A mencionada inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, está prevista no Artigo 27 da Lei 9.868/99 que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

No caso em tela, apesar do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal dessa necessária relativização do critério de concessão do benefício em estudo, a inconstitucionalidade do § 3º da Lei 8.742/1993 limitou-se a mera orientação interpretativa, mantendo a validade formal do dispositivo até edição de nova lei. Sobre modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, ensina Alexandre de Moraes (2015, p. 779):

O Supremo Tribunal Federal admite a prospecção dos efeitos como verdadeiro “apelo ao legislador”, que deverá, em prazo fixado pela Corte, editar nova norma, que revogará aquela declarada inconstitucional, mas cuja vigência foi mantida pela modulação dos efeitos determinada por 2/3 dos Ministros do Tribunal (“inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade”).

O autor supra aduz ainda que a referida modulação utilizada pelo STF trata-se “*de opção interpretativa excepcional fundada em razões de segurança jurídica e interesse social, cuja finalidade é evitar a ocorrência de maiores danos sociais com a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade*”.

Em que pese - sob o argumento de preservação da segurança jurídica - essa modulação seja compreensível, fato é que, em razão dela, a situação fática em relação

ao critério de renda para a concessão do BPC acabou por permanecer incerto, uma vez que o INSS permaneceu negando os benefícios aos requerentes cujo núcleo familiar ultrapassa $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, enquanto o judiciário permaneceu fazendo o que já fazia antes, mesmo que agora com amparo do Supremo. A questão mostra-se ainda mais preocupante pois, após uma discussão que já perdura por 23 anos, admitida a insuficiência legislativa quanto ao benefício, o STF não encontra outra saída que não delegar ao Legislativo a solução do caso, uma vez que limita-se a declarar o Congresso Nacional em mora, fixando prazo para edição de nova Lei, que revogue a anterior.

Essa determinação se assemelha ao que ocorre nas Ação Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, onde, quando reconhecida a omissão inconstitucional do Legislativo, o STF declara o Congresso em mora, excepcionalmente fixando prazo para a edição de Lei. A impossibilidade de sanção pelo desrespeito à determinação do Tribunal se dá por ser isso considerado uma intervenção do Judiciário no Legislativo, sendo, portanto, uma afronta à separação de poderes. Ocorre que, na prática, o controle de constitucionalidade por omissão no Brasil acaba por ser completamente inócuo.

A título de exemplo, destaca-se a ADO 24, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), requerendo a edição da Lei de Defesa do Usuário de Serviços Públicos, prevista no artigo 27 da Emenda Constitucional 19/1998, que estabeleceu prazo de 120 dias para sua elaboração¹. O relator da ADO, ministro Dias Toffoli, ressaltou que a “*não edição da disciplina legal, dentro do prazo estabelecido constitucionalmente, ou mesmo de um prazo razoável, consubstancia autêntica violação da ordem constitucional*”, estabelecendo prazo de 120 dias para a edição da referida lei que, à época – 1º de julho de 2013 -, aguardava análise na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Casa. Passados mais de três anos, o Projeto de Lei 6953/2002 (substitutivo do PL 674/1999), aguarda apreciação pelo Senado Federal.

Segundo Tavares (2012, p. 344), o posicionamento do STF em relação à aludida afronta à separação de poderes “*parece extremado e inadequado. Não se deve esquecer que seu principal fundamento é retórico (cláusula da separação de poderes, que não deixa de ser uma cláusula interpretada pelo próprio STF)*”. Outro

¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idConteudo=242679>

exemplo clássico é o do Imposto Sobre Grandes Fortunas – também alvo de ADO -, previsto na Constituição Federal de 1988, até hoje não regulamentado.

Assim, conforme exposto, a mera declaração de inconstitucionalidade abstrata, se não aliada de um esforço do executivo e do legislativo em sua efetivação, acaba por não produzir efeitos fora do mundo jurídico. No caso do BPC/LOAS, isso se converte em uma desnecessária judicialização do benefício.

2.4 A questão econômica

Reza o Art.1º da Lei Orgânica da Assistência Social que esta é "direito do cidadão e dever do Estado", reforçando o entendimento de que o Estado é simplesmente um meio para a um fim, qual seja: a pessoa. Dessa forma, o Estado existe para que, dentre outros objetivos, possa possibilitar um acréscimo na dignidade humana de seu povo (TAVARES, 2012).

Esse entendimento, porém, frequentemente é confrontado, na busca por um Estado mais liberal, valorando-se antes o bem-estar econômico do Estado e do mercado e relegando o bem-estar social à um segundo plano.

Conforme adverte Jair Soares Júnior:

Nessa esteira, o pensamento político-ideológico centrado na lógica liberal capitalista defende o desmantelamento da rede de proteção social como a única alternativa viável para combater o estado permanente de crises econômicas, mesmo que tal alternativa acabe ocasionando a violação dos mais básicos direitos fundamentais de índole social, como o direito fundamental à Assistência Social. (2015, p. 33).

Esta concepção utilitarista de aplicação do Direito acaba por objetivar uma redução nos direitos fundamentais, resguardados na Constituição Federal de 1988 e atenta à dignidade da pessoa humana que, conforme Michelle Valéria Macedo Silva (2013, p.80) , orienta na filosofia o imperativo categórico de Kant, *“reaproximando-se a ética e o direito, mediante uma fundamentação moral dos Direitos Humanos, no qual a pessoa humana assume posição central e irreduzível no Ordenamento Jurídico nacional e internacional”*.

Destaca-se aqui, acerca da questão econômica em relação a esses princípios, a ponderação de Dworkin:

Podemos argumentar (como fizeram alguns autores) que a lei será economicamente mais eficiente se os juízes forem autorizados a levar

em conta o impacto econômico de suas decisões; isso, porém, não responderá à questão de saber se é justo que eles procedam assim, ou se podemos considerar critérios econômicos como parte do direito existente, ou se decisões com base no impacto econômico têm, por essa razão, um maior ou menor peso moral. (DWORKIN, 2010, P. 11).

Sobre o tema, argumenta ainda Soares Jr. (2015, p.79-80) que não é necessária uma vinculação direta entre falta de recursos estatais e proteção social, asseverando que “*A realização dos direitos de proteção social não pode ignorar a questão da escassez de recursos públicos para a satisfação das necessidades*”, mas que “*A economia de recursos não deve ser um fim em si; outrossim, a correta aplicação dos recursos públicos é uma prática que interessa a todos*”.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DO BPC

3.1 O processo administrativo

Embora o benefício de prestação continuada não tenha natureza previdenciária, sua concessão e administração restou à cargo do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Segundo Ibrahim (2015, p. 17) a *“concessão é feita pelo INSS devido a preceitos práticos - se o INSS já possui estrutura própria espalhada por todo o país, em condição de atender à clientela assistida, não haveria necessidade da manutenção em paralelo de outra estrutura.”*. Desta forma, os processos administrativos dos requerimentos do BPC são realizados pelo INSS, que figura também no polo passivo das ações judiciais relativas ao benefício – em que pese haver certa divergência sobre a legitimidade passiva ser da Autarquia ou da União.

O processo administrativo para fins de concessão do BPC, como se pode imaginar, é bastante restrito, uma vez que rege-se pelos princípios gerais da administração pública, conforme relata Alexandre Triches (2015, p. 63), ao asseverar que *“Todos os meios de prova são válidos no processo administrativo para fins de concessão do benefício assistencial quando se destinam a esclarecer a existência do direito ao recebimento do benefício, salvo se a lei exigir forma determinada”*.

Embora seja até certo ponto compreensível a postura da Autarquia Previdenciária, na medida em que busca, através da objetividade na análise dos requisitos para concessão do benefício evitar uma discricionariedade que resultaria em uma possível injustiça por tratamento desigual, cumpre destacar a noção de que *“Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”* (NERY JUNIOR, 1999, p. 42). Conforme destacam Costa e Isquierdo (2015, p. 72), o INSS tem por costume interpretar literalmente o disposto no §2º do art. 20 da LOAS, indeferindo requerimentos diversas vezes de forma injusta. Trazem, dessa forma, a seguinte interpretação:

Na verdade, podemos vindicar o seguinte critério: se os percipientes em potencial do Benefício Assistencial da Lei Orgânica da Assistência Social tiverem uma renda familiar inferior ao ¼ do SM, fazem jus a este benefício automaticamente, sem que seja necessário laudo ou parecer socioeconômico. A prova é objetiva.

Caso contrário, se a renda for superior a esse patamar, deve ser analisado caso a caso, pois somente a realidade concreta poderá

apontar se há ou não a necessidade do benefício para atender aos mínimos sociais existenciais dos cidadãos. (COSTA; ISQUIERDO, 2015, p. 72-73).

A interpretação supra mostra-se bastante acertada, especialmente considerando a recente inclusão do §11 no art.20 da LOAS, que estabelece que, para fins de concessão do BPC, “*poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento*”. Se a justificativa do indeferimento administrativo com base nos critérios de renda até agora restou na ausência de previsão legislativa que permitisse a comprovação da miserabilidade por outros meios, o problema encontrara-se resolvido, o que no mínimo demanda uma visão otimista da atuação do INSS nesse tipo de caso.

Outro aspecto bastante criticável no âmbito administrativo referente ao BPC é o da avaliação dos impedimentos das pessoas portadoras de deficiência pelos médicos peritos. O conceito de portador de deficiência, de acordo com o § 2º do art.20 da LOAS é “[...] *aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial [...]*”. Ou seja: os impedimentos que trata o referido parágrafo são diversos e de várias áreas de conhecimento, exigindo uma equipe de peritos médicos em diversas áreas. O que se vê, na prática, são médicos “especialistas” em medicina do trabalho avaliando moléstias que desconhecem.

Destaca-se novamente o posicionamento de Costa e Isquierdo (2015, p. 73):

Com efeito, parece-nos que somente um trabalho interdisciplinar, que envolva os mais diversos profissionais (psicólogos, médicos, assistentes sociais, entre outros), poderá responder aos critérios de necessidade ao BPC da LOAS, tal como consta na CF/88, seja sob o ponto de vista da deficiência, seja em relação aos benefícios por idade. (COSTA; ISQUIERDO, 2015, p. 73).

3.2 O ativismo judicial

Com o passar dos anos, após travadas intensas discussões interpretativas em relação ao benefício em estudo – as quais permanecem em aberto, em certa medida -, percebe-se uma intenção dos juízes, desembargadores e ministros em permitir a relativização dos critérios de concessão deste, seja por questões de renda, idade, ou mesmo de impedimento. Busca-se, ao que parece, a possibilidade de se estender ao máximo o alcance das políticas públicas de proteção social.

Segundo Miguel Horvath Júnior (2015, p. 44), trata-se do “*fenômeno da judicialização das políticas públicas que de maneira sintética buscará estabelecer limites da intervenção do poder judiciário na construção e execução das políticas públicas*”. O referido autor aponta ainda que este fenômeno se dá em razão de que as políticas públicas no Brasil são percebidas e executadas em dissonância com a realidade fática, com o caso concreto, utilizando-se da mesma lógica administrativa vinculativa da administração pública à atuação de cunho negativo.

Assim, mesmo com diversos avanços nesta área - como a evolução da forma de avaliação de efetiva necessidade do requerente, com a realização de perícias médicas juntamente com estudos sociais -, é seguro dizer que essas políticas públicas permanecem bastante engessadas.

De qualquer forma, o que decorre disso é que a decisão final acaba sendo tomada verdadeiramente apenas em um processo judicial. Porém, a falta de delimitações legislativas aliada ao mau uso da hermenêutica constitucional pelos julgadores acaba gerando uma excessiva e perigosa relativização nas decisões:

Dentro deste fenômeno é possível observar duas correntes, a primeira adotando uma posição e visão ativista entendendo que cabe ao poder judiciário interferir, remodelar e criar políticas públicas. A segunda corrente adotando uma posição garantista entendendo que cabe ao poder judiciário limitar-se ao controle formal (e não material) dos atos dos gestores públicos. (HORVATH JR., p.44).

É importante ressaltar, acerca do protagonismo judicial, que este, em um primeiro momento, não é algo necessariamente prejudicial, mas sim a forma como é utilizado e em qual realidade. Conforme ensina Lênio Streck (2015, p. 17) tal artifício surgiu na Alemanha do pós-guerra como uma alternativa à falta de garantias que a sua constituição trazia, à falta de congruência entre a vontade da totalidade do povo alemão e a lei, reflexo isto, em parte, do totalitarismo nazista (foi a chamada “*Jurisprudência de Valores*”). Nesse contexto, o protagonismo judicial foi uma ferramenta de elevado valor, uma vez que tornou possível a justiça *apesar* da lei.

O caso do Brasil é infinitamente diferente. A Constituição de 1988 trouxe inúmeros avanços em relação às garantias e direitos fundamentais e contou com a participação da população do país, contando inclusive com um teor voltado à evolução dessas garantias e ao avanço social, de uma forma geral. Os princípios constitucionais são (ou seriam) capazes de nortear o avanço de nossa sociedade.

Há também que se distinguir ainda o positivismo exegético do positivismo normativista, uma vez que, nos tempos atuais, positivismo virou palavrão no mundo jurídico. Nas palavras de Rochele Vanzin Bigolin

Existem (ou existiram), na verdade, várias formas de positivismo, que, muitas vezes, são confundidas, como o positivismo exegético – teoria segundo a qual o juiz é a “boca da lei”, e em que sobreleva a “proibição de interpretar” – e o positivismo normativista (Kelsen) – em que não há proibição de interpretar, apenas não há preocupação com isso, porque o ato aplicativo envolve uma razão prática de difícil manuseio. (BIGOLIN, 2014).

Assim, o positivismo normativista kelseniano trouxe, em verdade, uma evolução no sentido de que, nele, o juiz não seria simplesmente um aplicador literal da legislação, mesmo que ainda adstrito a ela. Conforme explica Bigolin, o positivismo de Kelsen “*objetivava agregar segurança ao direito, expurgando de sua esfera questões morais e questões de natureza prática*”, deixando “*questões de natureza prática, como o julgamento pelos Tribunais [...] relegadas a um segundo plano*”.

Kelsen afirma, em sua obra *Teoria Pura do Direito* (1998, p. 171), que “*A norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida a norma jurídica individual*”, delegando assim ao julgador uma gigantesca discricionariedade. Considerando as devidas ressalvas contextuais e históricas da obra – de inegável importância na evolução científica do direito -, ela reflete a real postura juspositivista, fundada, talvez ironicamente, no ativismo judicial, conforme destaca Streck (2015, p. 70):

[...] Este é o calcanhar de Aquiles das posturas positivistas: diante das insuficiências/limitações das regras, diante dos “casos difíceis” e face à pluralidade de regras ou sentidos da(s) regra(s), o positivismo permite que o juiz faça a “melhor escolha”. O Direito é, assim, apenas a moldura na qual serão subsumidos os “fatos” (como se fosse possível separar fato e Direito).

É justamente essa excessiva discricionariedade, que permite fundamentações baseadas em absurdas relativizações e inovações principiológicas – o chamado fenômeno do pan-principiológico –, que se encontra a insegurança jurídica atualmente, a qual acaba por contaminar o judiciário como um todo.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso aduz que

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas,

por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação - ou, talvez, sublimação - dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. (BARROSO, 2009, p.247).

Ante o exposto, cumpre salientar que o ativismo judicial – ou ao menos seu lado nefasto - consiste, em verdade, em uma decisão prévia à análise probatória, ou seja: formula-se a resposta antes da pergunta. Nesse diapasão, é importante salientar que o intérprete da lei deve fazer uma análise do caso concreto e das provas, utilizando-se como parâmetro a Constituição. No caso do BPC, deve, então, analisar o benefício e sua possível concessão utilizando-se da noção que a Constituição dá à Assistência Social.

3.3 O judiciário de mãos atadas

Em que pese a crítica ao decisionismo dos tribunais e ao protagonismo judicial, Streck (2015, p. 95) afirma que esta crítica deve ser vista como um alerta para decisões infundadas, em dissonância com o estabelecido na Constituição, a qual deve servir de parâmetro para qualquer interpretação.

Por tudo isso – e permito-me insistir nesse ponto -, discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia. Consequentemente, deveria ser despiciendo acentuar que a crítica à discricionariedade judicial não é uma “proibição de interpretar”. (STRECK, 2015, p. 95).

Sobre a doutrina pós-positivista, Barroso assevera que esta “*busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto: procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas*”. Tal posicionamento funda-se nos princípios constitucionais, os quais possibilitam o estabelecimento de uma verdadeira segurança jurídica.

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética. (BARROSO, 2009, p. 279).

Assim, o que se busca aqui é uma reflexão sobre a incapacidade do judiciário de solucionar o problema sozinho. O que se vê é uma transferência de responsabilidade sobre o estabelecimento e determinação dos parâmetros das políticas públicas, medida esta absolutamente inconcebível, uma vez que, além de não ser sua atribuição, este não possui os meios para fundamentar adequadamente suas decisões, especialmente considerando a contradição entre a legislação ordinária que trata da questão e a Constituição Federal. Horvath Jr., ao tratar das decisões do Supremo sobre o critério econômico para aferição da hipossuficiência para fins de aferição do BPC indica que *“hoje temos um vazio legislativo sobre a aferição da hipossuficiência econômica do beneficiário das prestações assistenciais. Insegurança jurídica que se espalha no campo de aplicação do próprio Poder Judiciário bem como no ambiente administrativo”*.

No mesmo sentido, avaliam Costa e Isquierdo (2015, p. 73) que aceitar como referencial para a percepção do Benefício de Prestação Continuada a miséria absoluta seria *“ferir de morte o direito social assistencial consagrado no art. 203, da Constituição Federal de 1988”*.

Assim, havendo uma clara insuficiência legislativa, delegar ao judiciário a solução do problema parece bastante contraditório e inefetivo: o poder legislativo é omissivo/incompetente em legislar sobre políticas públicas (lembrando que o judiciário não pode intervir nesse sentido), o poder executivo, no âmbito administrativo, executa essas políticas públicas de forma ineficiente (sendo o processo administrativo desse tipo de benefício visto quase como um litígio entre partes conflitantes) e, após essa sucessão de irracionalidades, judicializa-se o que não precisaria ser judicializado.

Muito melhor seria se a questão fosse simplesmente tratada à luz do estabelecido na Constituição Federal, o que, ao que parece, infelizmente já soa absurdo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o art. 3º da Constituição Federal de 1988, “*Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil [...] construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”. Embora tenham havido grandes avanços nesse sentido desde a promulgação do referido texto constitucional, tais objetivos ainda se apresentam como verdadeiros desafios à nação, seja quanto aos possíveis dispositivos legais para a resolução dos problemas sociais existentes, seja quanto à forma como estes serão executados. É diante deste desafio que surge a Assistência Social no Brasil e, com ela, o Benefício de Prestação Continuada.

Estudiosos tanto da área jurídica como da assistência social consideram o benefício um verdadeiro direito humano e fundamental, que tem por objetivo a redução das desigualdades sociais e o auxílio a uma vida digna. Porém, entre a legislação vigente, a aplicação da administração e a intervenção judicial há um claro desencontro de condutas, objetivos e interesses, que acabam por prejudicar tanto os cidadãos que necessitam do benefício, como a própria Administração Pública. Essa “incerteza” aparente sobre o real objetivo do benefício acaba por ter reflexos diretos na forma como são estabelecidos os critérios para sua concessão. Enquanto no âmbito administrativo parece haver uma objetividade excessivamente rígida, no judicial o julgador se vê refém de uma legislação que não condiz ideologicamente com a Constituição Federal.

Assim, parece claro que, embora o judiciário deva exercer um importante papel em relação às políticas públicas, não deve caber unicamente a ele essa avaliação subjetiva dos casos concretos. Ademais, a própria incerteza – inclusive do STF – sobre conceitos básicos que afetam diretamente o benefício em estudo, como a necessidade, miserabilidade e pobreza, acabam por impossibilitar um adequado julgamento, o que abre margem para uma perigosa discricionariedade judicial.

Entre os conceitos de necessidade, miserabilidade e pobreza – utilizados na Constituição Federal, na Lei Orgânica da Assistência Social e nas decisões judiciais, respectivamente -, porém, cria-se uma insegurança jurídica, uma incerteza sobre a quem se destina o benefício, qual sua finalidade e de que forma este poderia ser otimizado, a fim de reduzir cada vez mais as desigualdades sociais ainda tão gritantes em nosso país.

REFERÊNCIAS:

BARROSO, Luís Roberto. *"Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo"*. São Paulo: Saraiva, 2009;

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: J. Zahar. 2003;

BIGOLIN, Rochele Vanzin. Do positivismo jurídico ao neoconstitucionalismo/pós-positivismo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4117, 9 out. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29841>>. Acesso em: 02 ago. 2016;

BOSCHETTI, Ivanette. *Assistência Social no Brasil: um direito entre originalidade e conservadorismo*. 2. Ed. Brasília. Ed. UNB, 2003;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 02 ago. 2016;

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm> Acesso em: 02 ago. 2016;

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em: 02 ago. 2016;

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 02 ago. 2016;

BRASIL. Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10219.htm> Acesso em: 02 ago. 2016;

BRASIL. Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.689.htm> Acesso em: 02 ago. 2016;

BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm> Acesso em: 02 ago. 2016;

BRASIL. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm> Acesso em: 02 ago. 2016;

BRASIL. Decreto nº 6.564, de 12 de setembro de 2008. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Decreto/D6564.htm> Acesso em: 02 ago. 2016;

COSTA, J.R.C; e ISQUIERDO, Ana Maria Correa. “O Direito a Ter Direitos: os direitos sociais assistenciais a partir do ativismo judicial”. In: Benefício Assistencial Temas Polêmicos Lei n. 8742/93. Coordenado por Marco Aurélio Serau Júnior e José Ricardo Caetano Costa. São Paulo: Ed. LTr, 2015;

COSTA, J.R.C; e SERAU Jr., Marco Aurelio. “Perícia Biopsicossocial: o bom exemplo que vem da lei orgânica da assistência social”. In: Benefício Assistencial Temas Polêmicos Lei n. 8742/93. Coordenado por Marco Aurélio Serau Júnior e José Ricardo Caetano Costa. São Paulo: Ed. LTr, 2015;

GIDDENS, Anthony. Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales. Madrid: Cátedra, 1996;

GRAGNOLATI, Michele; LINDELOW, Magnus; e COUTTOLENC, Bernard. *20 anos de construção do sistema de saúde no Brasil: Uma avaliação do Sistema Único de Saúde*. Washington, D.C.: THE WORLD BANK, 2013;

HORVATH Jr., Miguel. “As Políticas Públicas, o Ativismo Judicial e a Assistência Social”. In: Benefício Assistencial Temas Polêmicos Lei n. 8742/93. Coordenado por Marco Aurélio Serau Júnior e José Ricardo Caetano Costa. São Paulo: Ed. LTr, 2015;

IAMAMOTO, Marilda Villela. O Serviço Social na Contemporaneidade: Trabalho e formação Profissional. São Paulo, Cortez, 2000;

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A previdência social no Estado contemporâneo. Fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Ímpetus, 2011;

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. Niterói: Ímpetus, 2015;

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas S. A., 2014;

MIKHAIL, Fouad Degani. A declaração de inconstitucionalidade do §3º do art. 20 da Lei n. 8.743/93 - Breves apontamentos sobre o RE n. 567.985/MT e a Rcl. 4.374/PE. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46726&seo=1>>. Acesso em: 13 jul. 2016.

NERY JÚNIOR, Nélon. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

PASSOS, Fabio L. dos. “O Limbo da Proteção Social: Entre a Assistência e a Previdência”. In: Benefício Assistencial Temas Polêmicos Lei n. 8742/93. Coordenado por Marco Aurélio Serau Júnior e José Ricardo Caetano Costa. São Paulo: Ed. LTr, p. 15 a 23, 2015;

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre A Origem da desigualdade (1754)*. Disponível em: <http://www.castigat.com.br/leitura/roousseau-discurso-sobre-a-origem-da-desigualdade-1754/>

<<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>>, Acesso em: 11 jun. 2016;

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2012;

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010;

SOARES Jr., Jair. “*A Influência do argumento Econômico sobre o Jurídico na Aplicação do Direito à Assistência Social*”. In: *Benefício Assistencial Temas Polêmicos Lei n. 8742/93*. Coordenado por Marco Aurélio Serau Júnior e José Ricardo Caetano Costa. São Paulo: Ed. LTr, p. 15 a 23, 2015;

SILVA, Michelle Valéria Macedo. “*Direitos Humanos. Acesso à Justiça. Defensoria Pública. Pobreza. Exclusão Social*”. In: *Revista da Defensoria Pública da União*. Brasília: DPU, 2013;

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012;

TRICHES, Alexandre; “*Processo Administrativo para Fins de Concessão de Benefício Assistencial*”. In: *Benefício Assistencial Temas Polêmicos Lei n. 8742/93*. Coordenado por Marco Aurélio Serau Júnior e José Ricardo Caetano Costa. São Paulo: Ed. LTr, 2015.