

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E O PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

CONTINUOUS CASH BENEFIT PROGRAMME AND THE PLENARY OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT

Dalton Tria Cusciano;¹

Ana Maria Malik.²

Resumo: O objetivo do estudo foi o de delinear o posicionamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), no período de 2006 a 2016, no tocante ao Benefício de Prestação Continuada (BPC), sendo o problema de pesquisa a constitucionalidade da aplicabilidade da reserva do possível ao BPC, via recorte de renda. A hipótese é a de que o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional a adoção de recorte de renda como critério de elegibilidade ao BPC previsto pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS). O foco da pesquisa foi a interpretação e o alcance dados pelo STF ao artigo 20 da Lei nº 8.742/1993, conhecida como LOAS, e como o Plenário da Corte Constitucional solucionou a tensão existente entre a efetivação dos direitos sociais, a tese da reserva do possível e o recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao benefício previsto pela LOAS. A pesquisa foi qualitativa, utilizando-se metodologia descritiva via análise documental, por meio do estudo dos acórdãos proferidos pelo plenário do STF no recorte temporal proposto. Os resultados encontrados indicaram a existência de oito acórdãos acerca do tema, que permitiram confirmar a hipótese do artigo, dado que o STF considerou que o recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao benefício previsto pela LOAS é inconstitucional *incider tantum*, sem declaração de nulidade, e que devem prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e os objetivos da Lei Maior sobre a tese da reserva do possível.

Palavras-chave: Benefício de Prestação Continuada. Supremo Tribunal Federal. Lei Orgânica de Assistência Social. Judicialização.

Abstract: This study outlined the position of the Brazilian Federal Supreme Court (STF) in the 2006 to 2016 period regarding the Continuous Cash Benefit Programme (BPC). The research problem was the constitutionality of the applicability of the reserve of the possible to the BPC, via cut of income. The hypothesis is that the Supreme Federal Court considers the adoption of income cut as unconstitutional as the eligibility criterion for the BPC provided for by the Organic Social Assistance Law (LOAS). The focus of the research was the interpretation and scope given by the STF to article 20 of Law No. 8.742/1993, known as

¹ Doutor em Administração Pública e Governo, Mestre em Direito e Desenvolvimento e Bacharel em Direito, todos pela FGV/SP. Servidor Público Federal com lotação na Fundacentro e Professor universitário.

² Doutora em Medicina pela USP, Mestre em Administração de Empresas pela FGV/SP, Bacharel em Medicina pela USP. Professora Titular da EAESP/FGV-SP.

LOAS and how the Plenary of the Constitutional Court resolved the existing tension between the realization of social rights, reserve of the possibilities clause and the cut of income imposed as an eligibility criterion for the benefit provided by LOAS. The research was qualitative, using descriptive methodology via documentary analysis, through the study of judgments handed down by the STF plenary in the proposed time frame. The results found indicated the existence of 08 judgments on the theme, which allowed to confirm the hypothesis of the article, given that the STF considered that the cut of income imposed as an eligibility criterion for the benefit provided by LOAS is unconstitutional *incider tantum*, without declaration of nullity, and that the principle of the dignity of the human person and the objectives of the Constitution must prevail in face off reserve of the possibilities clause.

Keywords: Continuous Cash Benefit Programme Brazilian Federal Supreme Court. Social Assistance Organic Law. Judicialization.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é um marco na consagração dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos humanos, tendo propiciado, mesmo após três décadas de sua publicação, a manutenção de uma politização dos movimentos sociais iniciada durante o regime militar. Inseto no escopo universalizante constitucional, encontra-se o dever assistencial estatal, com amparo tanto na norma veiculada pelo artigo 194, quanto pela norma veiculada pelo artigo 203, ambos da Constituição Federal, cuja regulamentação decorre da Lei nº 8.742/1993, conhecida como Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).

Consta no *caput* do artigo 203 que a assistência social será ofertada aos necessitados independentemente de contribuição à seguridade social, o que demonstra a preocupação do constituinte com o desenvolvimento tanto dos cidadãos, quanto da sociedade por eles composta, baseada na esperança de que a institucionalização da proteção social pautada na transferência de renda e na garantia de acesso universal aos bens e serviços públicos era fundamental para o desenvolvimento nacional.

A rede mínima de proteção garantida pelo Estado, por meio da assistência social, encontra-se ancorada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que, apesar de sua amplitude conceitual, fornece a base para proteger os socialmente vulneráveis. A assistência social é apenas um dos tripés da seguridade social, possuindo capítulo particular na Constituição vigente e compreendendo uma série de ações do Estado e da sociedade civil, que visam a assegurar os direitos relativos à assistência social, à previdência e à saúde.

No que tange especificamente à assistência social, temos que, dentre seus objetivos constitucionalmente esculpidos no artigo 203, encontram-se “a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”, bem como “o amparo às crianças e adolescentes carentes e a promoção da integração ao mercado de trabalho”. Já o artigo 194 da Constituição Federal estabelece que compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base, dentre outros objetivos, na universalidade da cobertura e do atendimento.

Os incisos do artigo 203 da Constituição Federal, por seu turno, mencionam que o portador de deficiência e o idoso que comprovem não possuir condições de prover o próprio sustento, ou de tê-lo provido por seus familiares, terão a garantia de um salário mínimo de benefício mensal. A esse benefício mensal, cuja regulamentação decorre da Lei nº 8.742/1993 (LOAS), deu-se o nome de Benefício de Prestação Continuada (BPC). O BPC surgiu, portanto, como peça integrante do novo contrato social firmado em 1988, visando a redução da desigualdade social, tendo servido seu desenvolvimento como um modelo de política de transferência de renda em larga escala.

Todavia, a criação de um critério de renda adicional ao requisito de deficiência ou de idade pela legislação para acesso ao BPC gerou uma tensão entre a efetivação dos direitos sociais e a tese da reserva do possível, sendo o problema de pesquisa deste artigo a constitucionalidade da aplicabilidade da reserva do possível ao BPC, via recorte de renda. A hipótese é a de que o Supremo Tribunal Federal considera inconstitucional a adoção de recorte de renda como o critério de elegibilidade ao BPC previsto pela Lei Orgânica de Assistência Social.

O objetivo do presente trabalho é o de identificar se e de que modo o Supremo Tribunal Federal solucionou a tensão existente entre a efetivação dos direitos sociais, a tese da reserva do possível e o recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao benefício previsto pela LOAS, tendo se realizado pesquisa qualitativa, utilizando-se metodologia descritiva via análise documental, por meio do estudo dos acórdãos proferidos pelo plenário do STF, tendo como marco inicial a data de 01 de janeiro de 2006 e como marco final a data de 31 de dezembro de 2016.

O recorte temporal proposto permitiu verificar se houve alguma alteração de comportamento do Supremo Tribunal Federal em suas decisões sobre o tema ante as alterações sofridas na sua composição, considerando que, dos onze ministros que

compunham a Corte até 31 de dezembro de 2016, cinco ministros haviam sido indicados durante os anos de 2010 a 2016, enquanto outros três ministros haviam sido indicados no período de 2006 a 2009.

Os termos utilizados para busca no inteiro teor dos acórdãos constantes do sítio eletrônico do STF decorrem de opção pelo caráter mais abrangente possível, razão da escolha do termo “benefício da prestação continuada”. Assim, a metodologia utilizada foi a de pesquisa documental, visando identificar informações factuais nos documentos a partir de questões ou hipóteses de interesse (LUDKE, 1986).

O recorte material da pesquisa documental deteve-se na atuação do Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto aos acórdãos relacionados ao Benefício de Prestação Continuada. Nesse sentido, restaram excluídos os acórdãos encontrados referentes a outras espécies de benefícios, especialmente aos relacionados à previdência social. O Pleno do Supremo Tribunal Federal foi o órgão escolhido para estudo, decorrendo tal opção tanto do espaço privilegiado ocupado pelo STF para a análise das questões a ele trazidas, quanto por suas atribuições constitucionais, que envolvem o controle de constitucionalidade e a função recursal de última instância exercida. Merece destaque também o papel central no sistema político brasileiro ocupado pelo STF, que levou a autores como Oscar Vilhena Viera a asseverar que o STF tem exercido uma espécie de poder moderador, além da sua constitucional competência de última instância julgadora, substituindo por vezes as escolhas majoritárias e/ou legitimando decisões das instituições representativas (VIERA, 2008). Outro recorte necessário refere-se à espécie de manifestação judicial analisada, tendo-se optado pelo estudo apenas dos acórdãos julgados pelo Plenário, por representarem a decisão final tomada coletivamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais recortes permitiram encontrar quinze acórdãos julgados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, dos quais oito possuem direta correlação com o Benefício de Prestação Continuada, enquanto os outros sete relacionavam-se com benefícios exclusivamente previdenciários. Contudo, antes de ingressar na análise dos mesmos, mister se faz construir o panorama do BPC no Brasil.

2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício de Prestação Continuada destina-se aos cidadãos brasileiros e aos estrangeiros naturalizados que não se encontram amparados pela seguridade social de seu Estado natal e que possuem domicílio no Brasil. Os recursos para o custeio do programa assistencial advêm do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). O gerenciamento do Benefício de Prestação Continuada é realizado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário (MDS) e executado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia ordinária federal vinculada ao retromencionado Ministério. O benefício é pago por meio de rede bancária autorizada e, em localidades onde inexistente estabelecimento bancário, o adimplemento do benefício pode ocorrer por meio de instituições autorizadas pela supramencionada autarquia.

No ano de 2016, segundo os dados do MDS, 4,2 milhões de pessoas estavam inclusas como beneficiárias do BPC, ao custo anual de R\$ 39,6 bilhões³, não tendo ocorrido, desde o ano de 2008, revisão, a qual deveria ser feita de forma bienal pelo Instituto Nacional do Seguro Social, nos termos da norma veiculada pelo artigo 21 da Lei nº 8.742/1993.

A revisão da permanência das condições para manutenção do benefício é importante na medida em que majora o controle e a transparência nos dispêndios públicos, possibilitando a mitigação de desvios ou malversação do erário, o que poderia comprometer a efetivação da política pública.

A cessação do benefício ocorrerá quando deixarem de estar preenchidos os requisitos da concessão. Contudo, no que tange às pessoas com deficiência, estas podem efetuar atividades não remuneradas de habilitação ou de reabilitação, casos nos quais não ocorrerá a cessação do benefício. Registra-se, por necessário, que, caso o benefício tenha sido suspenso, nova concessão pode ocorrer sem a necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência, desde que o lapso temporal entre a suspensão do benefício e a nova concessão seja inferior a 2 anos.

O Tribunal de Contas da União, utilizando dados de 2008, publicou no ano de 2009 o Relatório de Auditoria Operacional do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social tendo, ao cruzar os dados dos beneficiários com outros sistemas governamentais, descoberto que 104 mil beneficiários possuíam veículos, 16 mil beneficiários detinham propriedades rurais e 2 mil beneficiários tinham salários acima do máximo permitido, o que

³ Brasil. Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/07/beneficio-de-prestacao-continuada-sera-concedido-apos-inscricao-no-cadunico>>. Acesso em 05 fev. 2017.

os inabilitaria para recebimento dos valores⁴. O Relatório de Auditoria Operacional do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social efetuado pelo Tribunal de Contas da União ainda aponta que as auditorias executadas pelos órgãos de controle permitiram cessar 173.800 benefícios indevidos no período de cinco anos, o que representava, à época, o valor aproximado de R\$ 2.65 bilhões.

Tais fatos reforçam a necessidade de se realizar periodicamente revisões nos critérios de concessão dos benefícios. Todavia, antes se faz necessário debater a adequação de tais critérios sob o prisma jurídico, especialmente no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, à questão da reserva do possível e à hermenêutica constitucional dada pelo Supremo Tribunal Federal ao tema ora em apreço.

Desde sua regulamentação, os critérios para a concessão do BPC provocam celeuma, principalmente por não abranger parcela populacional considerável de idosos e deficientes, uma vez que para elegibilidade ao benefício verifica-se o grupo familiar, sendo este composto, nos termos do Decreto nº 7.617/2011, pelo requerente, seu cônjuge ou companheiro, seus 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.

Também é analisado se a idade mínima de 65 anos e a renda mensal bruta familiar inferior a um quarto do salário mínimo, resultado este obtido por meio da divisão da renda total pelo número dos integrantes familiares, foi alcançada. A idade pode ser comprovada mediante a apresentação de qualquer documento oficial de identificação.

A existência de deficiência, entendida como aquela que gera, nos termos do Decreto nº 7.617/2011, impedimentos de natureza física, intelectual, mental ou sensorial de longo prazo, que podem obstruir ou dificultar uma participação efetiva e plena na sociedade, apresenta-se como outro critério. Por fim, verifica-se a existência de incapacidade, compreendida como uma limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.

Percebe-se que, apesar do indicativo constitucional universalizante previsto pelo artigo 194 da Constituição Federal, a Lei nº 8.742/1993 impôs como um dos fatores

⁴ Brasil. Relatório de Auditoria Operacional: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)/Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2009.

limitadores para a concessão de benefício assistencial denominado de Benefício de Prestação Continuada, o critério da renda, negando assistência àqueles que logrem obter mais de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente, ainda que ostentem a condição de idoso com no mínimo 65 anos de idade ou de deficiente. Assim, há claramente vigente na lei comentada, o paradigma da valoração do trabalho, uma vez que o dever assistencial estatal só surgirá se o trabalhador for idoso com no mínimo 65 anos e/ou deficiente e nessas condições não lograr gerar renda superior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo. Registre-se que a legislação brasileira não inovou ao estabelecer o critério de renda como limitador ao reconhecimento do direito ao benefício, uma vez que identificar a pobreza pelo baixo nível de renda é um critério tradicional (SEN, 2000).

Nesse sentido, insta salientar que o estabelecimento de percentual de renda familiar como critério de acesso ao benefício acaba por afastar cidadãos que estão pouco acima da linha da pobreza absoluta, mas que lidam diariamente com a carência de serviços básicos, o que lhes põe em situação mais aguda de pobreza, pois, apesar de viverem em situação extremamente semelhante aos beneficiários do BPC, não recebem o benefício. Segundo Gomes (2004), o critério de renda transformou o direito a assistência social em “armadilha da pobreza”, pois com a superação da renda estabelecida, o benefício é cancelado, ainda que as condições reais de vida não tenham sofrido alteração significativa.

Patrícia de Mello Sanfelice coaduna com a posição de Gomes ao indicar que:

É importante lembrar que, embora a matemática seja exata, e a determinação em números permita uma total objetividade para o requisito, as relações sociais se apresentam de forma contrária a esta exatidão. É mesmo possível afirmar que as relações sociais são absolutamente casuísticas, com particularidades que lhes concedem a riqueza da diversidade [...]. Assim, tomando-se como ponto de partida esta absoluta heterogeneidade nas relações inter-humanas, a necessidade, como critério aí presente, pode ser objetivamente definida? Não se estaria, nesta hipótese, diante de uma possível equiparação indevida de situações desiguais? (2005, p. 119)

Todavia, é possível argumentar, como fez o INSS no RE 567.985/MT, que a Constituição Federal, por meio da política assistencial que gerou o BPC, criou um dever estatal de atuação de prestações positivas, objetivando extinguir a pobreza aguda por meio da garantia de condições mínimas de sobrevivência e não melhorar as condições financeiras daqueles que já detinham condições básicas de vida. Portanto, o dimensionamento de um corte baseado na renda serviria para tornar possível a preservação do mínimo existencial, respeitando a reserva do possível, uma vez que os recursos financeiros do Estado são finitos,

e uma majoração desses, sem contrapartida, poderia tornar inviável a efetivação dos demais deveres estatais.

No que tange à reserva do possível, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco assim se manifestam:

A escassez de recursos econômicos implica a necessidade de o Estado realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do país. Os direitos em comento têm que ver com a redistribuição de riquezas – matéria suscetível às influências do quadro político de cada instante. A exigência de satisfação desses direitos é mediada pela ponderação, a cargo do legislador, dos interesses envolvidos, observado o estágio de desenvolvimento da sociedade.

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica, necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas – tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração. (2007, p. 250-251).

É importante salientar que a reserva do possível pode ser fática, sendo esta a análise do contingenciamento financeiro como condição de exigibilidade do direito, ou jurídica, atinente à existência de recursos financeiros, que mesmo constando do orçamento, não se encontram previstos para a consecução daquela política pública.

Já o mínimo existencial, nas palavras de Ana Paula Barcellos, seria “composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça” (BARCELLOS, 2002 p.259). A autora prossegue indicando que os “quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário” (ibid., loc. cit.), tornando possível, portanto, a exigência da garantia desse mínimo existencial pelo Poder Judiciário, no caso de não efetivação pelo Poder Executivo.

Uma vez pleiteado o benefício, o beneficiário será avaliado tanto socialmente, por intermédio dos assistentes sociais, quanto clinicamente pelos médicos peritos do INSS, de modo a se verificar o preenchimento dos requisitos legais para concessão do benefício. A

concessão do benefício independe da interdição judicial do deficiente ou do idoso, não estando sujeita a qualquer desconto, não gerando direito a abono anual e tampouco a pensão por morte.

No caso de indeferimento do benefício, o pleiteante pode recorrer administrativamente no âmbito do INSS, bem como recorrer ao Poder Judiciário. Nesse sentido, insta salientar que a formulação de pedido para a concessão do benefício no âmbito administrativo é condição de acesso ao sistema judicial, nos termos do Acórdão em Recurso Extraordinário nº 631240, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida.

O comportamento do Poder Judiciário, e especificamente, do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, será visto a seguir, após um breve histórico da judicialização do tema.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E O PLENO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, por meio da norma veiculada pelo artigo 59, *caput* e parágrafo único, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinou que o Poder Executivo teria o prazo de dezoito meses para implementar os projetos de lei relativos à organização da seguridade social e aos planos de custeio e de benefício. Contudo, em abril de 1991, apenas a Lei Orgânica da Saúde encontrava-se promulgada, tendo o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, vetado integralmente os projetos de lei da assistência social e da previdência, sob o argumento de que a “garantia de renda, mesmo às pessoas incapazes de trabalhar, não deve ser função de uma assistência social responsável” (BOSCHETTI, 2002, p. 56). Apenas em 1993 se tornou possível, diante da alteração do contexto político, com o *impeachment* do então Presidente Fernando Collor de Mello, a publicação da Lei nº 8.742/1993, conhecida como Lei Orgânica de Assistência Social.

Em razão do descumprimento dos prazos previstos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cidadãos portadores de deficiência que alegavam não possuir condições para o trabalho nem recursos para o próprio sustento impetraram, em novembro de 1993, o Mandado de Injunção n. 448/RS ante o Supremo Tribunal Federal, o qual pleiteavam a regulamentação da norma veiculada pelo inciso V do artigo 203 da Lei Maior,

dispositivo este instituidor do benefício assistencial, sem o qual quedava-se inviável o sistema de assistência social. O julgamento do supramencionado Mandado, cuja relatoria esteve a cabo do ministro Marco Aurélio de Mello, ocorreu em setembro de 1994, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a mora do poder Público na regulamentação do dispositivo. Contudo, quando do julgamento pelo STF do Mandado de Injunção n. 448/RS, já havia sido publicada a LOAS.

No ano de 1995 foi interposta, pela Procuradoria-Geral da República, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) n. 1.232/DF, por meio da qual se questionou o corte de renda em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo utilizado como critério para eleger os beneficiários, arguindo-se que tal critério alijava da proteção constitucional um relevante número de cidadãos que o constituinte originário quis proteger, assegurando condições mínimas de dignidade e não exigindo, para tanto, o nível de miséria absoluta como veiculado pela norma impugnada. A medida cautelar requerida no bojo da Adin, que pleiteava a suspensão da aplicação do critério de renda estabelecido até o julgamento do mérito da ação, foi indeferida em 22 de março de 1995 pelo ministro Maurício Correa, com base na aplicação do binômio possibilidade/necessidade.

No dia 27 de agosto de 1998, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232/DF, relatada pelo ministro Ilmar Galvão, foi considerada improcedente, podendo-se extrair como *ratio decidendi* do acórdão o princípio da legalidade estrita uma vez que, nos termos enunciados pelo acórdão, compete única e exclusivamente à lei dispor a forma de comprovação, não havendo margem para interpretação, considerando que a norma traz um critério objetivo para concessão. Mesmo depois de declarada pelo STF a constitucionalidade do critério de renda estabelecido pela LOAS, inúmeras pessoas continuaram buscando o Poder Judiciário para obtenção do benefício de prestação continuada, ainda que tivessem renda familiar acima do critério máximo estabelecido pela legislação, obtendo muitas vezes, a concessão do benefício ante as provas fáticas de miserabilidade e de necessidade demonstradas nos autos.

Nesse diapasão, a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais consolidou, nos termos da hoje cancelada Súmula nº 11, o entendimento de que a renda mensal per capita familiar, superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, não impedia a concessão do benefício assistencial previsto no artigo 20, parágrafo 3º, da Lei nº. 8.742/1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante. Tal situação fomentou uma diversidade de reclamações movidas pelo INSS no âmbito do Supremo

Tribunal Federal, passando a Suprema Corte a julgar procedentes tais reclamações, de modo a cassar as manifestações proferidas pelas instâncias jurisdicionais inferiores, concessivas do benefício assistencial.

A principal reclamação apreciada àquele tempo pelo Supremo Tribunal Federal foi a de nº 2.303/RS, movida pelo INSS e cuja relatoria coube à ministra Ellen Gracie, tendo por resultado, no ano de 2005, a confirmação, por maioria de votos, que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é objetivo, não podendo ser conjugado com outros fatores indicativos da miserabilidade do indivíduo e de seu grupo familiar.

Para o STF, à época, competia ao legislador e não ao magistrado, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteia o Benefício. Na oportunidade, o ministro Ayres Britto, que defendia a possibilidade de os magistrados encontrarem outros critérios para aferir o estado de miserabilidade social do indivíduo, face o caso concreto, ficou vencido. Entretanto, os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal não tiveram o condão de diminuir o número de pleitos judiciais que pediam a concessão do benefício, passando de 11.799, em 2004, para 52.050, em 2015, o que representa um aumento aproximado de 341% no período, conforme se pode verificar no quadro abaixo:

Quadro 01 – Evolução de benefícios concedidos judicialmente sobre o total de concessões por espécie – 2004/2015.

Ano	BENEFÍCIOS CONCEDIDOS JUDICIALMENTE		
	Pessoa com Deficiência	Pessoa Idosa	Total
2004	9.497	2.302	11.799
2005	16.069	4.122	20.191
2006	19.423	4.766	24.189
2007	25.321	5.342	30.663
2008	28.545	5.870	34.415
2009	31.340	6.650	37.990
2010	31.530	7.547	39.077
2011	33.088	8.548	41.636
2012	35.205	9.831	45.036
2013	41.060	12.382	53.442
2014	44.525	13.694	58.219
2015	40.498	11.552	52.050

Fonte: SUIBE/DATAPREV, janeiro de 2016.

O contínuo aumento de demandas judiciais gerou um contexto no qual 9% de todos os Benefícios de Prestação Continuada são obtidos mediante provimento judicial, conforme se percebe por meio do quadro abaixo:

Quadro 02 – Total de benefícios judiciais mantidos em dezembro de 2015, por unidade da federação e por tipo de benefício, com correlação do percentual destes números em relação ao total de benefícios mantidos.

Unidade da Federação	Quantidade de benefícios mantidos em Dezembro de 2015								
	Pessoa com Deficiência (Judicial)	Pessoa com Deficiência (Total)	%	Pessoa Idosa (Judicial)	Pessoa Idosa (Total)	%	Total benefícios (Judicial)	Total de benefícios	%
Acre	3.684	16.432	22%	356	6.635	5%	4.040	23.067	18%
Alagoas	21.248	74.814	28%	1.418	34.498	4%	22.666	109.312	21%
Amapá	2.067	11.663	18%	228	11.487	2%	2.295	23.150	10%
Amazonas	1.934	51.230	4%	345	42.596	1%	2.279	93.826	2%
Bahia	13.157	219.580	6%	1.557	187.792	1%	14.714	407.372	4%
Ceará	20.451	147.227	14%	3.985	90.075	4%	24.436	237.302	10%
Distrito Federal	4.146	26.268	16%	724	24.602	3%	4.870	50.870	10%
Espírito Santo	2.101	33.630	6%	893	29.371	3%	2.994	63.001	5%
Goiás	14.418	76.749	19%	3.471	68.067	5%	17.889	144.816	12%
Maranhão	8.151	107.195	8%	571	89.118	1%	8.722	196.313	4%
Mato Grosso	6.209	41.671	15%	1.221	38.695	3%	7.430	80.366	9%
Mato Grosso do Sul	6.294	36.614	17%	1.880	42.336	4%	8.174	78.950	10%
Minas Gerais	16.995	239.531	7%	4.217	179.531	2%	21.212	419.062	5%
Pará	7.682	109.439	7%	1.399	89.428	2%	9.081	198.867	5%
Paraíba	13.787	67.850	20%	2.476	35.297	7%	16.263	103.147	16%
Paraná	18.836	106.854	18%	7.257	88.699	8%	26.093	195.553	13%
Pernambuco	21.331	172.114	12%	2.397	117.816	2%	23.728	289.930	8%
Piauí	6.029	46.178	13%	576	21.508	3%	6.605	67.686	10%
Rio de Janeiro	8.765	119.972	7%	2.149	181.408	1%	10.914	301.380	4%
Rio Grande do Norte	8.960	50.748	18%	1.445	23.812	6%	10.405	74.560	14%
Rio Grande do Sul	19.340	113.516	17%	3.970	75.145	5%	23.310	188.661	12%
Rondônia	3.215	26.259	12%	268	15.299	2%	3.483	41.558	8%
Roraima	602	7.821	8%	62	3.914	2%	664	11.735	6%
Santa Catarina	8.669	44.381	20%	2.753	23.481	12%	11.422	67.862	17%
São Paulo	50.271	316.368	16%	17.445	366.599	5%	67.716	682.967	10%
Sergipe	6.258	38.264	16%	564	16.026	4%	6.822	54.290	13%
Tocantins	3.819	21.426	18%	824	15.668	5%	4.643	37.094	13%
Brasil	298.419	2.323.794	13%	64.451	1.918.903	3%	362.870	4.242.697	9%

Fonte: Suibe/Dataprev, em janeiro de 2016.

Visando desviar da posição do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, os demandantes inovavam na hermenêutica normativa, prosseguindo com o ajuizamento de ações, as quais permaneciam recebendo manifestações favoráveis do Poder Judiciário de 1ª

e 2ª instâncias e impunham ao INSS o ajuizamento de reclamações, no âmbito do STF. O que motivou, a partir do ano de 2006, modificações de posicionamentos dos membros da Corte Constitucional, por meio de suas decisões monocráticas, recaindo estas, por diversas vezes, em subterfúgios processuais para o não conhecimento das reclamações, o que, na prática, resultava na manutenção dos benefícios concedidos, ainda que sem observância dos critérios legais.

Nesse sentido, atuaram os Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto – que se aposentou em novembro de 2012 – e Celso de Mello, ao negar prosseguimento às reclamações impetradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, argumentando que a via escolhida pela autarquia não possibilitava o reexame do conjunto fático-probatório, o que seria necessário para modificar as manifestações judiciais combatidas, mantendo-as, por consequência. O Ministro Marco Aurélio também mantinha os benefícios concedidos pelas instâncias inferiores, argumentando que os critérios definidos pela norma veiculada pelo parágrafo terceiro do artigo 20 da Lei 8.742/93 não eram suficientes nem adequados para o correto cumprimento do mandamento constitucional previsto no inciso V do artigo 203 da Lei Maior.

As inúmeras decisões monocráticas e as contínuas provocações judiciais ao Supremo Tribunal Federal exigiram, do pleno do STF, oito manifestações sobre o tema na última década, conforme já mencionado, e que pode ser representado pelo quadro abaixo:

Quadro 03 – Total de manifestações judiciais formuladas pelo Plenário do Supremo Tribunal no período de 2006 a 2016 atinentes ao Benefício de Prestação Continuada

Espécie/nº	Origem	Relator	Fundamentação Jurídica e/ou Precedentes utilizados pela maioria	Data do Julgamento	Resultado
RE 580.963/PR	TRF 4.	Min. Gilmar Mendes	ADIn n. 1.232- 1/DF. Artigos 2º, 44, <i>caput</i> , 48, <i>caput</i> , 59, III, a, 195,	18/04/2013	Negado provimento por maioria, declarando-se <i>incidenter tantum</i> a inconstitucionalida

			§5, 203, V, da CF/88.		de do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso).
Rcl 4.374/PE	Turma Recursal JEF - Pernambuco	Min. Gilmar Mendes	ADIn n. 1.232-1/DF. Artigo 203, V, da CF/88.	18/04/2013	Negado provimento por maioria.
RE 567.985/MT	Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Mato Grosso.	Min. Marco Aurélio	ADIn n. 1.232-1/DF. Reclamação nº 3.805. Princípio da Isonomia Artigos 195, § 5º, 203, V da CF/88. Princípio de Segurança Jurídica Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.	18/04/2013	Negado provimento por maioria o recurso extraordinário, com declaração <i>incidenter tantum</i> da inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.
RE 553.546 QO/ PR	Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Paraná.	Min. Cezar Peluso	Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS	20/08/2008	Acolhida, por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem.

RE 540.410 QO / RS	Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul.	Min. Cezar Peluso	Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS.	20/08/2008	Acolhida. Por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem.
RE 550.661 QO / PR	Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Paraná.	Min. Cezar Peluso	Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS	20/08/2008	Acolhida, por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem.
RE 553.601 QO / PR	Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Paraná.	Min. Cezar Peluso	Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS	20/08/2008	Acolhida, por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem.
RE 565.337 QO / SP	Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.	Min. Cezar Peluso	Artigo 543-B do CPC de 1973. Artigo 328, parágrafo único do RISTF. AI 715.423/RS.	20/08/2008	Acolhida, por maioria dos votos, a questão de ordem suscitada. Autos devolvidos a origem.

Fonte: os autores (2018).

O Reclamante/Recorrente em todos os oito casos acima elencados foi o Instituto Nacional do Seguro Social. Dos casos analisados, cinco tratavam de questões de ordem, ocorrendo meramente uma discussão formal sobre o conhecimento ou não dos recursos, sem adentrar seu mérito. Os outros três casos analisados debateram o mérito, reconhecendo dois

deles a inconstitucionalidade parcial por omissão, mas sem pronúncia de nulidade. Tampouco se fixou prazo para que legislador atuasse.

Assim, houve declarações *incidenter tantum* da inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93, pelo Recurso Extraordinário n. 567.985/MT, e *incidenter tantum* da inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), pelo Recurso Extraordinário n. 580.963/PR. Essa forma de declaração de inconstitucionalidade implica na manutenção do requisito estabelecido pela Lei 8.742/93, que permanece válido para a autarquia ordinária federal, a qual se pauta pelo princípio da legalidade estrita.

As manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, apesar de concentradas nos anos de 2008 e 2013, indicam uma atuação progressista, uma vez que este interpretou o critério de renda máximo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo apenas como um norte, cabendo aos magistrados das instâncias inferiores, ante a análise do caso concreto, determinar ou não a concessão do benefício assistencial, podendo, para tanto, determinar as produções de provas que entender cabíveis, de modo a aferir a condição de miserabilidade do pleiteante.

Nesta perspectiva, o ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação n. 4.374, asseverou que o descumprimento parcial ou total do constitucional dever de legisferar ocasiona um estado insuficiente de proteção a direitos fundamentais, o que pode ser observado pela LOAS, a qual limita o BPC ao indivíduo com limite máximo de renda de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo per capita.

A teoria da reserva do possível foi mencionada de forma tangencial, tendo a Suprema Corte se posicionado no sentido ampliar o acesso ao BPC para além do previsto na LOAS, uma vez que a análise dos fatos concretos se sobrepõe a qualquer outro critério objetivo de renda, considerando a influência do princípio da dignidade da pessoa humana e dos objetivos da República insculpidos na Lei Maior.

Por conseguinte, a Carta Constitucional ao declarar, em seu artigo 3º, que um dos objetivos constitutivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de erradicar a pobreza e a marginalização, reforçando a promessa de democracia substantiva e o dever do Estado de assegurá-la.

Assim, pode-se dizer que o Supremo Tribunal Federal solucionou a tensão existente entre a efetivação dos direitos sociais e a tese da reserva do possível, ao considerar que o recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao benefício previsto pela LOAS é

inconstitucional e que deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e os objetivos da Lei maior, em oposição a tese da reserva do possível, no tema apreciado.

4 CONCLUSÃO

O Poder Judiciário vem efetivando o diversificado rol de direitos sociais previstos na Constituição Federal. Todavia, muitos desses direitos não indicam a origem da contrapartida orçamentária para concretizá-los o que gera, ante uma omissão e/ou ineficiência na atuação do Poder Público, o desrespeito a direitos constitucionalmente assegurados, e, conseqüentemente, a judicialização, que visa reparar essa falha de atuação. Ocorre que, no tema ora em apreço, estando ausente um critério objetivo delimitador aceito pelo Supremo Tribunal Federal, caberá ao magistrado singular a indicação dos critérios, o que por certo ferirá a isonomia, considerando que os magistrados não decidirão de forma idêntica.

A tensão existente entre direitos fundamentais e a teoria da reserva do possível se mostrou presente no objeto do artigo diante da criação de um recorte de renda imposto como critério de elegibilidade ao BPC por ato legal, o qual foi considerado inconstitucional, mas sem pronúncia de nulidade pelo STF. Essa postura do STF reforçará a judicialização do tema tanto por parte do INSS, que continuará a recorrer das sentenças e acórdãos concessivos, quanto por parte dos demandantes, que encontrarão divergências em julgados que os favoreçam, de modo a pleitear a concessão do benefício, dado que os critérios para a concessão do BPC não estão claros.

A posição do Supremo Tribunal Federal de não pronunciar a nulidade diante da inconstitucionalidade criou condições propícias para que diversos magistrados, tribunais e juizados especiais interpretem o inciso V, do artigo 203, da Constituição Federal da forma mais efetiva que entenderem, o que implicará certamente em uma ampliação no número de beneficiários e dos dispêndios do erário, considerando os múltiplos critérios que poderão ser utilizados, a depender da concepção do magistrado.

A divergência de concepção entre os agentes públicos envolvidos no debate sobre o que consubstancia a miséria, a vulnerabilidade e a pobreza será um obstáculo que terá de ser superado, visando a harmonização social e a previsibilidade financeira, que ocorrerão após uma imperiosa unificação de critérios judicialmente aceitos, a fim de se prevenir não somente

a judicialização, como também permitir o acesso efetivo e de forma equitativa e isonômica ao direito e à rede de proteção mínima que deve ser ofertada pelo Estado.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais (Theorie der Grundrechte)*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas fundamentações Jonh Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação pelos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BOSCHETTI, Ivanete. As forças de apoio e de oposição à primeira proposta de regulamentação da assistência social no Brasil. In: BOSCHETTI, Ivanete. *Conflitos de interesses e a regulamentação da política de assistência social*. Brasília: UNB, 2002.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.
- _____. *Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011*. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7617.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.
- _____. *Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 18 jun. 2020.
- _____. *Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário. Benefício da Prestação Continuada*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/07/beneficio-de-prestacao-continuada-sera-concedido-apos-inscricao-no-cadunico>>. Acesso em 05 fev. 2017.
- _____. *Relatório de Auditoria Operacional: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC)*. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília: TCU, 2009. Disponível em:

<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14D97A493014D97AF314C44E3>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232*. Relator: Min. Maurício Correa, 22 de abril de 1995. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI-MC\(1232%20.NUME.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI-MC(1232%20.NUME.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. *Súmula nº 11*, 2004. Disponível em: <https://aplicaext.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11&PHPSESSID=8ca544bdc712cc5910804820d0486715>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária) *Reclamação n. 4.374*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário, n. 580.963*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24806764/recurso-extraordinario-re-580963-pr-stf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário, n. 567.985*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de abril de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4614447>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Recurso Extraordinário, n. 631.240*. Relator: Min. Roberto Barroso, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Sessão Plenária). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 553.546*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2916056/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-553546-pr?ref=serp>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 540.410*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719147/questao-de-ordem-no-recurso-extraordinario-re-540410-rs>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 550.661*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2549126&numeroProcesso=559994&classeProcesso=RE&numeroTema=85>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 553.601*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2549126&numeroProcesso=559994&classeProcesso=RE&numeroTema=85>. Acesso em: 18 jun. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Questão de Ordem no Recurso Extraordinário n. 565.337*. Relator: Min. Marco Aurélio, 20 de agosto de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>. Acesso em: 18 jun. 2020.

GOMES, Ana Lúcia. O Benefício de Prestação continuada: Uma trajetória de retrocessos e Limites- construindo possibilidade de Avanços. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção Social de Cidadania. Inclusão de Idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. São Paulo: Cortez, 2004.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E.D.A. *Pesquisa em educação: abordagens qualitativas*. São Paulo: EPU, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANFELICE, Patricia de Mello. Assistência Social e Benefício Assistencial. *Cadernos de Direito Previdenciário*, v. 2. n. 3, p. 93-123, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul. 2008. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35159/33964>. Acesso em: 18 jun. 2020.