

**INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA**

**A REMODELAÇÃO DA POLÍTICA SOCIAL DO  
BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELO  
JUDICIÁRIO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

**ADRIANA MAIA VENTURINI**

**BRASÍLIA-DF**

**2016**



**ATA DA BANCA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO CURSO DE MESTRADO  
PROFISSIONAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO**

**Aluno:** Adriana Maia Venturini

**Ano de Ingresso:** 2014

**Título do Projeto:** Legitimidade do Poder Judiciário para interferir na implementação de Políticas Públicas de Assistência Social - BPC

**Orientador:** Prof. Dr. Rafael Guerreiro Osório

**Avaliadores:** Prof. Dr. Fernando Gaiger Silveira

Prof. Dr. Luis Henrique da Silva de Paiva

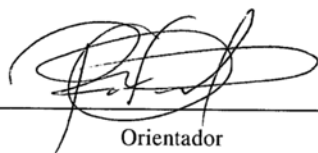
**Avaliação:**

Aprovado

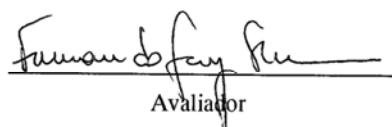
Aprovado com correções

Não aprovado

Brasília, 24 de maio de 2016.

  
Orientador

  
Avaliador

  
Avaliador

## AGRADECIMENTOS

Felicidade é poder trabalhar junto. Orgulhosa, posso dizer que essa dissertação é resultado de parcerias, as quais expresso meus sinceros agradecimentos:

**Rafael Osório**, o orientador do meu raciocínio. O amigo da minha tese. Ao realizar este trabalho pude usufruir da sua lucidez, assertividade e generosidade. Esse projeto se desenvolveu com a evolução da nossa relação profissional e pessoal. Professor Rafael, neste exato momento você já começa a fazer uma falta enorme.

**Luna e Nina**, pelo dom de alegrarem meus dias e transformarem qualquer tarefa em algo prazeroso e simples. A leveza delas é um ensinamento diário que, como mãe, sigo aprendendo.

À **Escola da Advocacia-Geral da União**, conduzida pela mentalidade dinâmica da amiga **Juliana Sahione**. Partiu dela o primeiro incentivo, que motivou os passos seguintes.

Aos pais que o destino escolheu, **Viviane e Danilo**, e também ao que a vida me presenteou, **Nilo**, por me darem a melhor de todas as heranças: o valor pelo estudo.

Coube ao **Capi**, meu amor, ensinar-me, pelo exemplo, a alegria na aquisição sem fim do conhecimento.

Tia **Cris**, pelo apoio em todas as suas formas.

A todos e aos meus anjos, vovô Venturini e vovô Maia (*in memoriam*), a gratidão por tornarem minha vida mais doce.

## RESUMO

Em decorrência dos movimentos organizados, a Constituição de 1988 previu uma série de direitos sociais em seu texto. Dentre eles, o Benefício de Prestação Continuada – BPC, no valor de um salário-mínimo aos idosos e deficientes que não tivessem condições de se manter ou serem mantidos por sua família, independentemente de qualquer contribuição ao Estado. A sua regulamentação, cinco anos depois, foi feita pela Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, que especificou os conceitos fundamentais, possibilitando a sua aplicação.

As definições de idoso, deficiente, família e insuficiência de meios já foram alteradas diversas vezes, não apenas pelo legislativo, como pelo executivo e pelo judiciário, este último com o pretexto de alinhamento, ou não, das especificações com outros princípios e disposições da Constituição e de outras leis que versam sobre a Assistência Social. O redesenho é sempre no sentido de abarcar mais destinatários do que os originalmente legitimados, ampliando as hipóteses de deferimento, de forma que o quantitativo de beneficiários cresceu 12 vezes de 1996 a 2014.

O Judiciário, aproveitando a crise pela qual os Poderes Legislativo e o Executivo têm passado, assumiu o protagonismo no cenário político nacional e, no caso específico, tem sido responsável direto por esse crescimento. Ao analisar caso a caso as ações individuais, de forma complacente e sem observar as consequências sistêmicas para a proteção social, foi, em 2014, motivador de 17% dos benefícios concedidos, apesar do prévio indeferimento administrativo dessas solicitações.

No entanto, sua participação no aumento do número de beneficiários vai muito além das concessões decorrentes de decisão judicial *stricto sensu*, pois ao reinterpretar a norma casuisticamente em milhares de processos acaba por desbalancear a política nacional, forçando os demais poderes a se adaptarem. Dessa forma, surgem normas a reboque da jurisprudência, sempre no intuito de resgatar um modelo sistemático e operacional que possa atender os cidadãos de forma isonômica.

Apesar da origem da demanda estar focada na busca pela igualdade, dado o limite dos recursos públicos disponíveis, o que se verifica é um prejuízo na agenda política e financeira do Estado e usurpação ilegítima do direito de escolha dos Poderes Legislativo e o Executivo, sem que sejam analisadas tecnicamente as possibilidades reais de execução das políticas de natureza programática, que exigem um planejamento econômico e social.

## ABSTRACT

Due to organized civil movements, the Brazilian Constitution of 1988 provided for a series of civil rights. Among them, the benefit of continuing provision of a minimum wage to the elderly and to the disabled that could not provide for themselves, or by their families, irrespective of any contribution from the State. The regulation of the Constitution, five years later, was carried out by the Organic Law on Social Assistance (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), which specified the fundamental concepts for its application.

The definition of the terms “elderly”, “disabled”, “family” and “insufficiency of means” have been changed several times in the legislation, not only by the Legislative Branch, but also by the Executive and the Judiciary – the latter, on the pretext of alignment, or not, with specifications regarding other principles and Constitutional dispositions as well as acts related to social assistance. The shift has always been in an attempt to broaden the scope of beneficiaries, which had an increase of 12 times from 1996 to 2014.

The Judicial Branch, taking chances after the crisis in which The Legislative and the Executive Branches have been immersed, has been in the center of the nation’s political scene and, therefore, can be held responsible for the above mentioned growth. By analyzing case by case of the individual actions – in a complacent way and disregarding the systemic consequences in regards to social protection – the Judiciary was, during the year of 2014, the primary driver of the 17% provided benefits, despite prior nonacceptance of administrative requests.

Nonetheless, the Judiciary’s participation in the growth of the number of beneficiaries goes far beyond the concessions resulting from *stricto sensu* decisions, as by casuistically reinterpreting the law in thousands of cases, it ultimately leads to an imbalance in politics, forcing the other two Branches to adapt. Thus, new laws emerge from that recent jurisprudence.

Although the demand comes from the quest for equality, given the limits of the available public resources, it ends up harming the State’s political and financial agenda. It also leads to the illegitimate usurpation of the right to rule of the Legislative and Executive Branches, as the real possibilities in policy implementation – especially the ones that are programmatic in nature – cannot be technically analyzed, despite they demand economic and social planning.

## Sumário

. Introdução.....	8
2. O Benefício de Prestação Continuada .....	10
2.1. A gênese do BPC na Assistência Social.....	10
2.2. Critérios da elegibilidade para o BPC.....	14
2.2.1. O critério da insuficiência de meios.....	14
2.2.2. O conceito de família .....	15
2.2.3. O critério da idade.....	16
2.2.4. O critério da deficiência .....	17
2.3. O BPC como meio para outros programas e ações.....	17
3. A judicialização do BPC.....	20
3.1 A ampliação da população elegível pelo Judiciário .....	20
3.1.1. Ampliação pela mudança do critério de insuficiência de meios .....	21
Gráfico 1. Linhas de elegibilidade do PBF e do BPC, out./2003 a dez./2014.....	23
3.1.2. Ampliação pela flexibilização do conceito de família .....	25
3.1.3. Ampliação pela mudança no cômputo da renda do idoso .....	25
3.1.4. Ampliação pela mudança no conceito de deficiência .....	26
3.1.5. O Executivo capitula.....	27
3.2. Evolução do número de beneficiários.....	28
Gráfico 2. Evolução dos beneficiários do BPC. Brasil, 1996-2014.....	29
Gráfico 3. Evolução das concessões do BPC. Brasil, 2004-2014.....	30
Gráfico 4. Evolução das concessões judiciais do BPC. Brasil, 2004-2014 .....	32
3.3. O gasto com o BPC.....	35
Gráfico 5. Evolução do gasto com o BPC. Brasil, 1996-2014.....	38
4. Reflexão à luz do Direito.....	40
4.1. A reserva do possível .....	40
4.2. A relação entre os poderes .....	41
4.3 Fortalecimento do Judiciário .....	42
4.3.1. A judicialização da política .....	43
4.3.2. O ativismo judicial .....	43
4.3.3 Sistema de freios e contrapesos.....	45
4.4 A imoderação do Judiciário.....	46

5. Conclusões.....	49
Referências bibliográficas .....	53



## Introdução

Colocando em perspectiva histórica as formas de raciocínio do Judiciário no Brasil, percebe-se que, ao se depararem com um conflito entre o que prescreve a lei, e o que acreditam ser a solução mais justa para o caso, os Juízes não hesitam em se respaldar nas técnicas interpretativas para redefinir as determinações legais e viabilizar o que entendem como adequado. No caso do Benefício de Prestação Continuada, BPC, tal postura estimulou a busca da via judicial para a reivindicação do benefício assistencial por cidadãos que não atendem, parcial ou integralmente, aos critérios de elegibilidade. Em 2013, depois de praticamente duas décadas de judicialização do BPC, o Supremo Tribunal Federal, STF, julgou que, para o deferimento, podem ser consideradas outras hipóteses além das legalmente previstas.

O BPC chegou ao STF por ser matéria constitucional. Extremamente analítica e com o objetivo de implementar uma agenda social audaciosa, a Constituição de 1988 disciplinou minuciosamente o direito social dos desamparados à assistência<sup>1</sup>, estipulando “*a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.*” (Brasil, 1988, art. 203, V). Apesar de consagrar o benefício e o seu correspondente valor como um direito de prestação em face ao Estado, o referido dispositivo não possui eficácia plena, tampouco é autoaplicável. Na tradicional classificação de José Afonso da Silva (1982), tem eficácia limitada, ou seja, depende de uma norma infraconstitucional para que possa produzir efeitos.

Assim, o próprio constituinte deu ao legislador ordinário o poder e o dever de estabelecer quais as melhores condições de implantar a política social no contexto nacional; e de definir os critérios para a concessão do benefício. Atendendo a isso, em 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social<sup>2</sup>, LOAS, criou o BPC, instrumento da Assistência Social que efetiva a garantia constitucional de um salário-mínimo para idosos e deficientes pobres, definindo os critérios de elegibilidade.

Ao regulamentar a Assistência Social o Congresso Nacional deve, obviamente, respeitar os princípios constitucionais. Porém, além desses, deve observar os objetivos que regem a organização da Seguridade Social. Entre esses, são particularmente relevantes, os da seletividade e distributividade<sup>3</sup>. Conforme ensina Wagner Balera:

*“Mediante a seletividade, o legislador é chamado a estimar aquele tipo de prestação que, em conjunto, concretize as finalidades da Ordem Social, a fim de fixar-lhes o rol na norma jurídica. Realizada a estimativa, a distributividade faculta a escolha, pelo legislador, de prestações que – sendo direito comum a todas as pessoas – contemplam de modo mais abrangente os que se encontram em maior estado de necessidade.”* (1999, p.20-21).

Como dito, esse juízo de conveniência e oportunidade não é ilimitado, deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e também deve respeitar a vontade do constituinte. Portanto, sujeita-se ao controle de constitucionalidade, realizado de forma difusa pelos diversos Tribunais; e de forma concentrada pelo STF.

Logo depois de promulgada a LOAS, a constitucionalidade dos critérios de elegibilidade para o BPC foi questionada pelo Procurador Geral da República, alegando a possível restrição do direito social, em desacordo com os princípios constitucionais. Mas a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada improcedente pelo STF: “*inexiste a restrição alegada em face*

*ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário-mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso” (Brasil, 1998, Ementa).*

Não obstante, o voto vencido do relator recomendava acolher parcialmente a ação. Em linha com o entendimento de que os critérios de elegibilidade definidos pela LOAS para o BPC não exaurem as possibilidades de comprovação da hipossuficiência, o relator ponderou: *“a questão que resta é a de saber se a hipótese prevista pela norma é a única suscetível de caracterizar a situação de incapacidade econômica da família do portador de deficiência ou do idoso inválido”* (Brasil, 1988, voto do relator, p. 4). Essa interpretação pode ser considerada o mote da judicialização do BPC.

Mais recentemente, em 2013, o STF reviu seu posicionamento e julgou inconstitucional o critério de renda do BPC, sem decretar sua nulidade. O critério continuou válido, mas deixou de ser o único para caracterizar a miserabilidade, que pode ser aferida através de outros meios, omitidos pela LOAS.

Em 2015, o legislador reparou o critério de renda do BPC, sem, contudo, solucionar o problema dos outros meios de comprovação da hipossuficiência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, seguindo o STF, deu nova redação ao artigo 20 da LOAS, estabelecendo que, para a concessão do BPC, *“poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.”* (Brasil, 2015, art. 105). Em março de 2016, contudo, ainda não havia novo regulamento sobre os outros elementos probatórios.

Neste trabalho, mediante o emprego de evidências documentais e estatísticas, busca-se demonstrar que o Judiciário, ao tratar do BPC, atuou como legislador positivo. Considerando casos isoladamente, desconsiderando o contexto das políticas sociais, utilizou manobras interpretativas para criar outras hipóteses de concessão, apesar da manutenção do dispositivo legal que deu efetividade ao comando constitucional, obrigando o legislador a adaptar as normas a reboque da jurisprudência.

## **2. O Benefício de Prestação Continuada**

### **2.1. A gênese do BPC na Assistência Social**

Na trajetória política e social do Brasil, a questão da pobreza foi sucessivamente negligenciada pelos governos, que não a incluíram na agenda, tampouco se organizaram para enfrentá-la de forma coordenada. A sociedade brasileira, por longas décadas, não reconheceu qualquer direito à renda ou garantia de um bem-estar mínimo e a proteção social evoluiu associada ao exercício do trabalho formal, inicialmente de categorias específicas. Não à toa, a Lei Eloy Chaves, de 1923, é comumente apontada como evento inaugural da proteção social, com o Estado determinando a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões, primeiro para os trabalhadores ferroviários, depois para outras categorias profissionais (Batich, 2004).

Antes de 1988, o amparo aos pobres e indigentes não integrados ao mercado de trabalho era realizado preponderantemente por ações filantrópicas e caritativas de iniciativa privada, individual, paternalista e clientelista. Na esfera política, a assistência mantinha tais características, e por ser frequentemente tocada pelas esposas dos políticos, deu azo ao fenômeno conhecido como “primeiro-damismo”. A ajuda era ainda marcada pela preferência aos pobres mercedores, assim definidos pela hegemônica moral cristã. Como apontam Campos *et al.* (2007), essa matriz dificultou o reconhecimento social da responsabilidade do Estado pelo atendimento à população carente.

Segundo Fagnani (2005), apenas no final do século passado, após uma crise progressiva no mercado de trabalho que levou a escassez de oportunidades e renda associada ao aumento do desemprego e informalidade, os movimentos sociais organizados lograram incluir na agenda nacional o enfrentamento da pobreza. Na década de 1980 foram muitas as discussões e reflexões acerca dos possíveis contornos da concepção e implantação da assistência social (cf. Sposati *et al.*, 1985).

Seguindo a narrativa comum, tal mobilização se refletiu na inclusão de uma série de princípios e direitos sociais na Constituição Federal de 1988. Esta estabeleceu como fundamentos da República a dignidade do ser humano, a cidadania, o pluralismo político, a democracia, a soberania e o valor do trabalho e da livre iniciativa. Como meta, previu a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, mencionando expressamente a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais (Brasil, 1988).

Sob a nova ótica constitucional, não havia como conceber a democracia contemporânea sem a plena integração, na proteção social, da expressiva parcela da população que se encontrava marginalizada, fora do mercado, ou em relações de trabalho informais. Iniciava-se uma nova fase, com reconhecimento da Assistência Social como política de garantia de direitos sociais, e responsabilização do Estado pelo combate à pobreza. Foi instituído um novo quadro de organização das políticas sociais para enfrentar diretamente as carências dos vulneráveis e a própria destituição de direitos e não apenas por meio do financiamento voltado ao apoio das entidades privadas mediante a instituição de subsídios e isenções.

Hoje a Assistência Social constitui, com as políticas previdenciárias e de saúde, um sistema formado por ações positivas do Estado voltadas para a consolidação de uma democracia substantiva. Integra os três pilares da Seguridade Social, que se consubstancia em ações governamentais desenvolvidas em conjunto e por meio de programas que proporcionem, de

forma equânime e justa, a garantia de direitos e condições dignas de vida ao cidadão. Mas se diferencia, pois a Assistência Social é não contributiva, e se realiza também através de ações de iniciativa pública e da sociedade.

A intenção do constituinte foi no sentido de prover assistência não sob o enfoque do necessitado, mas do direito a ter uma demanda legítima atendida, possibilitando a inclusão social daqueles que diante da ausência de uma política pública não teriam poder de consumo para adquirir no mercado as demandas sociais individuais e de seus dependentes, sem que isso se configure uma licença poética para a obtenção de favores. O Estado através desta obrigação constitucional assumiu a responsabilidade pela regulação, coordenação e oferta de direitos sociais, assim a proteção social se tornou mais efetiva, sem riscos de descontinuidade ou fragmentação.

A Carta de 88 buscou reduzir vulnerabilidades e incertezas, impondo ao legislador o dever constitucional de enfrentar as desigualdades na busca pela melhoria das condições de vida dos brasileiros. Estabilizou o desejo da sociedade brasileira de universalizar a proteção social, o que teve consequências normativas, organizacionais, técnicas e políticas na Assistência Social.

No entanto, não se pode esquecer que a garantia de um mínimo existencial deve ser adequada às necessidades reais da sociedade em um momento da história e de seu desenvolvimento: é preciso encontrar o ponto de equilíbrio para a consecução dos objetivos sociais. Boschetti (2006) afirma que a Assistência Social deve ser tratada com realismo e bom senso: a universalidade deve ser tratada com sobriedade, a fim de se definir racionalmente quais os cidadãos que se enquadram na condição de necessitado.

Além da identificação dos usuários, para atender o comando constitucional foi necessário definir como a tutela estatal seria prestada. O caminho escolhido direcionou o foco para a garantia da renda, com a ampliação tanto da cobertura como no valor dos benefícios, levando à consequente inclusão paulatina de novos segmentos sociais por meio da estruturação de um sistema distributivo, que além de reduzir a pobreza e a desigualdade social age preventivamente face a outras hipóteses de vulnerabilidade (cf. Mesquita *et al.*, 2015).

Constatou-se que, independentemente dos caminhos escolhidos para o enfrentamento da questão, é indissociável a relação entre pobreza e inserção no mercado de trabalho, uma vez que o emprego assume protagonismo nas sociedades capitalistas sendo determinante para o conforto dos indivíduos e de suas famílias. A falta de renda impossibilita um nível digno de bem-estar via consumo, e vem acompanhada da insegurança decorrente da falta de acesso e condições de trabalho especialmente nos casos de doença, velhice ou invalidez (Castro e Ribeiro, 2009).

Por tudo isso, a sociedade brasileira inscreveu na Constituição, no âmbito da Assistência Social, um dos pilares da Seguridade Social, uma garantia de renda na forma do benefício de um salário-mínimo para os titulares da proteção constitucional contra o desamparo: idosos e deficientes que comprovem carência. Todavia, a execução da Assistência Social como política pública de garantia de direitos sociais somente ocorreu após mais cinco anos de debate, negociação e articulação para a regulamentação infraconstitucional dos novos comandos, processo que culminou com a edição da LOAS (Brasil, 1993), e instituiu o BPC em dezembro de 1993.

Antes do BPC e da Constituição de 1988, ressalte-se, havia a Renda Mensal Vitalícia, RMV, criada em 1974 como benefício previdenciário. A RMV, como o BPC, se destinava a idosos e

pessoas incapacitadas para o trabalho. Embora de natureza essencialmente não contributiva, ao contrário do BPC, a RMV exigia prévia contribuição ou trabalho:

*“Os maiores de 70 (setenta) anos de idade e os inválidos, definitivamente incapacitados para o trabalho, que, num ou noutro caso, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixada no artigo 2º, não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, passam a ser amparados pela Previdência Social, urbana ou rural, conforme o caso, desde que: I - Tenham sido filiados ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por 12 (doze) meses, consecutivos ou não, vindo a perder a qualidade de segurado; ou II - Tenham exercido atividade remunerada atualmente incluída no regime do INPS ou do FUNRURAL, mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por 5 (cinco) anos, consecutivos ou não; ou ainda III - Tenham ingressado no regime do INPS após completar 60 (sessenta) anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.”* (Brasil, 1974, art. 1)

A RMV foi extinta em janeiro de 1996, quando começou a concessão do BPC, mas continua sendo paga para os beneficiários sobreviventes, em número cada vez menor.

Os benefícios previdenciários e de prestação continuada, previstos no texto constitucional, consolidam a parte da proteção conferida pela Seguridade Social baseada em transferências de renda para os que não podem trabalhar, permanente ou temporariamente – os idosos, por normatividade e pela perda progressiva da capacidade laboral, e as pessoas com deficiências impeditivas. Se diferenciam, no entanto, uma vez que a previdência social é contributiva e destinada a retribuir os trabalhadores formais, e seus dependentes, quando estão justificadamente fora do mercado, enquanto o Benefício de Prestação Continuada é assistencial, não contributivo e busca amparar a pobreza.

No entanto, não se pode perder de vista que, apesar da Assistência Social ter entre as suas ofertas benefícios monetários<sup>4</sup> voltados para aqueles em situação de pobreza, ela não se restringe a isso. A Assistência também opera a parte da Seguridade Social que oferece serviços no intuito de garantir direitos e enfrentar situações de vulnerabilidade que podem atingir qualquer cidadão, da dissolução anomia de vínculos familiares à drogadição.

Desde a Constituição, lentamente, o modelo assistencialista foi sendo transformado, culminando na instituição do Sistema Único de Assistência Social, SUAS, aprovado pelo Conselho Nacional da Assistência Social em 2005. Segundo Tavares (2009), o SUAS concilia o modo de operar com o modo de financiar a Assistência Social. Os serviços da proteção social básica e especial são descentralizados e ofertados precipuamente no Centro de Referência de Assistência Social, CRAS, e no Centro de Referência Especializado de Assistência Social, CREAS. Após um período de consolidação e alterações na LOAS (Brasil, 2011a), o sistema ganhou enorme capilaridade. Em 2015, o SUAS possuía uma rede de 8.192 CRAS e 2.400 CREAS<sup>5</sup>. Desta forma, o SUAS hoje é mais acessível para a população de baixa renda que as agências do INSS. Atualmente, a orientação para os que pretendem requerer um BPC é procurar o CRAS mais próximo para dar início ao processo.

A concepção e implantação efetiva de políticas sociais encontra uma série de questões que devem ser enfrentadas a fim de que se possa efetivar um diagnóstico fidedigno e então alcançar o fim pretendido pela norma: o bem-estar social. Não se pode deixar de enfrentar as desigualdades socioeconômicas regionais e em um país com a dimensão continental como o

Brasil é imprescindível compreender a natureza cada vez mais complexa e problemática do ambiente urbano ou rural no qual o destinatário se encontra (Jaccoud, 2009).

## **2.2. Critérios da elegibilidade para o BPC**

A LOAS regulamentou os critérios de elegibilidade para o BPC, seguindo a Constituição que definiu seu valor em um salário-mínimo; e o restringiu aos idosos e às pessoas com deficiência. Para operar o BPC, a LOAS especificou melhor alguns conceitos fundamentais, como o que define alguém como idoso ou deficiente, o que é insuficiência de meios e como comprová-la, e quem faz parte da família. A judicialização do BPC, ver-se-á, gira em torno do alinhamento ou não dessas especificações com outros princípios e disposições da Constituição e de outras leis que versam sobre a Assistência Social.

### **2.2.1. O critério da insuficiência de meios**

O BPC foi definido constitucionalmente como um direito social, assim o Estado deve garanti-lo a todos aqueles que preencham os requisitos. No entanto, por ser um benefício no valor de um salário-mínimo, um valor elevado, principalmente se comparado ao valor médio pago por outros programas assistenciais, o acesso é restrito aos pobres.

Em suas várias definições, a pobreza está associada à privação de necessidades e carência de bens e serviços que impedem a garantia de um bem-estar mínimo. Mas esse é o ponto de difícil caracterização: como definir o que é um padrão mínimo de bem-estar e conforto? A pobreza assume um caráter relativo, uma vez que o contexto social e econômico é elemento-chave para definir o que é, em cada época, socialmente inaceitável.

Por exemplo, uma família rural típica pode ter renda monetária menor que as urbanas, porém estar em situação relativamente melhor, eventualmente com uma dieta mais saudável, se tiver uma pequena produção para o autoconsumo. Contudo, em outros aspectos, a residência em área rural pode dificultar o acesso a serviços de saúde e educação. Também, no interior do Nordeste o custo de vida é mais baixo do que, por exemplo, em Brasília, o que pode fazer com que a renda da família seja mais que suficiente lá, ainda que insuficiente cá. Poder-se-ia, contudo, julgar mais pobre a família nordestina, ao se constatar que reside em casa de pau-a-pique com chão de terra batida, sem água e sem saneamento, enquanto a família de Brasília tem residência em condições bem melhores.

Uma série interminável de fatores socioeconômicos poderia ser considerada para caracterizar a insuficiência de meios. Diante disso, de todos os conceitos necessários para operar o BPC, o de mais difícil caracterização é a pobreza. O próprio campo da mensuração da pobreza oferece uma enorme variedade de abordagens, nem sempre com resultados congruentes. Os especialistas empregam diversos métodos para caracterizá-la e mensurá-la. As opções vão desde a estimação do valor necessário para comprar uma cesta mínima de produtos e serviços a partir de pesquisas empíricas, até a definição política de um valor de renda (Soares, 2009; Osorio, Soares e Souza, 2011).

A definição política de um valor foi o critério escolhido pelo legislador para o BPC e consagrado na LOAS: “*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*” (Brasil, 1993, art. 20, § 3º). O uso da renda como indicador e o estabelecimento de uma linha

de pobreza monetária convêm ao legislador e ao gestor, que devem tratar a questão de forma sistemática para evitar incongruências e tratamento não isonômico. O critério renda facilita a operacionalização dos programas a partir de uma base determinada objetiva que permite identificar o público destinatário da ação governamental.

Além disso, se pressupõe que a renda suficiente garante as várias dimensões de bem-estar, com respeito à escolha individual das prioridades, valor inerente à dignidade do ser humano que deve ter o direito de definir a sua forma de vida – pois a Constituição valoriza a livre iniciativa. Essa opção se insere no marco teórico das capacidades humanas proposto por Amartya Sen. Comentando a obra do economista e filósofo, Pinheiro lembra que *“um país é tanto mais desenvolvido quanto mais se promove a expansão do horizonte de liberdade dos seus cidadãos. Assim, a análise de Sen. volta-se para o que devem ser os verdadeiros fins do desenvolvimento: as próprias pessoas.”* (2012). Também, nos termos do desenvolvimento humano, nas sociedades contemporâneas, uma pessoa com renda suficiente está em melhores condições para levar tão livremente quanto possível a vida segundo o estilo e os costumes aos quais dá valor.

O salário-mínimo é o valor mais baixo que pode ser pago a um trabalhador formalmente empregado. É, portanto, o menor valor pelo qual uma pessoa deveria vender a sua força de trabalho. Existente na maioria dos países, foi instituído para garantir condições mínimas de vida aos trabalhadores, prevenindo a pobreza. O salário-mínimo foi introduzido na legislação brasileira em 1936, e a constituição de 1988 o definiu como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais: *“salário-mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”* (Brasil, 1988, art. 7, IV).

Em tese, o salário-mínimo brasileiro deveria ser suficiente para manter fora da pobreza, em condições normais, uma família de quatro pessoas. Quatro pessoas era, aproximadamente o tamanho médio de uma família em 1988; e é o tamanho de uma representação ideal bastante difundida da família nuclear, composta por um casal heterossexual e dois filhos. Por este ângulo, o salário-mínimo tem uma linha de pobreza implícita,  $\frac{1}{4}$  de salário-mínimo *per capita*, que foi adotada para definir a elegibilidade para o BPC<sup>6</sup>.

### **2.2.2. O conceito de família**

Nos sistemas de proteção social existentes no mundo, há diferentes níveis de reconhecimento do papel do Estado, das famílias e do mercado na busca e alcance do bem-estar. A Constituição Federal de 1988, além da dimensão voltada ao acesso a direitos, trouxe fortalecimento do papel das famílias como pilar dessa proteção. A família funciona como a base da socialização, apta a proteger seus membros mediante a superação de vulnerabilidades e com a responsabilidade de garantir autonomia, convívio e rendimentos (Miotto, 2000).

A definição de quem faz parte da família do requerente é um dos aspectos polêmicos do BPC, e tem implicações diretas na distribuição de renda (Medeiros, 2009a, 2009b). No que toca ao BPC, a Constituição vê a família tanto legalmente como responsável pelo idoso ou deficiente devido aos laços de parentesco, quanto como unidade econômica que provê o sustento de seus membros. Desta forma, uma questão que deve ser enfrentada ao se analisar o Benefício de Prestação Continuada é o conceito de família, que por ser utilizado para calcular a renda *per capita* define o consequente enquadramento ou não do requerente no conceito de pobreza.

Em uma análise sociológica a família não se limita ao grupo domiciliar, uma vez que os laços familiares não encontram limitações físicas, extrapolando a cidade e até o país. Sob este enfoque, família é definida por graus de ascendência e descendência sanguínea, por casamento e adoção. No entanto, para operacionalizar as pesquisas e estatísticas que subsidiam as tomadas de decisão para a formulação das políticas públicas, o conceito de família para aferição de renda e responsabilidades se relaciona com o grupo domiciliar (Medeiros e Osorio, 2001). O conceito tradicionalmente utilizado para se definir rendimento mensal domiciliar per capita no Brasil é o do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE que considera todo o grupo doméstico, com exceção dos pensionistas, empregados domésticos e seus familiares.

Tal definição nunca se aplicou ao Benefício de Prestação Continuada que originariamente definiu família como a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes. Em 1998, optou-se por importar o conceito de família da legislação previdenciária: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido, os pais e o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido. Embora tal decisão possa ter simplificado a operação do BPC, integrada aos sistemas da Previdência Social, causa problemas distributivos ao empregar uma forma de definir a pobreza que não é a mesma dos estudos sobre o tema (Medeiros, 2009b).

Em 2011, a lei foi novamente alterada para definir que a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto (Brasil, 2011a). Isto aproximou o conceito de família do BPC ao empregado nos estudos de pobreza, mas diferenças substantivas persistem. Uma delas é o fato de que os irmãos, filhos e enteados só são contados se solteiros, assim existe a possibilidade de famílias conviventes, ou seja, famílias estendidas, compostas por mais de uma família nuclear. Outra é que corresidentes em outras relações de parentesco com o requerente que não as da lei não são parte da família BPC. Assim, dependendo de quem for o requerente, uma mesma família para os estudos de pobreza pode ter várias famílias BPC, sendo inclusive possível que dois beneficiários pertençam ao mesmo grupo doméstico, mas suas famílias BPC sejam totalmente distintas.

### **2.2.3. O critério da idade**

O Estatuto do Idoso é o instrumento legal que visa tutelar de modo específico os anciãos, com o estabelecimento de direitos e medida de proteção para essa categoria de pessoas. O critério cronológico foi o eleito pelo legislador que no artigo primeiro da lei prevê ser idosa a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (Brasil, 2003). No entanto, nem todos os direitos são garantidos a essa faixa etária. No mesmo diploma legal há a previsão de que o BPC só seja concedido a idosos com idade igual ou superior a 65 anos. Esse é o critério que prevalece hoje, apesar de iniciativas na doutrina, jurisprudência e no legislativo visando a extensão do benefício para todos os idosos, isto é, a partir dos 60 anos.

Insta ressaltar que a idade para receber o BPC era maior. Na redação original da LOAS, para receber o BPC – a exemplo da RMV que o antecederia – era necessário ter 70 anos ou mais. Em 1998, a idade para o BPC foi reduzida para 67 anos<sup>7</sup>. Foi o Estatuto do Idoso, em 2003, que a redefiniu para 65 anos.



#### **2.2.4. O critério da deficiência**

Na Constituinte, o anteprojeto da Comissão da Ordem Social não previu em seu esboço inicial qualquer garantia de renda ao deficiente, a omissão foi revertida em função da Emenda Popular 77, que pleiteou a inclusão do auxílio no valor de um salário-mínimo às pessoas com deficiência que não tivessem condições de se sustentar. Assinada por mais de 48 mil cidadãos, foi fruto de importante mobilização social, que teve sucesso em incluir as pessoas com deficiência no BPC, originalmente concebido para os idosos.

A LOAS exigia uma definição mais precisa da deficiência para operar o BPC, algo de que o Executivo também ressentia para providenciar serviços universais ou específicos que a considerem. Inicialmente, se definiu a pessoa com deficiência como *“aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”* (Brasil, 1995, art. 2).

Em 2007 a definição foi atualizada para seguir a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas. Novo decreto definiu que a pessoa com deficiência é aquela *“cuja deficiência a incapacita para a vida independente e para o trabalho”*. A CDPD reconhece em seu preâmbulo que *“a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”* (ONU, 2007).

Assim, hoje se considera que a deficiência não decorre apenas das limitações corporais/lesão, pois se correlaciona à dificuldade encontrada na relação das pessoas que têm alguma provação com o meio físico e institucional, construído para uma maioria excludente. A dignidade humana vale para todos, não pode excluir os que necessitam de algum tipo de adaptação. É necessário buscar mecanismos para atender a diversidade de pessoas que integram a coletividade, respeitando-se as necessidades especiais de alguns, que podem se dar por insuficiência ou ausência do funcionamento de um órgão ou de uma função psíquica (Coutinho, 2009).

#### **2.3. O BPC como meio para outros programas e ações**

A consciência da responsabilidade Estatal não apenas em relação ao poder de consumo, como também em demandas específicas de cada indivíduo, associada à evolução no conceito de incapacidade e o reconhecimento de que as pessoas portadoras de necessidades especiais não deixam de ser produtivas, apesar de serem impedidas de participar plena e efetivamente na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, fez com que se reconhecesse a necessidade de avançar além de programas focados na garantia da renda para oferecer uma série de serviços voltados para a inserção no mercado de trabalho.

Assim, o benefício de prestação continuada, inicialmente focado exclusivamente para a garantia de renda, tem sido associado a outros programas destinados para pessoas com deficiência, levando à consequente descaracterização de simples compensação pela impossibilidade de integração no mercado de trabalho, se revestindo de um escopo assistencial mais amplo e complexo

Nesse contexto, em 2007 foi instituído o Programa de Acompanhamento e Monitoramento do Acesso e Permanência na Escola<sup>8</sup>, para crianças e adolescentes destinatários do BPC – BPC na Escola. A atuação do programa depende da adesão dos municípios. Sucessivamente e visando expandir ainda mais o leque de proteção e assistência ao deficiente pobre, no ano de 2010 foram feitas experiências pilotos voltadas para a qualificação profissional e inserção no mercado das pessoas com deficiência beneficiárias do BPC.

Em 2011 o Governo Federal lançou o Plano Viver Sem Limite, com a finalidade de desenvolver ações voltadas para pessoas com deficiência. O papel do Ministério do Desenvolvimento Social está associado à educação, com o BPC na Escola, e também à inclusão social, responsabilizando-se pela implantação de residências inclusivas, centros-dia para acompanhamento diurno. O sucesso da iniciativa, dentro do eixo de inclusão social do Plano Viver sem Limite, institucionalizou também o BPC Trabalho em 2012, apesar da inserção dos beneficiários do BPC em ações de emprego e qualificação profissional ser de aparentemente contraditória com a concepção original do Benefício de Prestação Continuada – voltado àqueles que presumidamente incapazes para o trabalho.

O mérito da ação está mais na oportunidade oferecida e na integração com os gestores locais do que numa efetiva inserção no mercado de trabalho nacional, que também depende de fatores exógenos complexos que vão além da governança do programa e do próprio Estado. O fortalecimento da relação entre usuários e agentes assistenciais foi um resultado positivo imediato do programa, dado o grande interesse dos beneficiários e familiares no encaminhamento para cursos de qualificação, com a possibilidade de um acompanhamento assistencial mais humano e individualizado do que a pura e simples transferência de renda.

A inserção dos deficientes no mercado de trabalho pode ser analisada por dois ângulos. De um lado sob a premissa de que a falta de formação desse público resulta na sua exclusão do mercado, por falta de qualificação, o que poderia, em tese, ser contornado pelo programa. Por outro lado, não se pode deixar de analisar a questão pelo lado da demanda por trabalho, num contexto nacional marcado pela informalidade e presença de pessoas de baixa renda em ocupações precárias.

Desta forma, não se pretende incentivar qualquer ocupação, com o pretexto de reforço da cidadania e senso de pertencimento, sob pena de se ter um efeito contrário com intensificação da condição de vulnerabilidade. Objetiva-se garantir inclusão no mercado formal de trabalho, com garantias de todos os direitos trabalhistas e sociais, sem, no entanto, desconsiderar que o empregador também deve ter incentivos para adaptar a empresa não apenas ao novo perfil do empregado, mas também às novas necessidades associadas à mobilidade.

Além disso, deve-se estar atento para que essa política de integração das ações sociais não guie para uma interpretação reducionista das políticas de garantia de renda e da sua real finalidade e impacto na proteção social. Pior ainda é associar pejorativamente os serviços aos beneficiários, como uma condição, as vezes até punitiva, para a percepção do benefício monetário, em vez de uma oportunidade de melhora no nível de bem-estar das populações envolvidas.

Registre-se, ainda, que o desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não-remuneradas de habilitação e reabilitação, dentre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência, mas que o benefício cessa em caso de ingresso no mercado de trabalho, o que não impede nova

concessão se o beneficiário perder o emprego por qualquer razão, desde que preenchidos os requisitos legais.

### **3. A judicialização do BPC**

Apesar de competir à Lei Orgânica da Assistência Social, LOAS, regulamentar os critérios de elegibilidade para o BPC definindo conceitos – idade, deficiência, família, insuficiência de meios –, desde a sua promulgação, inúmeras são as ações judiciais que buscam afastar a regra legal, com base em preceitos principiológicos, frequentemente alegando que os critérios afrontam de alguma forma a “dignidade da pessoa humana”, apontando falha no dever de concretização da norma constitucional pelo legislador ordinário. Também é comum a alegação de que o país mudou em vários sentidos, inclusive na adoção de outros programas e ações que trazem novos paradigmas.

A aplicação efetiva de um programa social inevitavelmente traz questões que não estavam previstas na concepção original, com um certo afastamento do objetivo e da sua concepção inicial. Uma dificuldade encontrada no ciclo das políticas públicas na área social é a obtenção de informações de ordem qualitativa aptas a possibilitar a avaliação dos seus resultados sobre as condições de vida de seus destinatários para eventual ajuste. Não há uma avaliação sistemática do BPC ou de seus critérios que busque responder em que medida, dado o contexto do país, ele atende às disposições constitucionais.

As políticas assistenciais no Brasil ainda estão em construção, portanto, necessitam de aprimoramentos e de uma efetiva consolidação, além da imaturidade quanto ao processo de estruturação de instituições participativas e de constituição de um sistema nacional e integrado de controle social. Uma série de fatores, como o direito às escolhas individuais e a variedade de culturas vivenciadas no extenso território nacional, dificultam o tratamento homogêneo e uma receita objetivamente aplicada aos beneficiários.

Como já tratado, a consolidação do sistema de proteção social em torno de direitos e da família, deve garantir autonomia aos indivíduos para perseguirem seus objetivos e valores, sem manipulações e opressões, de forma que se apresenta como grande desafio a identificação da vulnerabilidade e dos riscos específicos daqueles que necessitam de uma política assistencial a fim de fornecer meios e produtos para garantir a superação da pobreza, sem que se atue de forma disciplinadora sobre essas pessoas.

#### **3.1 A ampliação da população elegível pelo Judiciário**

O BPC foi idealizado para atender idosos e deficientes expandindo a cobertura da Renda Mensal Vitalícia para quem nunca havia contribuído para a previdência. Inicialmente, restringiu o público-alvo pelos critérios da LOAS de 1993: renda abaixo de  $\frac{1}{4}$  de salário-mínimo *per capita* da família nuclear do requerente, ao menos 70 anos de idade, ou deficiência que causasse incapacidade permanente (irreversibilidade da lesão). No entanto, as instituições – administrativas, jurídicas e políticas – têm redesenhado as diretrizes originais do BPC, sempre de forma a abarcar mais destinatários do que os originalmente legitimados, ampliando as hipóteses de deferimento do benefício.

### 3.1.1. Ampliação pela mudança do critério de insuficiência de meios

No caso da insuficiência de meios indicada pela renda familiar *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  de salário-mínimo, a judicialização teve um papel fundamental no caminho que levou ao estabelecimento de um novo critério pelo Congresso (Brasil, 2015), uma expressão do entendimento recente da questão pelo STF.

Em 1998, em função da proposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>9</sup>, o Supremo Tribunal Federal, STF, pôde analisar o critério objetivo de renda familiar de até  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo *per capita* para caracterização da insuficiência de meios. Na época, o STF considerou a lei constitucional e firmou o entendimento de que cabe à esfera política estabelecer os critérios de elegibilidade para a concessão do Benefício de Prestação Continuada (Brasil, 1998). Mas não havia ainda a Súmula Vinculante, e a questão continuou sendo discutida nas instâncias inferiores. Inúmeras decisões foram proferidas pelos magistrados de primeira e segunda instâncias, contrariando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o critério renda não era exclusivo, sendo possível averiguar a condição de necessidade por meio de outros elementos socioeconômicos.

Diante deste quadro e pelo fato da eficácia *erga omnes* da decisão do STF após pronunciamento sobre a constitucionalidade da lei em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Instituto Nacional do Seguro Social, INSS, ajuizou uma série de Reclamações no STF visando a garantir a autoridade de sua decisão. Ao enfrentar novamente a questão em 2004, o STF reafirmou<sup>10</sup> a validade do critério de renda familiar de até um quarto do salário-mínimo *per capita*, julgado constitucional em 1998.

O cenário estava aparentemente consolidado a favor da LOAS, ao ponto da Turma Nacional de Uniformização, que funciona junto ao Conselho da Justiça Federal, e é o órgão julgador máximo no sistema dos Juizados Especiais Federais, no ano de 2006, cancelar a súmula 11 que previa que “*a renda mensal per capita familiar superior a  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3o, da Lei n. 8.742, de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante*”.

Entretanto, a medida extrema não foi suficiente para pacificar nos Juizados Especiais Federais o entendimento de que a renda familiar *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo é requisito obrigatório para a concessão do benefício. Não houve freio a novas concessões judiciais fundamentadas em outros critérios de miserabilidade. Além disso, surgiu o argumento de que legislações posteriores trouxeram como referência para a concessão de benefícios assistenciais o critério de meio salário-mínimo per capita, o qual passou a ser utilizado pelos magistrados como nova referência para a concessão do BPC, sob o argumento da isonomia. (Diniz, 2010).

A discussão mais uma vez foi levada ao STF, que em 2013 reviu o seu posicionamento, reconheceu a não exclusividade do critério objetivo de renda da LOAS e autorizou a possibilidade de se considerar outros elementos para aferir a condição social do idoso ou deficiente, sem, no entanto, declarar a inconstitucionalidade da Lei que previu o critério de  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo, a qual permanece em vigor. O ministro Marco Aurélio de Melo, em seu voto, afirmou:

*“Em síntese, consigno que, sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevalentes os ditames constitucionais”* (Brasil, 2013).

Assim, ao menos, o STF não declarou a nulidade do valor previsto na lei, mas permitiu que outros parâmetros passassem a ser considerados na aferição concreta da condição de miserabilidade do requerente.

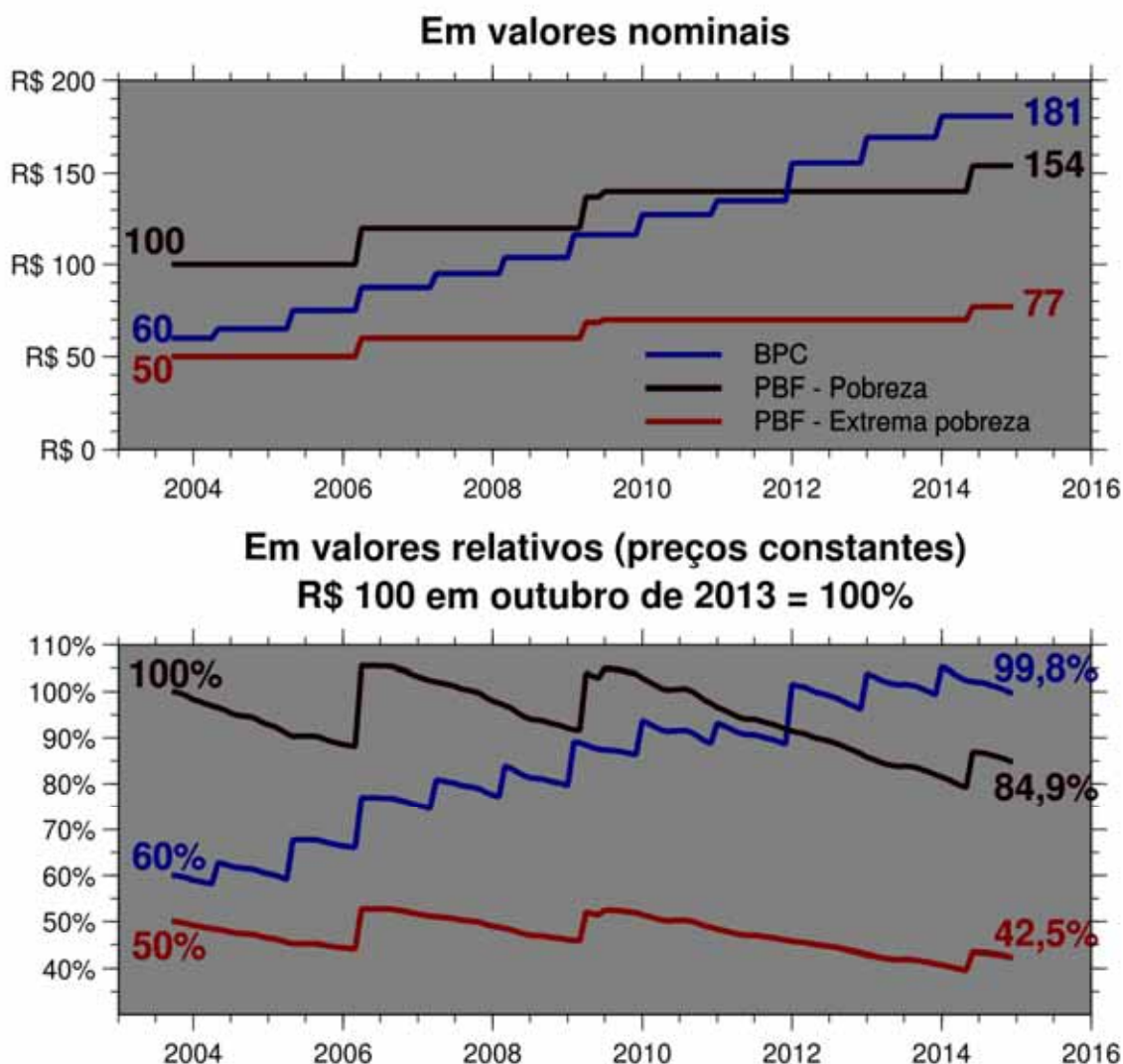
Um ponto comum nas argumentações que questionaram o critério de caracterização da insuficiência de meios seria o de que a linha de pobreza seria, na verdade, meio salário-mínimo. Este é um valor usado em muitos trabalhos sobre a pobreza no Brasil, embora nunca tenha sido proposto como linha oficial de pobreza. Uma das teses que sustentou a revisão do entendimento da Suprema Corte foi justamente a existência de novos benefícios, criados depois da LOAS, que tinham como referência o valor equivalente ao de meio salário-mínimo (da época) para a sua concessão.

No entendimento do relator, Ministro Gilmar Mendes, normas assistenciais posteriores com novo parâmetro refletiriam a desatualização do critério de renda familiar de até ¼ do salário-mínimo da LOAS: *“...a criação do Bolsa Família, outros programas de ações de transferência da renda do governo foram unificados, Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à educação, Bolsa Escola, Programa Nacional de Acesso a Alimentação, Programa Nacional de Renda Mínima, todos esses agora com o critério de meio salário-mínimo...”* (Brasil, 2013). O Advogado Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, pediu a palavra para tentar afastar o equívoco: *“Só esclarecendo um fato à Corte. Os benefícios todos citados que foram referidos, eles estão absorvidos, hoje, no Bolsa Família, que corresponde a R\$ 140,00 (cento e quarenta reais), e não meio salário-mínimo”*.

Registre-se que o BPC foi idealizado àqueles presumidamente incapazes para a vida independente e para o trabalho, que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção. Hoje a transferência de renda associada à política de valorização do salário-mínimo reduz a condição de vida na pobreza àqueles que não conseguem desenvolver atividades laborativas remuneradas, com uma clara associação da pobreza e vulnerabilidade a baixos rendimentos no trabalho. Assim, a pobreza está associada hoje a uma renda insuficiente para garantir um nível de bem-estar aos economicamente dependentes do trabalhador no contexto social – inclusive regional e cultural – no qual a família está inserida.

Por outro lado, a extrema pobreza se associa à desvinculação ao mercado de trabalho, a miséria é identificada naqueles capazes para a vida independente – em condições de trabalho e em idade ativa –, mas sem emprego. A baixa escolaridade, mais presente entre adultos que entre jovens, dificulta de sobremaneira o desenvolvimento de atividades assalariadas. Daí a importância de programas que busquem de forma sistematizada a qualificação dos mais necessitados, a fim de combater o desemprego involuntário e reorganizar a oferta de trabalho e interromper esse ciclo familiar de miséria e falta de oportunidades.

**Gráfico 1. Linhas de elegibilidade do PBF e do BPC, out./2003 a dez./2014**



Fontes: Linhas de elegibilidade do PBF, Osorio e Soares (2014); salário-mínimo, Ministério do Trabalho e Previdência Social; deflação pelo INPC do IBGE.

As transferências sociais são definidas politicamente, mas também conforme as limitações orçamentárias e, exceto no caso do BPC, vinculado ao mínimo, são traçadas com referências absolutas. Assim, por opção do constituinte, o benefício que visa garantir renda ao idoso e deficiente que não tenham condições de se inserir no mercado de trabalho, é o único programa federal que tem uma regra definida de reajuste do critério de elegibilidade e do valor do benefício.

Quando o Programa Bolsa Família - PBF, foi criado, a linha de elegibilidade para os benefícios variáveis foi definida em R\$ 100, que era meio salário-mínimo no início de 2003. Também, o corte para a extrema pobreza do PBF, que dava acesso ao benefício básico, era R\$ 50,  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo no início de 2003. Mas em outubro, quando o PBF foi lançado, o salário-

mínimo já havia sido reajustado para R\$ 240,00. Seria mais apropriado comparar o critério de elegibilidade para o BPC com o critério de elegibilidade para a pobreza extrema do PBF, pois este foi criado tendo por referência  $\frac{1}{4}$  de salário-mínimo, e é nesta situação que se encontra a esmagadora maioria dos beneficiários (Osorio, Soares e Souza, 2011).

Os valores de elegibilidade para o PBF não foram vinculados ao salário-mínimo, como o critério da LOAS. O salário-mínimo cresceu mais do que a inflação e apenas o BPC o tem expressamente como referência de valor de pagamento, por determinação constitucional, e por isso é corrigido automaticamente. Os demais benefícios apenas foram reajustados eventualmente, e mesmo sem a reposição integral da depreciação pela inflação. Assim, a linha de pobreza para acessar o BPC é hoje mais elevada que a do PBF (Gráfico 1). Com a correção pelo INPC, seu poder de compra em dezembro de 2014 era praticamente o mesmo que o da linha de corte inicial da pobreza no PBF.

Com isso, graças à política de valorização real do salário-mínimo, o BPC é o benefício que tem tido a maior valorização e reajuste, em um arcabouço normativo sem uma linha oficial de pobreza que oriente a definição dos programas assistenciais no Brasil (Gráfico 1). Acrescente-se que o valor do BPC é bem superior ao valor médio do PBF. Em 2013, a transferência média por beneficiário do PBF era de R\$ 40,00, quase o dobro que o valor real de 2004, o maior valor da série histórica do programa (Osorio e Soares, 2014), enquanto o salário-mínimo pago a cada beneficiário do BPC era R\$ 678,00, 17 vezes maior.

Assim, apesar de terem sido criados com uma linha maior, a partir de 2012 a linha de acesso ao BPC se tornou mais elevada que a dos demais benefícios que foram utilizados para confrontar o seu critério e fundamentaram o acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido em 2013, o que contraria a própria lógica argumentativa da decisão. Ressalte-se que, quando o PBF se tornou realidade, em 2004, suas linhas de elegibilidade já eram inferiores a  $\frac{1}{2}$  e  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo em valores reais.

Durante o julgamento, o INSS apresentou dados do Ministério do Desenvolvimento Social a fim de demonstrar que o impacto no orçamento, caso se expandisse o critério da LOAS para renda familiar de até meio salário-mínimo *per capita*, seria de R\$ 25 bilhões anuais – à época, mais que todo o orçamento do PBF. Foi ressaltado que, em abril de 2013, o valor hipotético necessário à erradicação da extrema pobreza (R\$ 70 em junho de 2011), R\$ 4 bilhões, custaria apenas um sexto daquele montante.

Ao possibilitar a admissão de outros elementos, além da renda, para aferir a condição de pobreza dos requerentes, o Supremo Tribunal Federal desorganizou a operacionalização do BPC. O critério de elegibilidade – pobreza – se tornou subjetivo, de forma que a administração do programa fica prejudicada. Seguindo uma tradição pouco fundamentada, o Judiciário<sup>11</sup> tem concedido o BPC para requerentes com renda familiar abaixo de meio salário-mínimo *per capita*, defensores convincentes de sua miserabilidade. Isso se tornou praticamente regra após a decisão do STF, e tem ocasionado a expansão da população potencialmente beneficiária.



### 3.1.2. Ampliação pela flexibilização do conceito de família

Como já tratado, o conceito de família do BPC foi sucessivamente alterado, e é distinto do empregado em estudos de pobreza, que considera todos os que vivem sob o mesmo teto, o grupo doméstico, como unidade de análise para a definição da insuficiência de meios. Em muitos casos, a família BPC funciona no sentido de excluir da contagem da renda *per capita* familiar a participação de indivíduos que, em tese, teriam maiores condições de inserção no mercado de trabalho, e que poderiam arcar com a manutenção digna de idosos e deficientes da família. Por exemplo, se um deficiente reside com um irmão casado, não importa quão alta a renda deste, não será contada na renda da família BPC daquele. Também pode funcionar no sentido contrário, elevando artificialmente a renda *per capita* de um idoso que tenha netos dependentes, mas não contabilizados.

Complicando ainda mais a situação, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais entendeu que o rol do grupo familiar não é exaustivo, incumbindo ao julgador, em cada caso concreto, avaliar se outras pessoas não inseridas no conceito de família da LOAS fazem parte da família que vive sob o mesmo teto:

*“Ao apurar o grupo familiar do requerente, o juiz não está adstrito ao rol do art. 16 da Lei n. 8.213/91, que, neste caso, é meramente exemplificativo, podendo, diante do caso concreto, ser alargado ou diminuído, de acordo com a sua equitativa apreciação, e tendo em visto o art. 5º da Lei n. 11.340/2006”* (Imprensa Nacional, 2009, p. 41).

Na prática a interpretação feita pelos magistrados é *in dubio pro misero*. Os netos menores que residem com os avós e são por eles sustentados, situação comum nas famílias de baixa renda, acabam sendo incluídos na conta da renda *per capita*. Por outro lado, dada a interpretação restritiva que se dá à definição de grupo familiar e do dever de sustento recíproco, netos maiores que morem no mesmo imóvel de seus avós costumam não ser considerados, mesmo que ostentem potencialidades econômicas que estejam sendo direcionadas para o sustento conjunto da família. Tal posicionamento leva a uma nítida contradição na lógica utilizada e representa mais uma hipótese de ampliação da caracterização da miserabilidade.

### 3.1.3. Ampliação pela mudança no cômputo da renda do idoso

Embora a idade seja um critério de aferição relativamente simples, o Estatuto do Idoso mudou o cálculo da renda para a comprovação da insuficiência de meios: o BPC de um idoso não entra no cômputo da renda para fins de concessão de BPC a outro idoso da mesma família (Brasil, 2003, art. 34). Isso criou problema de isonomia em relação ao deficiente, que não conta com esta provisão especial para o cálculo do seu BPC; e também em relação ao idoso requerente de BPC que tem na família um segurado da Previdência Social que recebe aposentadoria de um salário-mínimo.

Recentemente, o STF julgou que o legislador incorreu em omissão parcial inconstitucional ao determinar que apenas para o idoso deveria ser excluído do cálculo caracterizador da pobreza o benefício assistencial de até um salário-mínimo recebido por outro idoso, estendendo a hipóteses aos deficientes, devido à: *“inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário-mínimo”* (Brasil, 2013). E foi além, o STF aplicou analogicamente a exceção

prevista ao idoso - e agora ao deficiente - que recebe BPC, e estendeu a abrangência aos que recebem qualquer benefício previdenciário no valor de um salário-mínimo, sob o fundamento da isonomia e de que tal distinção ajudaria no desestímulo a contribuição à previdência social, reforçando a informalidade.

Mas o STF não decretou a nulidade do dispositivo legal que excluiu o BPC do cômputo da renda da família do idoso, apenas ampliou as hipóteses de exclusão dos benefícios da contagem. Desta forma, hoje prevalece o entendimento de que inexistente justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário-mínimo, no que se refere ao cálculo dos rendimentos para deferimento do benefício assistencial. Seguindo a lógica, o Judiciário estendeu a exclusão da percepção de outros benefícios – sejam assistenciais ou previdenciários – do cômputo da renda mensal familiar dos deficientes.

Ressalte-se que antes mesmo do Supremo Tribunal Federal se manifestar no sentido de que deve ser excluído do cálculo caracterizador da pobreza todo e qualquer benefício no valor de um salário-mínimo, seja ele assistencial ou previdenciário, recebido por idoso ou deficiente da família, começaram a multiplicar as liminares concedidas por magistrados de primeira instância concedendo a exclusão desses valores da renda familiar.

#### **3.1.4. Ampliação pela mudança no conceito de deficiência**

A maior parte das concessões pela via judicial é de BPC para pessoas com deficiência. Os requerentes com deficiência questionam as perícias comprobatórias, mas também o critério de insuficiência de meios, ou requerem a isonomia com os idosos para a exclusão de benefícios de até um salário-mínimo, ou pedem a inclusão de familiares sem renda na família BPC. Embora a judicialização também ocorra em torno das perícias, colocando em xeque a definição administrativa da deficiência, neste caso, as mudanças conceituais no entendimento da deficiência contribuíram bastante para a expansão da população potencialmente beneficiária.

O conceito de deficiência evoluiu, por exemplo, da associação a anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho, para qualquer impedimento de ao menos dois anos que possa obstruir a participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. E considerar o ambiente dos seus aspectos físicos aos culturais para verificar a presença de barreiras no Brasil implica, no mais das vezes, em aumentar o contingente de pessoas com deficiência – basta pensar na dificuldade de transporte enfrentada por cuidadores e deficientes que moram na periferia ou em áreas rurais.

Apesar de existir uma série de ações, tratados e programas que visam a integração do deficiente, o judiciário entende que as modificações e ajustes necessários não são realizados a contento, e que deve ser preservada a garantia de renda no valor de um salário-mínimo aos que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção, dada a presunção de incapacidade para a vida independente e para o trabalho no contexto nacional atual, que não garante o acesso às necessidades especiais daqueles que apresentam algum tipo de diferenciação. Nesse sentido, a jurisprudência consolidou o entendimento de que a finalidade da norma que prevê a concessão do Benefício de Prestação Continuada ao deficiente está baseada no princípio constitucional da dignidade humana e na responsabilidade social com aqueles que se veem diante de restrições a

vida laborativa devido a sua condição física ou mental e não necessariamente baseada na total incapacidade para as atividades da vida cotidiana.

No intuito de se adaptar às inúmeras decisões judiciais nesse sentido, a Advocacia Geral da União editou, em 2008, um Enunciado<sup>12</sup> de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial da União, segundo o qual a incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, prevista no art. 203, V, da Constituição Federal.

Em 2011, o Executivo sepultou a questão ao determinar que, para fins de reconhecimento do direito ao BPC, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo – ao menos dois anos – *“de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”* (Brasil, 2011b, art. 1)

Assim, é possível a concessão do BPC em casos de incapacidade parcial, desde que os impedimentos, as restrições incapacitantes, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial estejam, conjugados com as “diversas barreiras” possam “obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. Dessa forma, hoje na prática não existe mais a diferenciação entre as pessoas que apresentam incapacidade resultante de doenças e aquelas portadoras de deficiência: ambas têm o direito ao benefício assistencial, preenchido os requisitos temporal – incapacidade de longo prazo – e de pobreza. O BPC se torna, em alguma medida, também um auxílio-doença para o trabalhador informal.

### **3.1.5. O Executivo capitula**

A ampliação das hipóteses de recebimento do BPC, provocadas por decisões judiciais que se multiplicam e criam critérios não previstos na Lei, desorganizam a política e motivam, de forma transversa, o legislador e o gestor a se adaptarem a fim de buscar a uniformidade de tratamento. Os demais poderes se veem obrigados a se normatizar segundo os novos critérios, uma vez que a depender do julgador, o resultado pode ser diametralmente contrário, dado o desserviço que é o excesso de subjetivismo individual, que acaba por levar ao retrocesso, ao modelo de personalização dos destinatários. Volta-se a uma cultura marcada pelo clientelismo e patrimonialismo, auxílios e doações voluntárias, agora nas mãos dos magistrados.

Nesse contexto, resta ao Executivo capitular. O Advogado-Geral da União editou a instrução normativa nº 2 de 09 de julho de 2014 para autorizar os advogados públicos, na representação judicial do INSS, a desistir e a não interpor recursos das decisões judiciais que não considerarem na renda *per capita* do idoso outro benefício – assistencial ou previdenciário – percebido por alguém do mesmo núcleo familiar e no caso do deficiente que não considerar na renda *per capita* outro benefício assistencial percebido por alguém do mesmo núcleo familiar:

*“Art. 1º Fica autorizada a desistência e a não interposição de recursos das decisões judiciais que, conferindo interpretação extensiva ao parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003, determinem a concessão do benefício previsto no art. 20 da Lei nº 8.742/93, nos seguintes casos: I) quando requerido por idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, não for considerado na aferição da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93: a) o benefício assistencial, no valor de um salário-mínimo, recebido por outro idoso com 65 anos ou mais, que faça parte do mesmo núcleo familiar; b) o benefício assistencial, no valor de um salário-mínimo, recebido por pessoa com deficiência, que faça parte do mesmo núcleo familiar; c) o benefício previdenciário consistente em aposentadoria ou pensão*

*por morte instituída por idoso, no valor de um salário-mínimo, recebido por outro idoso com 65 anos ou mais, que faça parte do mesmo núcleo familiar; II) quando requerido por pessoa com deficiência, não for considerado na aferição da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 o benefício assistencial: a) o benefício assistencial, no valor de um salário-mínimo, recebido por idoso com 65 anos ou mais, que faça parte do mesmo núcleo familiar; b) o benefício assistencial, no valor de um salário-mínimo, recebido por pessoa com deficiência, que faça parte do mesmo núcleo familiar.”*

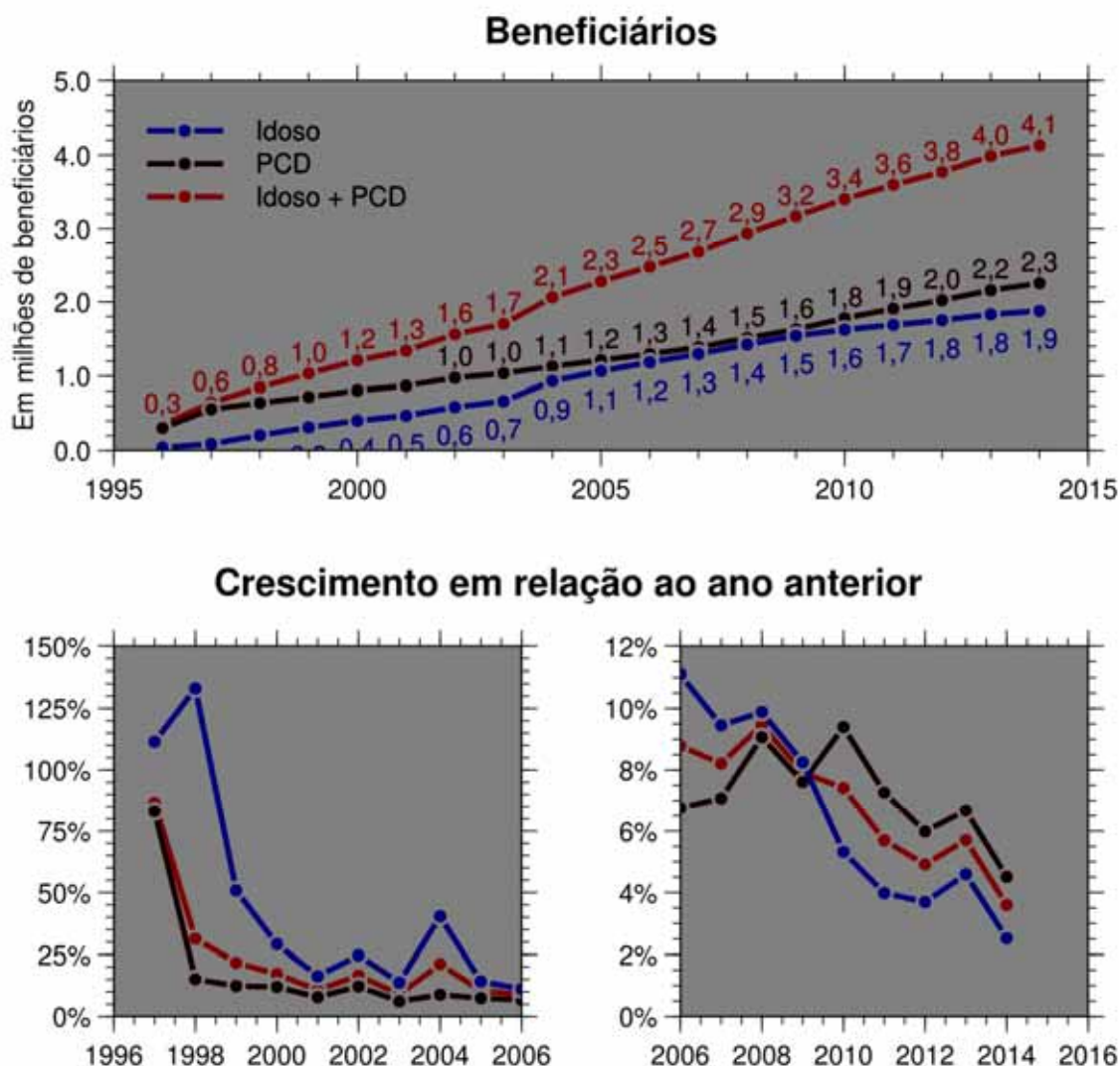
### **3.2. Evolução do número de beneficiários**

Em 2014, o BPC chegou a 4,1 milhões de beneficiários, entre os quais predominam por pequena margem as pessoas com deficiência, 2,3 milhões, enquanto os idosos montavam a 1,9 milhão (Gráfico 2). Como a RMV já protegia parte substantiva dos idosos pobres – com mais de 70 anos, como na primeira versão do BPC - nos primeiros anos a quantidade de deficientes destinatários do Benefício de Prestação Continuada foi até sete vezes maior que o de idosos. A demanda reprimida das pessoas com deficiência era maior, em função da baixa cobertura deste público pela RMV.

Partindo de uma base muito menor de beneficiários deficientes em 1996, a taxa de beneficiários idosos do BPC foi inicialmente muito elevada, e devido a redução da idade se manteve mais elevada até 2009. Favoreceram a maior taxa: a redução da idade de acesso ao programa para 67 anos em 1998; e, a partir de 2004, o Estatuto do Idoso, que aumentou o número de concessões tanto pela alteração da idade mínima para 65 anos, como também pela não contabilização do valor do BPC já concedido a outro idoso na família<sup>13</sup> para o cálculo da renda familiar *per capita*.

Além da aproximação do número de beneficiários deficientes e idosos, houve crescimento progressivo em ambas as espécies, dada a interpretação vantajosa dos integrantes do núcleo familiar e da relativização do critério objetivo de  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo, caracterizador da miserabilidade. O quantitativo de beneficiários cresceu 12 vezes de 1996 a 2014. Embora as taxas de crescimento anual estejam se reduzindo, isto ocorre por que a base de beneficiários do programa é cada vez maior. A quantidade de benefícios concedidos flutua em torno de 355 mil por ano. Embora os benefícios que são cessados a cada ano sejam por volta da metade das concessões, o número de beneficiários cresce por conta do aumento da população elegível a cada vez que há um aumento real do salário-mínimo, e também pela inestimável e crescente contribuição do Judiciário.

**Gráfico 2. Evolução dos beneficiários do BPC. Brasil, 1996-2014**



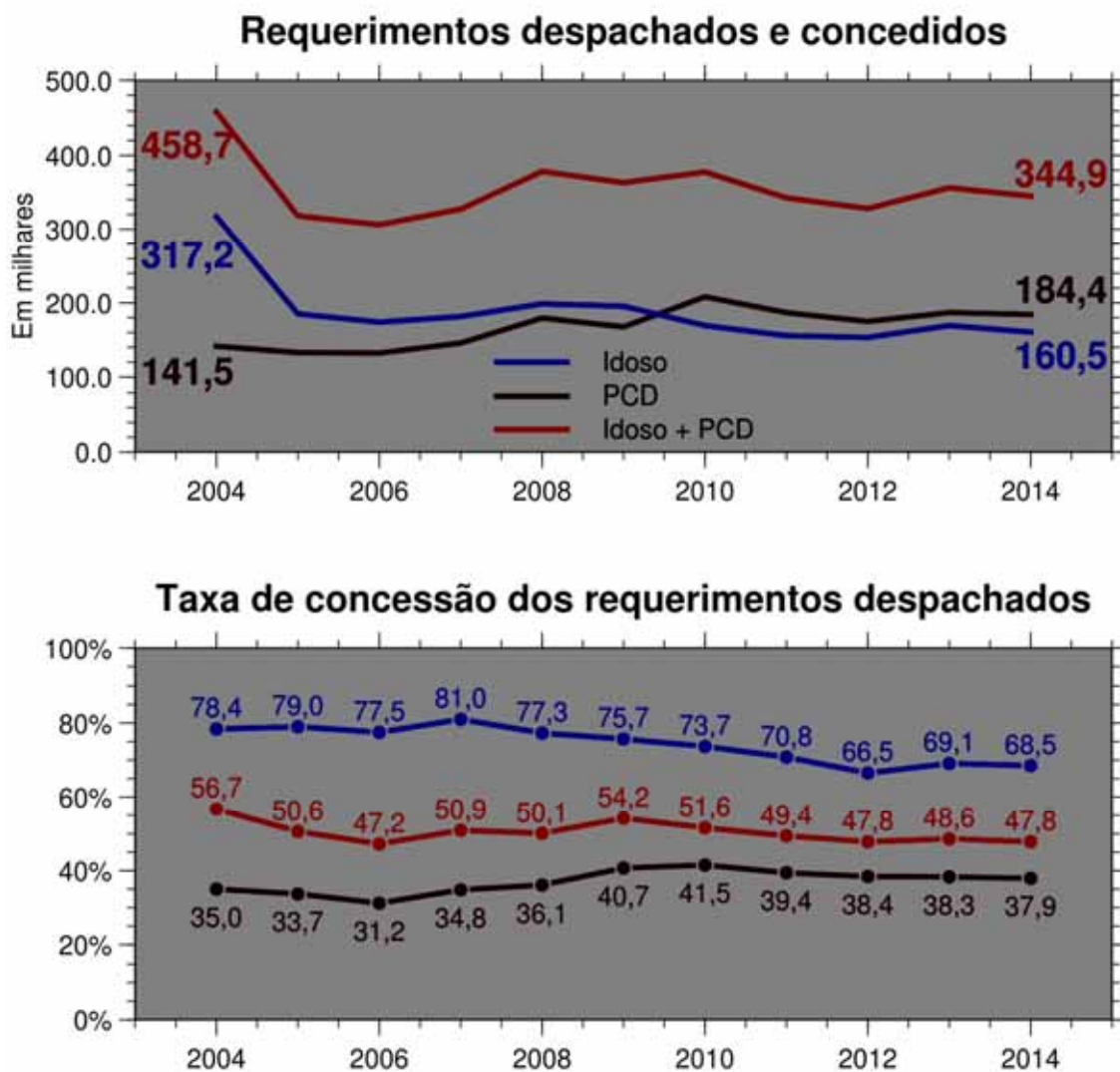
Fonte: Síntese/DATAPREV, atualizado em janeiro de 2015.

O Judiciário antecipou as possibilidades, que se tornaram norma, da utilização de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, além do critério objetivo de  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo (Brasil, 2015). Está em curso a substituição do critério de miserabilidade meramente monetário por uma avaliação conjugada, contábil e social, que estuda também as condições sociais em determinado ambiente, que deveria considerar o crescimento do número de benefícios de prestação continuada concedidos pelo Estado Brasileiro concomitantemente à valorização progressiva e significativa do valor real do salário-mínimo.

Além disso, o conceito de incapacidade avançou substancialmente, levando à substituição da avaliação quanto a deficiência e o grau de incapacidade, para fins de acesso ao benefício, antes meramente médico, por uma avaliação conjugada, médica e social, que considera também a

análise das limitações físicas e sociais em determinado ambiente para o desempenho das atividades.

**Gráfico 3. Evolução das concessões do BPC. Brasil, 2004-2014**



Fonte: SUIBE/DATAPREV, janeiro de 2015

Toda essa expansão das hipóteses de concessão, levou, no período 2004-2014 o número de beneficiários a dobrar, passando de aproximadamente dois milhões de beneficiários para mais de 4 milhões (Gráfico 2). No entanto, em torno da metade dos requerimentos administrativos despachados são indeferidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, INSS, que não identifica nestes casos a existência dos requisitos legais aptos a fundamentar reconhecimento do direito. No período de 2004 a 2014, o INSS despachou em média 700 mil requerimentos por ano, com uma taxa de concessão média de 50% por ano (Gráfico 3).

No caso dos idosos, para a concessão prepondera a análise sobre as condições de miserabilidade, já que a idade em si é de fácil comprovação e não comporta dilações<sup>14</sup>. Entre

2012 a 2014, segundo informações do SUIBE, a renda *per capita* superior ao previsto na lei foi responsável por 78% das causas de indeferimento administrativo da concessão.

A taxa de concessão para deficientes é inferior a dos idosos. De 2012 a 2014, a renda superior ao previsto na lei foi responsável apenas por 18,35% dos indeferimentos, tendo prevalecido como fator causal a manifestação da perícia médica do INSS, em função da não caracterização de existência de incapacidade do requerente para a vida independente e o trabalho, representando 64,36% das causas de indeferimento. Ao analisar tais percentuais se infere que mais de 80% dos casos de indeferimento é decorrente da análise sobre as condições de miserabilidade e da perícia médica.

Apesar de o indeferimento pelo INSS ser fundamentado em laudos de técnicos da assistência social, o índice de concessão judicial é bem alto e tem crescido ao longo do tempo, chegando quase a um quinto do total dos benefícios de deficientes concedidos em 2014, 17% do total, nada menos que 58 mil benefícios. Conforme se depreende do Gráfico 4, mesmo com as sucessivas alterações nas normas que regulamentam o BPC, sempre no sentido de ampliar o seu alcance, eventualmente com o exposto intuito de adequação à jurisprudência, o Judiciário desconsidera a análise técnica do órgão responsável, analisando caso a caso as demandas individuais.

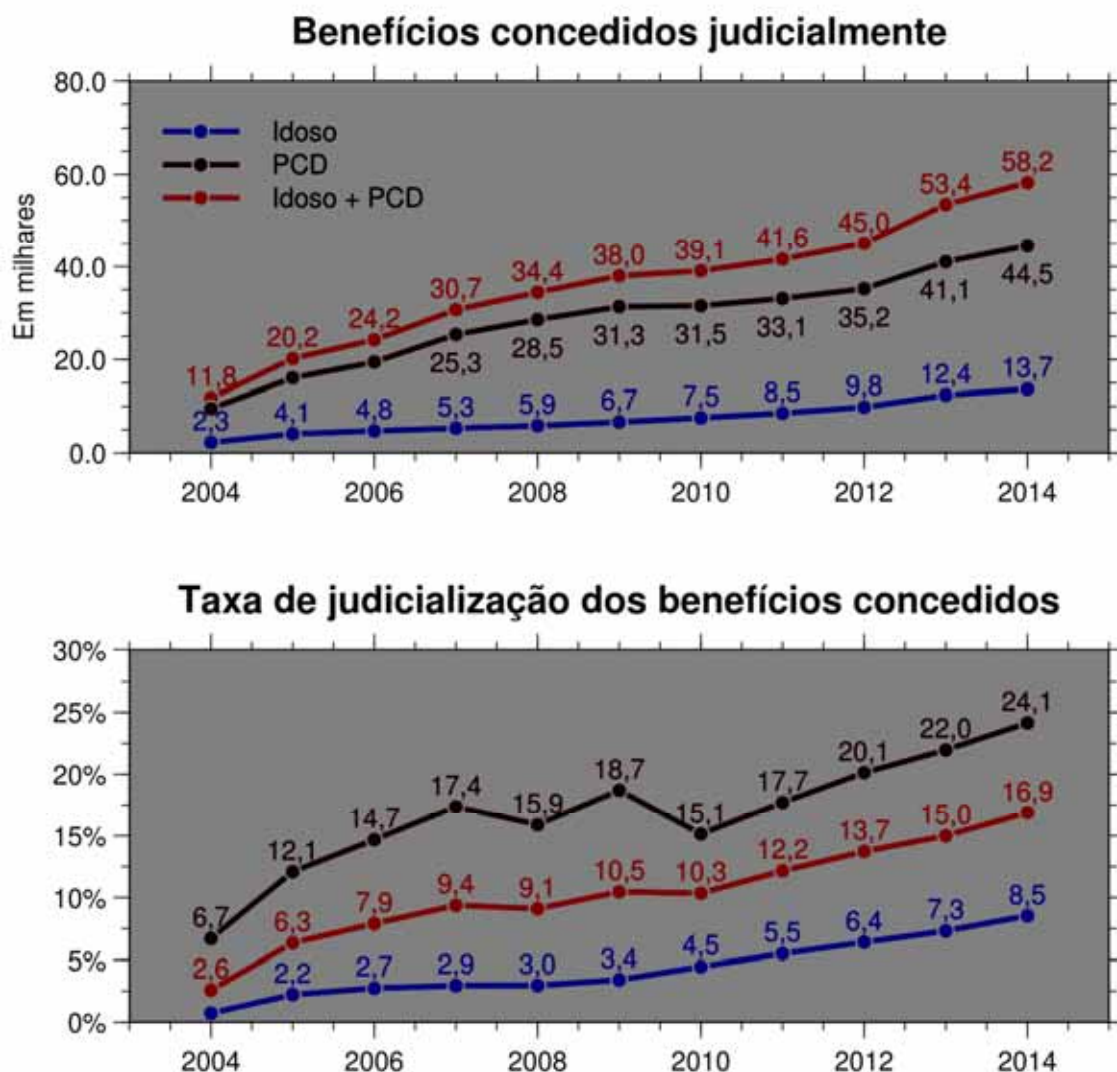
Ao afastar a objetividade dos critérios observados pela administração na concessão do BPC, o Judiciário incentiva todos os requerentes que tiveram o pedido indeferido a questionarem a decisão administrativa pela via judicial. Os Juizados Especiais Federais, órgãos onde costuma se processar tal tipo de demanda, acabam transformados em sucedâneos das Agências do INSS.

Percebe-se que a taxa de concessão judicial para deficientes é significativamente maior. Isso está diretamente relacionado a menor taxa de concessão para o grupo, para a qual pesa bastante a perícia comprovadora da incapacidade para o trabalho e a vida independente, além da comprovação da insuficiência de renda.

Para colher algumas justificativas usadas pelos juízes foram estudados 30 casos, 16 de deficientes e 14 de idosos, todos de decisões proferidas por magistrados no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região<sup>15</sup>. São casos posteriores à decisão do Supremo Tribunal Federal que passou a permitir a consideração de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, sob o argumento de que legislações posteriores trouxeram como referência para a concessão de benefícios assistenciais o critério de meio salário-mínimo per capita

Foi possível extrair que, independente da espécie do benefício pleiteado, os magistrados têm decidido com base nos laudos socioeconômico se concentrando na questão da averiguação da renda. No caso dos deficientes, a análise sobre as condições que incapacidade do requerente para a vida independente e o trabalho feita pelo judiciário é extremamente paternalista e permite o enquadramento na maioria das hipóteses, voltando-se a atenção para análise das condições de miserabilidade.

**Gráfico 4. Evolução das concessões judiciais do BPC. Brasil, 2004-2014**



Fonte: SUIBE/DATAPREV, janeiro de 2015

O que mais chama a atenção é que a análise desconsidera o fato da maioria das famílias ter imóvel próprio em bom estado de conservação – o que leva a crer que alguém está colaborando para o sustento de fato das famílias supostamente hipossuficientes. A fundamentação das decisões costuma ser padrão e generalista, justificando o deferimento do benefício tendo a decisão do Supremo Tribunal Federal como argumento principal e fazendo referência expressa ao corte de renda no valor de meio salário-mínimo.

Com isso, tem se desconsiderado o dever recíproco de sustento entre pais e filhos, da responsabilidade das famílias e da sociedade, alçando o Estado como principal responsável pelo provimento do bem-estar e de uma vida digna aos cidadãos, descaracterizando a excepcionalidade que deveria revestir a assistência, dado o seu caráter não contributivo.



As citações a seguir ilustram o problema e exemplificam decisões tomadas com nítido caráter de compaixão, através da exclusão da responsabilidade da sociedade e da família, colocando o Estado como responsável absoluto:

Processo N.: 0000007-14.2015.4.01.3100: Fundamento de renda inferior a meio salário-mínimo.

SENTENÇA: Desse modo, levando em consideração a realidade local, e tendo em vista os fins sociais a que se dirige a lei e as exigências do bem comum, entendo que a família da parte autora, constituída por três pessoas, é incapaz de prover sua manutenção, uma vez que a renda mensal *per capita* desse grupo familiar é inferior a metade do salário-mínimo.

Processo N.: 0002703-23.2015.4.01.3100: Fundamento de hipossuficiência, apesar da requerente não comprovar que pertencente àquele núcleo familiar.

SENTENÇA: Quanto à hipossuficiência, resta comprovada pelo laudo social. Muito embora o requerido afirme a vinculação da parte autora em outro grupo familiar, esta não restou comprovada. A perícia social realizada pelo juízo ocorreu no mesmo endereço indicado pela autora quando da entrada de seu requerimento administrativo na autarquia previdenciária.

Processo PROCESSO Nº 0003894-06.2015.4.01.3100: Fundamento, filho casado não tem obrigação de sustento.

SENTENÇA: A casa estava limpa e organizada na ocasião da entrevista. Na casa havia uma moto de 250 cilindradas pertencente ao filho, Marlon, conforme declarou a parte autora. ...

Muito embora a perita designada pelo Juízo opine pela inexistência de vulnerabilidade social, tal conclusão tem por supedâneo a boa saúde da autora, com ausência de gastos médicos, elemento prescindível quando comprovada a inexistência de meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família; indícios de não residir a demandante no local de realização da avaliação não se sustentam quando do cotejo dos demais elementos dos autos, desde a instauração administrativa declara a parte autora mesmo local de moradia

Não olvidando a obrigação alimentar do filho para com os pais, cumpre observar que a Lei n. 8.742/93 não incluiu o filho casado como integrante do grupo familiar dos genitores, regras que, numa análise sistemática, leva a estabelecer que não possuindo o filho meios de prover dignamente a manutenção da família que constituiu e a dos genitores já idosos, emerge o dever do Estado a proteção desses últimos, concretizada na concessão de amparo ao idoso.

PROCESSO: 0037561-02.2010.4.01.3700: Fundamento: incapacidade para a atividade que desenvolve atualmente.

LAUDO: Essa doença ou lesão incapacita o periciando (a) para o exercício da sua atual atividade profissional ou para as suas atividades habituais? Há incapacidade. Essa doença

ou lesão incapacita o periciando para o exercício de outras atividades laborativas que lhe garantam a subsistência, distintas da que exerce atualmente? Não. A incapacidade é temporária ou permanente? Temporária.

SENTENÇA: No caso em tela, o laudo da perícia médica atesta que a demandante é portadora de Portadora de Síndrome de deficiência imunológica adquirida (AIDS). CID: B24 (item 01 do laudo pericial), estando, assim, incapaz para o exercício de atividade profissional.

Processo N.:000.5693-44.2013.4.01.4300. Fundamento: indícios claros de ocultação de renda, mas pela análise objetiva da lei se aplica o *in dubio pro misero*.

SENTENÇA: A perita responsável pelo laudo sócio-econômico concluiu que o autor não se encontra em situação de evidente miserabilidade, apesar de atender aos requisitos da legislação do BPC/LOAS.

Processo N.: 10384620144013313. Fundamento: não é incapaz, mas tem a mobilidade reduzida e o benefício previdenciário do marido não pode ser computado para aferição da renda.

LAUDO: Diante desses conceitos legais, pode-se afirmar ser o (a) periciando (a) pessoa portadora de deficiência ou pessoa com mobilidade reduzida? Sim. Especifique. Mobilidade reduzida (Discopatia lombar e artrose joelhos.). A deficiência ou a redução da mobilidade do (a) periciando (a) acarreta-lhe impedimentos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial? Não. A deficiência e /ou a mobilidade reduzida pode ser revertida ou diminuída mediante tratamento médico? Sim. O tratamento mencionado está disponível no SUS e/ou rede pública? Sim. Nesta hipótese, o tratamento disponibilizado pelo SUS/rede pública é eficaz apenas para o restabelecimento da saúde do (a) periciado (a) ou também restabelece a sua capacidade laborativa de modo a permitir a sua efetiva (re) inserção no mercado de trabalho? Ambos. É possível apontar a data do início da incapacidade (dia / mês / ano)? Sem incapacidade.

SENTENÇA: Notícia o laudo socioeconômico (fis. 49/53) que a autora é casada e mora com seu esposo em imóvel próprio, o qual encontra-se em bom estado de conservação tanto quanto os móveis que o guarnecem.

Ainda segundo o laudo social, apenas seu esposo auferir renda, 1 (um) salário mínimo a título de aposentadoria por "tempo de serviço" [NB 028.532.763-11], informação confirmada em consulta ao sistema PLENUS. ...

Comprovados os requisitos impedimento de longo prazo e miserabilidade, a concessão do benefício assistencial é de rigor.

Processo N.: 429-38.2015.4.01.3310. Fundamento: desvantagem na disputa por vaga de trabalho, devido a hemangioma labial congênito, apesar do marido trabalhar mas não ter comprovado a renda.

LAUDO: Esposo, 40 anos, possui CTPS assinada, porém não foi apresentada.

Segundo a autora, apresenta hemangioma labial congênito... o esposo presta serviço em uma fazenda e a renda é insuficiente para custear as despesas com tratamento especializado e concluir a construção da casa.

SENTENÇA: A perícia médica (Fl.81/75) atesta que a autora possui deficiência que a incapacita para atividades laborativas, impossibilitando-a de prover o próprio sustento, ou impondo-lhe grande desvantagem na disputa por vaga de trabalho em concorrência com pessoa não portadora de deficiência.

Por outro lado, no caso, apesar de a requerente não preencher o requisito da renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo – uma vez que, possuindo renda familiar de R\$ 750,00 (setecentos e cinquenta reais), vive com o esposo-, a perícia socioeconômica, apurada por assistente social nomeado por este juízo (fls. 62/64), indica a sua miserabilidade, tomando-se em conta outros fatores além do estritamente financeiro, como condições de habitação, acesso a saúde e à alimentação.

### **3.3. O gasto com o BPC**

O Estado Brasileiro estruturou a sua política fiscal de diversas formas levando a padrões distintos de receita e despesa. No passado, o Estado assumiu o papel de promotor da industrialização, tendo como principal fonte de receita fiscal os tributos, direcionando seus gastos para a infraestrutura. Recentemente, após a Constituição de 1988, as contribuições sociais estão dentre as principais fontes de receita fiscal com a previsão de investimentos na previdência e assistência social como contrapartida.

No capítulo da Seguridade Social foi dedicado uma seção específica para a Assistência Social, prevendo especificamente os destinatários deste importante segmento, as ações governamentais, além de indicar a fonte primária dos recursos que custearão tais ações e as

diretrizes a serem adotadas. Entre 1995 e 2005, o gasto federal com programas de transferência direta de renda (BPC, PBF, RMV e Peti) subiu 13 vezes (Castro *et al.*, 2008).

No que diz respeito as ações desenvolvidas no setor da assistência social, dois princípios contidos no artigo 204 do texto constitucional foram inovadores e de indiscutível importância para a efetivação dos direitos nele previstos: a descentralização política administrativa e a participação da sociedade brasileira na discussão dos temas relacionados.

Identifica-se como oportunidade, a expansão na cobertura de serviços associada ao desenvolvimento da representação da população no processo decisório da política. No entanto é o financiamento, através de seu conjunto de mecanismos, regras e condições que asseguram meios para a efetivação das ações e representa a condição (ou não) para que haja a possibilidade de atendimento da população nas necessidades identificadas. Ou seja: pode-se afirmar que o financiamento representa a forma de garantir as condições objetivas para efetivar direitos no campo da proteção social.

A fim de possibilitar os devidos repasses e o esforço financeiro conjunto, é necessário consolidar a descentralização político administrativa por meio dos fundos de assistência social, nas três esferas de governo, conforme preceitua a Lei Orgânica da Assistência Social que determinou a criação de fundos específicos a fim de reunir os recursos destinados a execução das políticas sociais em cada nível estatal. Nesse contexto, em 1995, foi criado o Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS.

O governo federal está incumbido de implementar e financiar integralmente os programas que operam a garantia de renda (BPC, PBF e RMV), enquanto os municípios devem se responsabilizar pela garantia dos serviços de proteção básica e especial, seja diretamente seja por meio de entidades privadas. Infelizmente, a alocação dos recursos públicos é dissociada de projeções sobre a demanda da vulnerabilidade e desprovida de estudos técnicos sobre os custos das instituições necessárias para combatê-la. Assim, o que se observa é a preponderância de repasses federais aos demais níveis, sem, no entanto, um procedimento regular e automático com índices pré-definidos.

Diferentemente da educação e saúde, também executadas de forma descentralizada, a assistência social carece de um regramento específico para o co-financiamento de seus serviços, programas e projetos, com ausência de regulamentação sobre a responsabilidade financeira das instâncias de governo.

Além disso, o comando único previsto na Loas também não tem sido observado e do ponto de vista de financiamento, o que se verifica por um lado é a alteração da destinação original dos valores dos fundos dada as sucessivas trocas de projetos e programas assistenciais, por outro lado se observa outras ações no campo da assistência social sendo desenvolvidas paralelamente com orçamentos próprios de secretarias específicas. Essa fragmentação da gestão se mostra ineficiente, dificultando o real mapeamento da demanda e o controle da alocação dos recursos e sua destinação.

Importante ter esse contexto delineado para se compreender a dificuldade de diagnóstico da situação vivenciada nos mais diversos cantos do país e a conseqüente atenção estatal dada a cada caso. O governo federal responsabiliza-se pela elaboração de diretrizes gerais e por proporcionar recursos para o pagamento aos destinatários da política, sem, entretanto, ter meios de acompanhar efetivamente a situação real de cada beneficiário a fim de operar adequadamente a manutenção, cessação e até mesmo a sobreposição de benefícios, decorrentes de programas locais de transferência de renda, por exemplo.

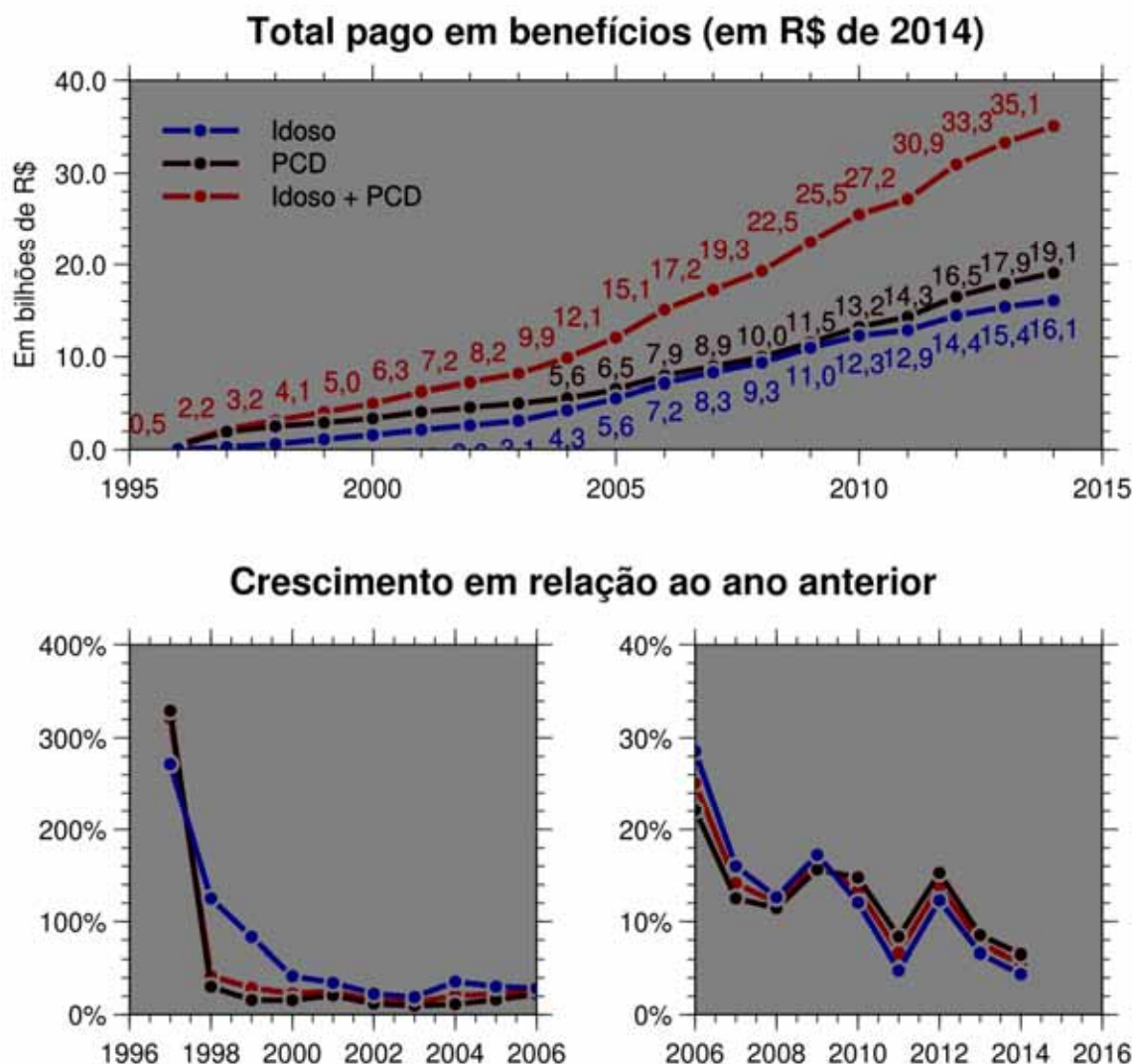
Especificamente em relação ao BPC, todo o recurso financeiro provém do orçamento da Seguridade Social, sendo administrado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) e repassado ao INSS (Instituto Nacional de Seguridade Social) por meio do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). Como dito, o valor do BPC é de um salário mínimo, ou seja, elevado em comparação com os demais benefícios assistenciais e equivalente ao valor percebido mensalmente por milhões de brasileiros em função do seu trabalho.

Segundo a Advocacia-Geral da União<sup>16</sup>, as transferências automáticas de recursos entre os fundos de assistência social efetuadas a conta do orçamento da seguridade social, conforme o artigo 204 da Constituição Federal, caracterizam-se como despesa pública<sup>17</sup> com a seguridade social. Despesa pública, recorde-se, é o gasto do Estado com vistas ao atendimento das necessidades coletivas e ao cumprimento das responsabilidades institucionais. Consta no orçamento e requer prévia autorização legislativa. O reconhecimento do gasto com a assistência social como despesa pública marca sua característica como política permanente. Nesse sentido, o pagamento de BPC é despesa que não será objeto de limitação de empenho<sup>18</sup>.

Como já tratado, o orçamento da Seguridade tem a parte referente a saúde e previdência e o restante é para a assistência, com a incumbência do governo federal para custear os programas que operam a garantia de renda, o BPC, o PBF e a RMV. O primeiro por ser considerado um gasto obrigatório não se sujeita a limitação orçamentária e seu aumento desenfreado acaba por consumir os recursos destinados a assistência social podendo inviabilizar os demais programas.

Assim, dado não apenas ao aumento da cobertura, mas também a política de valorização real do salário mínimo adotada nos últimos anos, os recursos investidos no BPC têm registrado um aumento expressivo nos últimos anos, conforme se verifica no Gráfico 5. Somente em 2014, foram aplicados mais de 35,1 bilhões de reais no pagamento deste benefício, que somados à Renda Mensal Vitalícia, que aplicou cerca de 1,6 bilhão, representam juntos aproximadamente 92,5 % dos recursos do FNAS<sup>19</sup>. Embora beneficie apenas 4 milhões de pessoas, o orçamento do BPC se tornou consideravelmente maior que o do PBF, que alcança 50 milhões.

Gráfico 5. Evolução do gasto com o BPC. Brasil, 1996-2014



Fonte: Síntese/DATAPREV, atualizado em janeiro de 2015; deflação pelo INPC do IBGE.

É difícil estimar o quanto as concessões judiciais têm custado, pois não se sabe a parcela de benefícios ativos concedidos judicialmente. Entretanto, como devido à baixa esperança de vida tanto dos deficientes, quanto, por razões óbvias, dos idosos, fazem com que o BPC tenha grande movimentação; e como a taxa de judicialização tem aumentado – chegando a 17% das concessões (Gráfico 4), espera-se que o gasto com o BPC devido às concessões judiciais esteja se ampliando tanto em valores absolutos, como em proporção dos benefícios ativos.

No período 2004-2014, segundo o SUIBE, a judicialização foi responsável por 10% do total de concessões. Aplicando esta taxa de forma *ad hoc* ao total de R\$ 35,1 bilhões pagos em 2014, ter-se-ia que aproximadamente R\$ 3,5 bilhões originados pela judicialização, valor que apresenta tendência de crescimento. É uma estimativa grosseira, mas provavelmente razoável.

Ressalte-se que as concessões judiciais têm como premissa o indeferimento administrativo do INSS – prévio requerimento<sup>20</sup> - que se dá quando a administração entende que não houve o preenchimento dos requisitos legais criados para dar organicidade e consistência ao sistema assistencial. Isso porque a administração, vinculada ao princípio da legalidade, só pode atuar quando há autorização legal, já as concessões judiciais são, em grande medida, baseadas em princípios e fora das hipóteses legalmente previstas, segundo um critério de justiça estabelecido pelo magistrado. Essa disfunção sistêmica, ocasionada pela atuação perniciosa do judiciário faz com que haja crescimento significativo do número de concessões, aproximadamente 200 mil por ano, apesar do alto índice de indeferimentos administrativos – por volta de 50%.

Além dessa intervenção direta na política assistencial feita através da concessão judicial que determinam a implantação do benefício de prestação continuada, não se pode desconsiderar a ampliação sistemática das hipóteses de deferimento do benefício decorrentes de decisões judiciais que se multiplicaram e culminaram com a manifestação do Supremo Tribunal Federal, levando o legislador e a administração a se adaptar algumas vezes, afastando a conclusão superficial e apressada de que o judiciário corrigiria injustiças decorrentes de erro da administração.

Na realidade a justiça está administrando e consumindo, segundo seus critérios, uma parte não negligenciável dos recursos de assistência do país, subtraindo do poder executivo a competência para formular e implementar essa política, que decorre não apenas em razão da legitimidade democrática que possui, bem como pelo fato de ser ele o único dentre os demais a possuir as informações precisas relacionadas aos meios necessários, à capacidade de implementação e ao alcance coletivo da política pública, tendo em vista lhe caber o papel de gestor global e final dos recursos materiais e humanos disponíveis.

## 4. Reflexão à luz do Direito

### 4.1. A reserva do possível

Os direitos sociais são concretizados em grande parte mediante políticas públicas que demandam capital e, portanto, dependem da reserva do possível ou do financeiramente possível. Destaca-se nesse contexto a assistência social que mesmo com sua natureza não contributiva representa um custo para o Estado.

No entanto, devido à prioridade dada à questão, que depois de preterida por longas décadas alcançou status constitucional, uma eficácia mínima de um núcleo essencial deve ser mantida. Resta saber qual é esse núcleo essencial que deve ser provido com recursos estatais.

A partir do momento no qual o Estado passa a exigir certas condutas e obrigações de seu povo e ele deve garantir um mínimo existencial básico. Adam Smith trata da questão ao afirmar que *“Os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do Governo, em proporção a suas respectivas capacidades, isto é, em proporção ao rendimento de que cada um desfruta, sob a proteção do Estado”* (1983 p. 247/248)

No entanto, esse preceito não pode ser absoluto. Deve-se evitar uma análise maniqueísta de que o Estado massacra a sociedade e se omite na efetivação de direitos e garantias fundamentais. Se por um lado os indivíduos contribuem conforme as suas capacidades, por outro o Estado também só pode prover as necessidades de sua população conforme as suas capacidades.

Canotilho (1998) assevera que uma coisa é garantir os direitos do homem, associados à própria natureza humana, de caráter universal e intertemporal, outra coisa, que apesar de próximos não se confundem, são os direitos fundamentais, institucionalmente previstos em uma ordem jurídica concreta, limitada no tempo, no espaço e que dessa forma devem ser analisados no contexto no qual se inserem.

Assim, o poder legislativo deve elaborar e aprovar projetos de lei e o poder executivo deve instituir políticas públicas que garantam aos cidadãos o acesso aos direitos fundamentais. No entanto, entre a diversidade de objetivos a serem alcançados é importante o estabelecimento de metas, com a priorização ao atendimento das garantidas indispensáveis e urgentes e a programação para atendimento em etapas razoáveis daquelas garantias que podem ser diferidas no tempo.

Afinal, diante da escassez de recursos para custear políticas públicas de redução de desigualdades é melhor aceitar um processo de concretização gradual do que estacionar em uma situação de injustiças e abismo social ou se buscar formular juridicamente o que deve ser, frustrando-se todo o conjunto de boas ações devido à incapacidade econômico-financeiro da pessoa estatal.

O Ministro do STF, Celso de Melo, no julgamento da ADPF 45, reconhece que *“A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade*



*econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.*”<sup>21</sup>

Desta forma, os direitos sociais devem ser efetivados dentro de uma lógica de razoabilidade, é a chamada *reserva do possível*. Essa teoria surgiu na década de 1970 na Alemanha, onde se discutia a limitação do número de vagas nas universidades de medicina, apesar da previsão legal de que os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, centro de formação e local de trabalho. A corte Alemã entendeu que mesmo dispondo de recursos para criar centenas de vagas nos cursos de medicina, não seria razoável atender o solicitado na proporção pleiteada, sendo o Estado obrigado apenas a criar a quantidade suficiente de vagas para atender a demanda da sociedade por médicos (Scaff, 2005).

No caso ora estudado, ao formular uma política pública de transferência de renda a fim de garantir um mínimo social é importante analisar o rendimento médio da população para, dentro da reserva do possível, saber o que é efetivamente razoável dentro da economia nacional. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), em 2005, aproximadamente 57% da população tinha renda mensal familiar per capita inferior a um salário-mínimo. Desta forma, deve-se olhar o contexto nacional e as possibilidades reais de consumo para definir internamente qual o nível de bem-estar possível e as consequentes linhas de pobreza.

Deve-se traçar um ponto de partida mínimo e definir qual o nível de desigualdade é ética e socialmente aceitável em determinada sociedade. Deve se indagar: qual a oferta de recursos e as oportunidades que podem ser trabalhadas para combater essa desigualdade? É possível se construir um pacto político, onde se possa garantir as mesmas oportunidades de participação da vida coletiva, seja em relação aos caminhos escolhidos, seja em relação a fruição de seus produtos?

#### **4.2. A relação entre os poderes**

No Estado Democrático de Direito, a formulação das políticas públicas deve nascer, em tese, no Legislativo e no Executivo. Ao primeiro compete a dotação orçamentária (criação do direito em abstrato) e ao segundo a decisão efetiva e concreta acerca da sua implementação, decidindo como e onde gastar o dinheiro público. No entanto, novas classificações das funções do Estado têm sido apresentadas e o Judiciário tem cada vez mais chamado para si o poder de controlar todo e qualquer ato público, seja ele vinculado ou discricionário.

Ocorre que a função de concretizar direitos sociais é mais política do que jurídica e o Poder Judiciário deveria atuar apenas como um apoio, proveniente do interior do próprio sistema político, sem se vincular a determinada demanda ou política específica. A função jurisdicional deve se restringir a esclarecer os limites e a interpretação das normas e não pode querer

determinar a aplicação coercitiva de ações voltadas a realização de uma política pública, salvo para assegurar o núcleo essencial de direitos violados.

O sistema foi concebido de forma que o poder público, diante de uma sobrecarga de demandas, possa analisar a conveniência e oportunidade de alocação de recursos em determinada ação e estabelecer preferências no cálculo custo-benefício de determinada opção em relação às alternativas postas. Existe ainda a dificuldade decorrente do necessário aumento gasto público e do crescimento do papel ativo do Estado – direitos de segunda geração – quando se trata de efetivação de direitos sociais. Resistências também se apresentam, por outro lado, em relação a transparência quanto às isenções fiscais e tributárias operadas.

Nesse contexto surge a dificuldade na operacionalização das demandas estatais. O que fazer quando se depara com causas contraditórias (energia e meio ambiente)? Uma vez que o não atendimento ou atendimento parcial de uma demanda nova ou reprimida pode ameaçar a estabilidade do sistema, e em casos extremos levar à ruptura institucional, questiona-se qual caminho seguir quando atores entram em confronto para fazer prevalecer a sua escolha.

A complexidade das formas de vida e o limite de recursos exige que as tomadas de decisão considerem o poder das escolhas e suas consequências, sem ter a ingenuidade de que a informação é perfeita e que as soluções são exatas. Uma solução tecnicamente irretocável pode se tornar politicamente inviável, e vice-versa. Assim, deve-se buscar soluções pacíficas buscando harmonizar os interesses dos inúmeros atores e aspectos que envolvem a consolidação destas políticas. Os interesses antagônicos e as posições divergentes devem ser tratados no ambiente correto para essas discussões, onde se possa ter um contexto adequado para o efetivo desenvolvimento da controvérsia.

#### **4.3 Fortalecimento do Judiciário**

Como bem demonstra Leonardo Avritzer (2013), o fenômeno de fortalecimento do Poder Judiciário é recente, uma vez que, na tradição política brasileira, o Poder Executivo era o mais ativo, atuando sem um processo de equilíbrio de suas faculdades. Essa concentração de poder na figura do presidente, em particular, começou a se firmar com Vargas, que aproveitou a crise do modelo federativo, onde se verificou o esvaziamento das competências dos Estados.

O engrandecimento do Poder Executivo Federal da Era Vargas até o fim da ditadura, e a sua consolidação como principal ator do Estado, se justifica no contexto federativo de crises e instabilidades, mas principalmente devido a reorganização dos serviços públicos e da progressiva constitucionalização dos direitos sociais, que criaram a necessidade de se constituir uma estrutura sólida e nacional para alcançar a difícil tarefa de efetivar direitos e garantias em grande escala (Lassance, 2013).

No entanto, no constitucionalismo democrático a manifestação da vontade fruto do princípio majoritário não pode prevalecer sobre a vontade geral presente nos princípios constitucionais. Nesse contexto, a separação dos poderes impõe o respeito recíproco das funções constitucionais de cada um deles, e a Constituição de 1988, no intuito de materializar este princípio, conferiu

ao Supremo Tribunal Federal o papel de árbitro em última instância da extensão de direitos sociais e civis, dado o seu poder de interpretar as leis e a Constituição. O fortalecimento do Poder Judiciário e a busca pelo efetivo equilíbrio entre os poderes decorreu, dentre outros motivos, dos movimentos sociais e políticos que enfrentaram os regimes autocráticos, nos anos setenta nos países ibéricos e na América Latina na década seguinte.

#### **4.3.1. A judicialização da política**

Válido ressaltar que, independentemente desse processo moderno de fortalecimento do Poder Judiciário, existem algumas hipóteses já antigas e mais isoladas, onde se chegou ao extremo de tirar a política do mundo político e entregá-la para o Judiciário, com autorização e previsão constitucional: é o que se chama de judicialização da política. Essa ocorre quando, com autorização e previsão legislativa, se entrega ao judiciário a execução de uma política pública, que dada certas especificidades deixa de ser um programa governamental para assumir papel de política de Estado, é o que ocorreu com o Processo Eleitoral e o Trabalhista (Vianna, 2013).

Esse tensionamento desmitifica a existência de poderes totalmente independentes e já começou a ser identificado com a superação da teoria da burocracia na administração de Weber, no final da década de 1920, quando se percebeu que a complexidade da vida social real tende a chocar com o direito formal, assentado na previsibilidade e certeza jurídica, sendo impossível regulamentar todas as situações com normas impessoais e racionalmente definidas. Se antes as garantias das liberdades não exigiam uma ação estatal ativa, seja do Executivo ou do Judiciário, as garantias sociais passaram a exigir a reformulação das relações entre direito, política e economia dada a sua natureza programática que demanda um planejamento econômico e social voltado para o futuro.

A solução encontrada à época foi a judicialização da política, que tem o direito do trabalho com paradigma e permite que o judiciário complete o conceito jurídico diante do caso concreto e determine a extensão da aplicação da lei, dada a impossibilidade do legislador de antecipar todas as variáveis em curso.

#### **4.3.2. O ativismo judicial**

A judicialização da política, fenômeno bem mais antigo, não se confunde com o que se chama de ativismo judicial. As constituições modernas incluíram uma agenda substantiva de direitos sociais, invioláveis até mesmo pelo legislador ordinário, e ainda garantiram o *judicial review*<sup>22</sup>, ou seja, a possibilidade de questionamento da constitucionalidade de atos do Executivo e Legislativo perante uma Corte Constitucional.

Assim, no Brasil determinados atos normativos podem ser questionados por meio da proposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, e o fortalecimento do poder do STF na Constituição de 1988 se deu por meio do alargamento do número de atores da sociedade civil legitimados a enfrentar a presunção de constitucionalidade desses atos.

Infelizmente, essa legitimidade tem sido utilizada de forma abusiva, especialmente pelos partidos políticos que entre 1988 e 2011, segundo pesquisa realizada pela Sociedade Brasileira

de Direito Público para o Observatório da Justiça Brasileira, acionaram o Supremo Tribunal Federal 344 vezes, o que pode levar a crer que a motivação é mais midiática do que a busca da garantia da observância da Constituição. Isso demonstra uma crise institucional vez que se por um lado o Legislativo não pode ser questionado de forma tão sucessiva sem abalar a sua legitimidade, por outro o Judiciário não deve assumir o papel de legislador, causando inevitável desequilíbrio entre os poderes.

Nesse contexto surge o ativismo judicial, onde o magistrado por escolha própria decide interpretar as normas constitucionais de forma a lhes dar maior alcance possível. Sob o pretexto de representar uma jurisprudência vanguarda no que se refere a direitos fundamentais, o judiciário participa intensamente na efetiva concretização do bem-estar social ao impor condutas ou abstenções ao poder público em um contexto de encolhimento do legislativo, decorrente do distanciamento da classe política e a sociedade civil (Barroso, 2009).

Sob o argumento que de a lei não se mostra suficiente para atender o fim constitucional, o magistrado deliberadamente através de uma hermenêutica expansiva escolhe participar de um processo de criação do direito, revendo decisões dos demais poderes do Estado para promover políticas públicas sem necessariamente observar alguns princípios de coerência como limites à sua atividade. Os defensores do ativismo buscam justificar esse poder na própria constituição que teria conferido ao judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal através do controle de constitucionalidade, o poder de interferir diretamente nas decisões políticas tomadas pelo Legislativo e Executivo.

Do ponto de vista filosófico sustentam que a Constituição deixa de ser apenas um instrumento normativo com superioridade formal, para representar os valores materiais que devem ser observados por todos. Assim, ao papel do magistrado de adequar o fato à norma de forma dedutiva por meio da subsunção é agregada a função de, com base nos princípios e valores, utilizar-se da lógica para de forma indutiva e axiológica determinar a atuação do Estado (Bonavides, 2002).

No entanto, o direito deve ser visto em sua universalidade como um sistema de equilíbrio entre os poderes e suas respectivas funções. O magistrado ativista não pode ignorar as funções precípuas dos poderes, se rogar como protagonista da função estatal e, sob o pretexto de interpretar a aplicar a Constituição, conceder a última palavra sobre o que é justo no sentido material-valorativo.

Carece ao Poder Judiciário legitimidade democrática, pois além de se submeter ao princípio da inércia, e de seus membros serem vetados de dedicarem-se à atividade político-partidária, não lhe compete escolher, dentre as múltiplas possibilidades de realização, a forma como os princípios que visam garantir os direitos sociais serão concretizados. A questão, no entanto, não é de simples solução e o próprio STF oscila conforme o caso concreto e a complexidade da demanda, apresentando posicionamentos contraditórios quanto à sua possibilidade de formular e executar políticas públicas:

*“Embora resida primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que*

*em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes”<sup>23</sup>*

*“Não cabe ao Pretório Excelso discutir a implementação de políticas públicas, seja por não dispor do conhecimento necessário para especificar a engenharia administrativa necessária para o sucesso de um modelo de gestão ambiental, seja por não ser este o espaço idealizado pela Constituição para o debate em torno desse tipo de assunto”<sup>24</sup>*

### **4.3.3 Sistema de freios e contrapesos**

Montesquieu consagrou em sua obra, O Espírito das Leis, a teoria da divisão dos poderes, também conhecida como sistema de freios e contrapesos. A ideia original é estabelecer a autonomia e os limites de cada poder, de forma que cada poder possa controlar o outro – freio – mesmo diante de funções distintas e sem hierarquia – contrapeso – possibilitando uma existência independente e harmônica.

A concepção surgiu da necessidade de se criar métodos para evitar que governos absolutistas voltassem ao poder. No entanto, o Judiciário, sob o pretexto de garantir os direitos fundamentais, tem adentrado na seara dos Poderes Legislativo e Executivo, de forma nociva e arbitrária, sob o argumento de que os mesmos não têm cumprido o mandamento constitucional em prejuízo a toda a coletividade.

A distorção surge porque o ativismo ganha espaço justamente quando se atribui peso a princípios conflitantes e dependerá, desta forma, do subjetivismo e da vontade que quem os interpreta, que se roga o poder de impor o seu próprio ponto de vista e conceito de justiça.

Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu artigo 25 prevê:

*“1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. ”*

*“2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social. ”<sup>25</sup>*

São direitos destinados a grupos diferentes, de um lado a tutela aos direitos da velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência, que é justamente a finalidade perseguida pelo benefício de prestação continuada, e de outro a garantia de cuidados e assistência especial a infância, o que tem sido buscado no Programa Bolsa Família - PBF.

Ao alterar o requisito para a concessão do Benefício de Prestação Continuada - BPC, destinado a deficientes e idosos, o Supremo Tribunal Federal alterou toda a sistemática de implementação das políticas públicas de assistência social, uma vez que o orçamento da Seguridade tem a parte obrigatória referente a saúde e previdência e o restante é para a Assistência Social.

O impacto da atuação judicial foi manifesto, pois ao determinar a alocação de recursos da seguridade onde a maior parte da população tem dinheiro – maiores de 65 anos – e a necessidade

não se comprova, pode se entender que o Judiciário preteriu a Política Pública voltada para quebrar o arranjo pernicioso entre gerações, que tem como foco a assistência àqueles em fase escolar. Mais dinheiro obrigatório na Assistência voltada a deficientes e idosos, menos orçamento discricionário na Assistência voltada para fase escolar ou na própria Educação. Pode o judiciário interpretar as normas e princípios, que tem suas origens antes mesmo da constituição vigente no contexto histórico internacional de valoração dos direitos sociais, e lhes atribuir juízo de valor, atuando como verdadeiro legislador positivo e estabelecendo prioridade a certa política, com inevitável prejuízo a outra dada a limitação de recursos?

Não.

O raciocínio que sustenta tal possibilidade é perverso e traz em si uma contradição lógica: o Judiciário afirma que os demais poderes desobedecem às suas obrigações formalmente estabelecidas de garantia de um mínimo existencial, e sai da previsão teórica para decidir o caso concreto, formando um precedente jurisprudencial, podendo antecipar-se à formulação da própria lei ou até mesmo reformular a norma vigente. Por outro lado, ao fazê-lo, atua com distanciamento do todo, analisando apenas o contexto individual da demanda sem ter conhecimento do impacto global da decisão na execução das demais atividades estatais e sem compreender a agenda política e financeira do Estado, ignorando, assim, o estabelecimento de prioridades feito pelo Legislativo e Executivo, que detêm legitimidade não apenas para fazer escolhas, como também para analisar tecnicamente as possibilidades reais de execução.

#### **4.4 A imoderação do Judiciário**

No entanto, os juízes têm se entusiasmado na fundamentação principiológica e de forma nociva têm decidido conforme suas concepções subjetivas de justiça (Dworkin, 1999), trazendo enormes prejuízos ao Estado Democrático de Direito, sua organização e funcionamento, com violação a diversos princípios que sustentam o ordenamento jurídico, como a própria separação dos poderes, o dever de fundamentar as decisões – convencimento através de uma concatenação lógica e completa – e a segurança jurídica.

Daniel Sarmento aborda o tema de forma direta e sem rodeio:

*“E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça –, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de*

*plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico” (2007).*

O Judiciário usa da retórica para justificar as arbitrariedades que têm cometido, afirma que não pode ficar de mãos atadas assistindo passivamente os supostos descasos cometidos pelos Poderes Executivo e Legislativo e que não tem a pretensão de criar medidas referentes aos direitos sociais, o que configuraria violação ao princípio da separação dos poderes, mas que apenas dá efetividade aos direitos com a modelação de políticas públicas já existentes que estariam dissociadas do fim pretendido na Constituição.

Os inúmeros casos de corrupção, amplamente noticiados na mídia, levam a diminuição da confiança nos órgãos públicos e intensifica a cobrança da sociedade por uma postura ética dos detentores de cargos e mandatos no Legislativo e Executivo para que não cometam abusos nem assumam privilégios sob pena de não se reelegerem. Por outro lado, o Judiciário que no Brasil não se submete a eleições e se roga o papel de protagonista estatal dada a confiança da sociedade depositada no Poder que é acessado através da meritocracia. Essa desconfiança nos demais poderes, associada à ganância do Judiciário, o leva a atuar de forma oposta à justiça, ou seja, contra a razão e o sistema vigente, sendo dominado por vontades e caprichos exercidos de forma inconsequente.

Os ocupantes dos cargos do judiciário, apesar de não serem eleitos pelo povo, devem respeitar os cargos que ocupam, atuando nos estritos limites da sua competência e sem se rogar uma superioridade que o distancia da sociedade e do funcionamento da máquina estatal. Dallari chamou atenção para essa tendência ao discorrer que:

*“Em grande parte, essa dificuldade de compreensão e diálogo está ligada a uma atitude de superioridade em relação às pessoas comuns e à falta de percepção de que, muito mais do que um aparato formal, a magistratura bem exercida é um serviço relevante para o povo. Essa inconsciência de seu papel social influi para que o juiz fique longe do povo e, em última análise, prejudica a apuração da verdade e a realização da justiça, reduzindo a utilidade e o prestígio do Judiciário.” (2003, p. 163)*

Infelizmente quando o Judiciário se eleva ao papel de detentor do poder máximo, da palavra final e do saber, a sensação de pretensa superioridade, inevitavelmente, leva ao descomedimento e ao despotismo. Não é à toa que são diversos os estudos e os instrumentos criados ao longo dos séculos para frear o poder. A arbitrariedade é abusiva e inevitavelmente desvirtua as instituições de suas finalidades fundamentais e termina por criar privilégios aos que gozam de determinada condição, os afastando ainda mais da realidade.

É que temos visto acontecer com o Judiciário Brasileiro que tem se tornado cada vez mais corporativista e defensor de privilégios, possibilitando o pagamento de uma série de vantagens individuais a título indenizatório – ajuda de custo para mudanças, auxílio-moradia, auxílio-creche, auxílio-educação para dependentes – que a pretexto de reposicionar o salário dos magistrados, traz benefícios que além de não incidirem imposto de renda estão excluídos do teto constitucional.

Assim, o Poder Judiciário parece ter esquecido que o seu fortalecimento ocorreu justamente em busca pelo efetivo equilíbrio entre os poderes e para rechaçar os regimes autocráticos. Agora o que se tem observado é justamente a pretensão de detenção do poder absoluto para usá-lo da forma que lhe convém, seja para controlar os demais poderes seja para trazer benefícios próprios no intuito de privilegiar a sua categoria, em uma postura tipicamente abusiva. Nesse sentido, o Professor Padilla afirma: “*Após tantos anos de luta contra o arbítrio e a prepotência durante a ditadura dos militares, jamais passou por nossas cabeças que o futuro nos reservaria a ditadura dos juízes.*” (2010).

No julgamento analisado no presente trabalho, o Ministro Marco Aurélio de Melo chama atenção para que não se caia nessa armadilha:

*“Sabe-se que a forma como os dispositivos constitucionais e legais são redigidos encerra decisões do poder constituinte e do Poder Legislativo. Tais atos cristalizam acordos sociais a respeito de dilemas morais ou questões práticas do cotidiano sobre as quais recaem disputas. Permitir que sejam reabertas à discussão a cada novo processo judicial é arriscado sob duas perspectivas. Primeiro, por viabilizar que o Juízo desconsidere soluções adotadas consoante o processo político majoritário e faça prevalecer as próprias convicções em substituição às adotadas pela sociedade. Sem que haja verdadeiro fundamento constitucional relevante, esse proceder acaba por retirar a legitimidade da função jurisdicional, calcada, conforme concepção clássica, no respeito às respostas moldadas de antemão pelo legislador. Segundo, por trazer grande margem de insegurança ao sistema. Com efeito, as regras têm o objetivo de reduzir a incerteza na aplicação do Direito, permitindo que as pessoas pautem as condutas pela previsão abstrata, além de assegurar que a solução do sistema jurídico seja observada de modo isonômico.”* (Brasil, 2013)



## 5. Conclusões

Apesar de ter saído há apenas duas décadas de um padrão de proteção social calcado na filantropia e em benefícios monetários decorrentes de contribuições compulsórias para compensar momentos de incapacidade para o auto provimento, já se pode afirmar houve significativo o avanço na materialização dos direitos sociais com verdadeira ruptura da trajetória desenvolvida anteriormente.

Esse processo de democratização nacional, estimulado por movimentos sociais organizados, tem demandado uma legislação específica que garanta direitos até então não reconhecidos e ampliado o poder do Judiciário, através de delegações políticas em um processo que tem se expandido rapidamente.

Por meio do alargamento do conceito de proteção não-contributiva e a consequente incorporação de parcelas expressivas da população, se conseguiu avançar no objetivo de equalizar o acesso a oportunidades e enfrentamento da destituição de direitos, no entanto, o sistema de políticas de assistência social brasileiro ainda precisa se consolidar, por meio da estabilização dos padrões de organização, gestão e financiamento.

A formulação e implantação de políticas assistenciais têm como objetivo último a eliminação da pobreza e extrema pobreza no país, sendo a garantia de renda a família o caminho escolhido para viabilizar esse propósito. Assim, apesar de a família ser objeto da Política Nacional de Assistência Social, a estruturação de direitos sociais está focada na transferência de recursos financeiros, e nesse contexto a Constituição expressamente garantiu uma renda no valor de um salário-mínimo aos idosos e deficientes que não possuem meios de prover a própria manutenção, seja diretamente, seja por meio de sua família: o Benefício de Prestação Continuada – BPC.

No entanto, a definição da linha de elegibilidade dos programas sociais, ou seja, a caracterização da necessidade e o conceito de pobreza nunca será uma tarefa fácil e objetiva. O conceito não surgirá na academia, calcado em argumentos empírico-científicos, tampouco se encerrará de forma arbitrária com uma decisão político-administrativa fundamentada em critérios meramente contábeis.

A trajetória do BPC e as suas sucessivas regulamentações demonstram isso. Em duas décadas de operacionalização, as premissas para o recebimento do benefício sofreram diversas alterações em seus aspectos fundamentais como idade mínima de identificação do idoso, conceito de família para definição da renda *per capita* e avaliação de deficiência.

Inicialmente, o público-alvo era restrito àqueles com renda abaixo de  $\frac{1}{4}$  de salário-mínimo *per capita* da família nuclear do requerente e ao menos 70 anos de idade ou deficiência que causasse incapacidade permanente (irreversibilidade da lesão). No entanto, houve um aumento das situações caracterizadoras da miserabilidade, com o redesenho da concepção inicial do instituto, sempre de forma a abarcar mais destinatários do que os originalmente legitimados.

O conceito de pessoa com deficiência, por exemplo, foi sensivelmente alterado. Se antes a avaliação quanto ao grau de incapacidade, para fins de acesso ao benefício, era meramente

médico, hoje considera-se também a análise das limitações físicas e sociais em determinado ambiente para o desempenho das atividades, em uma avaliação conjugada, médica e social.

As hipóteses de ampliação do deferimento do benefício, decorreram de decisões administrativas, jurídicas e políticas que levaram ao redesenho das diretrizes do BPC. Destaca-se, no entanto, o papel do judiciário como o grande propulsor desse movimento, tendo-se observado que os magistrados interpretam segundo a lógica *in dubio pro misero* e com isso antecipam possibilidades que acabam se tornando norma.

Essa postura ficou evidenciada em 2013 no julgamento do Supremo Tribunal Federal que permitiu a utilização de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, além do critério objetivo de  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo. Em função desta decisão, em 2015, o legislador reparou o critério de renda do BPC, sem, contudo, solucionar o problema dos outros meios de comprovação da hipossuficiência. O executivo está discutindo os termos do decreto que regulamentará a substituição do critério de miserabilidade meramente monetário por uma avaliação conjugada, contábil e social, que deve estudar também as condições sociais em determinado ambiente.

No entanto, a prática de se buscar judicialmente acesso ao BPC ameaça a própria democratização da Assistência Social. Os demais poderes atuam a reboque da jurisprudência, sendo que além do que direitos universais legalmente constituídos, a universalização do benefício requer a disponibilização de recursos necessários à sua garantia e esbarra inevitavelmente na conhecida limitação orçamentária. Ao assumir o protagonismo na implementação da política o Judiciário não apenas acarreta problemas orçamentários como também de gestão, eis que outros programas não obrigatórios, sem respaldo constitucional, mas que atuam de forma direta no acesso a direitos fundamentais com a indispensável complementação da pura e simples transferência de renda, são prejudicados.

O Judiciário desconsidera a análise técnica do órgão responsável, analisando caso a caso as demandas individuais, motivando sucessivas alterações nas normas que regulamentam o BPC, sempre no sentido de ampliar o seu alcance e com o expresso intuito de adequação à jurisprudência.

Apesar da origem dessa demanda estar calcada na busca pela igualdade e não na vontade explícita de um ativismo judicial, o Judiciário tem avançado assustadoramente em sua atuação, dado o enfraquecimento da legitimidade dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso gera um desequilíbrio prejudicial ao funcionamento do Estado, pois desconsidera o efeito sistêmico das decisões e ignora o crescimento do número de benefícios de prestação continuada concedidos pelo Estado Brasileiro concomitantemente à valorização progressiva e significativa do valor real do salário-mínimo.

Não se poder tangenciar a questão da escassez dos recursos públicos disponíveis, apesar a priorização dada a questão social nos últimos anos, a economia tem se retraído com reflexos diretos na implementação das políticas públicas. Além disso, deve-se observar a disparidade da capacidade fiscal e gerencial dos entes federados, com consequências práticas na demanda e na implementação de outros programas também fundamentais para a proteção social.

A redução da pobreza no Brasil no início do século, reforçou a correlação inversa entre inserção laboral e situações de privação, pois ocorreu em um cenário de crescimento dos níveis de ocupação dado ao bom desempenho do mercado de trabalho e, principalmente, em decorrência da política de valorização do salário-mínimo. Atualmente, é raro viver na pobreza extrema quando se tem um emprego ou benefício associado a este piso salarial, salvo quando se tem uma família muito numerosa, um único assalariado formal garante uma vida fora da extrema pobreza.

Nesse contexto de associação da extrema pobreza com a baixa performance no mercado de trabalho, outras transferências assumiram o protagonismo na redução da miséria, com a transferência de renda mínima aos socialmente frágeis, com impossibilidade – crianças e adolescentes – ou maior dificuldade na inserção no mercado de trabalho.

Assim surgiu o Programa Bolsa Família - PBF que reconhece vulnerabilidade à pobreza, mesmo diante da aptidão para o trabalho dos adultos economicamente ativos da família, que atuam no mercado de trabalho em condições instáveis, com baixos rendimentos e por vezes à margem da proteção previdenciária, dado o alto grau de informalidade. O programa não é voltado prioritariamente para a garantia da renda dada à desobrigação para o trabalho, como observado na maior parte dos países, e sim para a garantia de renda às famílias pobres com crianças que cumpram certas condicionantes, no intuito de quebrar o ciclo de pobreza familiar, uma vez que a renda se relaciona diretamente com a presença e desempenho das crianças e adolescentes na escola ou em situações de trabalho.

Pois mesmo com rendimentos melhores, a falta de qualificação leva a uma instabilidade laboral e ao constante risco iminente de pobreza. Busca-se superar as provações e inseguranças da população que vive na pobreza e na miséria através do oferecimento de conhecimento a fim de propiciar ocupações mais estáveis com o aumento do nível de proteção social e eliminação do desemprego involuntário. Isso é mais fácil na população mais jovem, com maiores possibilidades de aprendizado de novos processos produtivos e, portanto, com um leque maior de oportunidades.

No entanto, ao julgar sem analisar os impactos financeiros globais de suas decisões e as suas consequências na assistência social, o judiciário acaba prejudicando, por exemplo, a política pública que busca quebrar o pacto de mediocridade entre gerações com a concentração de esforços na assistência àqueles em fase (pré) escolar – PBF. Hoje o orçamento do BPC que beneficia 4 milhões de pessoas, sendo aproximadamente 45% de idosos, se tornou consideravelmente maior que o do PBF que alcança 50 milhões, apesar de, segundo a PNAD 2014, a concentração da pobreza no Brasil estar preponderantemente na população com até 17 anos.

Assim, a justiça usurpa competências do executivo, que além de ter legitimidade democrática para decidir sobre a conveniência e oportunidade de alocação de recursos públicos em determinada ação para estabelecer preferências no cálculo custo-benefício de determinada opção em relação as alternativas postas, é o administrador universal dos recursos materiais e humanos disponíveis. Portanto, é o executivo que detém as informações precisas relacionadas

aos meios necessários, à capacidade de implementação e ao alcance coletivo das políticas públicas.

A complexidade das formas de vida e o limite de recursos exige que as tomadas de decisão considerem o poder das escolhas e suas consequências, sem ter a ingenuidade de que a informação é perfeita e que as soluções são exatas. Uma solução tecnicamente irretocável pode se tornar politicamente inviável e vice-versa. Daí a necessidade de não se confundir os direitos do homem, de caráter universal e intemporal, associados à própria natureza humana – garantia das liberdades não exigem uma ação estatal ativa; com os direitos fundamentais – garantias sociais exigem um planejamento econômico e social, de natureza programática, limitados no tempo e no espaço, e implementados dentro das possibilidades reais do contexto posto.

Se faz necessário analisar o contexto nacional e as possibilidades reais de consumo para definir internamente qual o nível de bem-estar possível e as consequentes linhas de pobreza para saber qual a razoabilidade de se estender indiscriminadamente a concessão de um benefício não-contributivo no valor de um salário-mínimo, sob o pretexto de erradicação da pobreza, quando em 2005, aproximadamente 57% da população tinha renda mensal familiar per capita inferior a um salário-mínimo.

No entanto, o judiciário se arvora na intenção de concretizar os direitos fundamentais e decide interpretar as normas constitucionais de forma a lhes dar maior alcance possível, assumindo um protagonismo irresponsável na busca pela efetiva concretização do bem-estar social. Aproveita o cenário de descrédito dos poderes legislativo e executivo, ignora as suas funções precípua e avoca a missão de definir o que é justo no sentido material-valorativo.

Os inúmeros casos de corrupção, levam a diminuição da confiança nos órgãos públicos, principalmente os acessíveis através de eleições, e abrem espaço para o poder que é alcançado através da meritocracia. O descrédito dos demais poderes, associada à ambição do Judiciário, o leva a atuar de forma oposta à justiça, ou seja, contra a razão e o sistema vigente, atuando ao seu bel-prazer de forma irresponsável.

Esse ativismo judicial cresce quando a princípios conflitantes são atribuídos pesos diferentes. Sem lastro técnico, os magistrados impõem o seu próprio ponto de vista e conceito de justiça, inundados de subjetivismo. Tal comportamento desconsidera a agenda política e financeira do Estado e analisa apenas o contexto individual da demanda sem ter conhecimento do impacto global da decisão. Desestrutura a política sistêmica da assistencial social, e acaba por retroceder ao modelo anterior a Constituição vigente onde o amparo aos pobres era realizado de forma individual, paternalista e clientelista.

## Referências bibliográficas

AVRITZER (2013), Leonardo et. al. Orgs. *Dimensões políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

BALERA (1999), Wagner. Introdução ao direito previdenciário. São Paulo: RT.

BATICH (2004), Mariana. *Previdência do trabalhador: uma trajetória inesperada*. São Paulo em Perspectiva, 18(3), 33-40. Disponível em <https://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392004000300004>.

BOSCHETTI (2006), Ivanete. *Seguridade Social e Trabalho: paradoxos das políticas de previdência e assistência social no Brasil*. Brasília, Letras Livres, Editora Universidade de Brasília.

BARROSO (2009), Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4.

BONAVIDES (2002), Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros.

BRASIL (1974). *Lei nº 6.179. Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6179.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6179.htm). Acesso em novembro de 2015.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em novembro de 2015.

BRASIL (1993). *Lei nº 8.742. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm). Acesso em novembro de 2015.

BRASIL (1995). Decreto nº 1.744. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d1744.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1744.htm). Acesso em novembro de 2015.

BRASIL (1998), Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232-1 D.F.* Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>. Acesso em dezembro de 2015.

BRASIL (2003). *Lei nº 10.741. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm). Acesso em novembro de 2015.

BRASIL (2011a). *Lei nº 12.435. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112435.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112435.htm). Acesso em novembro de 2015.

BRASIL (2011b). *Decreto nº 7.617. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto no 6.214, de 26 de setembro de 2007*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7617.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7617.htm). Acesso em novembro de 2015.

BRASIL (2013). Supremo Tribunal Federal. *Acórdão do Recurso Extraordinário 580.963 PR*. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4864062>. Acesso em novembro de 2015.

BRASIL (2015). *Lei nº 13.146. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm). Acesso em março de 2016.

CANOTILHO (1998), José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina.

CAMPOS (2007), André Gambier; CORBUCCI, Paulo Roberto (editor responsável) e outros. *Assistência Social e Segurança Alimentar. Políticas Sociais – Acompanhamento e análise*, v. 13, Edição Especial. Disponível em [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br).

CASTRO (2008), Jorge Abrahão; RIBEIRO, José Aparecido e outros. *Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995 – 2005*. Rio de Janeiro, Ipea. Texto para Discussão nº 1324.

CASTRO (2009), Jorge Abrahão; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. *As Políticas Sociais e a Constituição de 1988: Conquistas e Desafios*. Políticas Sociais – Acompanhamento e análise, v. 17, Edição Especial. Disponível em [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br).

COUTINHO (2009), Sergio. *A proteção à pessoa com deficiência*. Revista Jurídica Consulex, v. 13, nº 310, dezembro.

DALLARI (2003), Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 23a ed., São Paulo, Saraiva.

DINIZ (2010), DÉBORA; MEDEIROS, Marcelo e PENALVA, Janaína. *O Benefício de prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal*. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922010000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922010000100004). Acesso em abril de 2016.

DWORKIN (1999), Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

FAGNANI (2005), Eduardo. Tese de Doutorado. *Política Social no Brasil (1964-2002): entre a cidadania e a caridade*. Universidade Estadual de Campinas.

IMPrensa NACIONAL (2009). *Acórdão do Processo nº 2007.70.95.006492-8*. Diário da Justiça, nº 158, quarta-feira, 19 de agosto de 2009.

JACCOUD (2009), Luciana e outros. *Assistência social. Políticas Sociais – Acompanhamento e análise, Capítulo 4: Assistência Social e Segurança Alimentar: entre novas trajetórias, velhas agendas e recentes desafios (1988-2008)*. Brasília: IPEA, BPS 17 (Vinte Anos da Constituição Federal - volume 1).

LASSANCE (2003), Antonio. *Federalismo no Brasil: trajetória institucional e alternativas para um novo patamar de construção do Estado*. In: LINHARES, Paulo de Tarso;

CRONEMBERGER, Constantino e LASSANCE, Antonio (organizadores). *Federalismo à Brasileira: questões para discussão*. Brasília/Rio de Janeiro: IPEA.

MEDEIROS (2009a), Marcelo. *Mudança do conceito de família do benefício de prestação continuada*. Rio de Janeiro, Ipea, Texto para Discussão nº 1411.

MEDEIROS (2009b), Marcelo. *Distribuição das transferências, público-alvo e cobertura do Benefício de Prestação Continuada (BPC)*. Rio de Janeiro, Ipea, Texto para Discussão nº 1416.

MEDEIROS (2001), Marcelo; OSORIO, Rafael Guerreiro. *Arranjos domiciliares e arranjos nucleares no Brasil: classificação e evolução de 1977 a 1998*. Brasília, Ipea, Texto para Discussão, nº 788.

MESQUITA (2014), Ana Cleusa; VALADARES, Alexandre e outros. *Assistência Social. Políticas Sociais – Acompanhamento e análise*, v. 22. Disponível em [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br).

MESQUITA (2015), Ana Cleusa; VALADARES, Alexandre e outros. *Assistência social. Políticas Sociais – Acompanhamento e análise*, v. 23. Disponível em [www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br).

MIOTO (2000), R. C. T. *Cuidados sociais dirigidos à família e segmentos sociais vulneráveis*. In: O trabalho do assistente social e as políticas sociais. Brasília, Conselho Federal de Serviço Social, Universidade de Brasília.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (2007). *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Nova Iorque. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)

OSÓRIO (2011), Rafael Guerreiro e outros. *Erradicar a pobreza extrema: um objetivo ao alcance do Brasil*. Brasília, Ipea, Texto para Discussão nº 1619.

OSÓRIO (2014), Rafael Guerreiro e SOARES, Sergei. *O Brasil sem miséria e as mudanças no desenho do bolsa família*. In: CAMPELLO, Teresa; FALCÃO, Tiago e COSTA, Patricia (organizadores). *O Brasil Sem Miséria*. Brasília: MDS.

PADILLA (2010), Luiz Roberto Nuñez. *A Ditadura dos juízes e a corrida sobre os telhados*. Disponível em [http://padilla-luiz.blogspot.com.br/2010\\_09\\_01\\_archive.html](http://padilla-luiz.blogspot.com.br/2010_09_01_archive.html). Acesso em fevereiro de 2016.

PINHEIRO (2012), Maurício Mota Saboya. *As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen*. Rio de Janeiro, Ipea, Texto para Discussão nº 1794.

SARMENTO (2007), Daniel Souza. (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lúmen Júris.

SCAFF (2005), Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. Interesse público. v. 7, nr. 32.

SILVA (1982), José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo, Revista dos Tribunais.

SOARES (2009), Sergei. *Metodologias para estabelecer a linha de pobreza*. Rio de Janeiro, Ipea, Texto para Discussão nº 1381.

SMITH (1983), Adam. *Riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural. vol. II.

SPOSATI (1985), Aldaíza; BONETTI, Dilséa Adeodata; YAZBEK, Maria Carmelita; CARVALHO, Maria do Carmo B. *Assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras: uma questão em análise*. São Paulo, Cortez.

TAVARES (2009), G. de C. *O financiamento da Política de Assistência Social na era SUAS*. In: *Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil*. Brasília, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, UNESCO.

WERNECK VIANNA (2013), Luiz. *A judicialização da política*. AVRITZER, Leonardo et. al. Orgs. *Dimensões políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.



---

<sup>1</sup>Segundo o sexto artigo da Constituição de 1988, “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, **a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição” (grifo nosso - BRASIL, 1988). Os direitos sociais à alimentação, à moradia, ao transporte foram acrescidos por emendas constitucionais.

<sup>2</sup>Brasil, 1993.

<sup>3</sup>Segundo o artigo 194 da Constituição de 1988, “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. **Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: (...) III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.**”

<sup>4</sup>Além do BPC, a Assistência Social pode conceder benefícios eventuais nos casos de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública (Brasil, 1993, art. 22).

<sup>5</sup>O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome disponibiliza as informações do Censo SUAS em [http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/simulacao/status\\_censo\\_2015/relatorio2015.php](http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/simulacao/status_censo_2015/relatorio2015.php). Acesso em março de 2016.

<sup>6</sup>No julgamento da Reclamação 4.374/PE pelo STF, o ministro Marco Aurélio Melo declarou: “Então, partiu-se da premissa segundo a qual o salário-mínimo – e houve progressão quanto ao valor do salário-mínimo – afasta, de certa forma, a miserabilidade, a inexistência de meios para prover a própria subsistência, no tocante a uma família de quatro pessoas.” Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>.

<sup>7</sup>A Medida Provisória nº 1.599.39, de 11.12.97, convertida na Lei nº 9.720, de 30.11.98, alterou o art. 38 da LOAS, fixando a idade em 67 (sessenta e sete) anos, a partir de 1º de janeiro de 1998.

<sup>8</sup>Portaria Interministerial MDS/MEC/MS/SDH nº 18, de 24 de abril de 2007.

<sup>9</sup>Válido abrir um parêntese para esclarecer que as leis gozam de presunção de constitucionalidade, ou seja, se parte da premissa de que o legislador observou todo o processo legislativo, inclusive no que tange à adequação do projeto de lei à Constituição Federal – o que é feito nas Comissões de Constituição e Justiça/CCJ. No entanto, essa presunção não é absoluta e, portanto, pode ser questionada perante o Supremo Tribunal Federal por meio da proposição de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

<sup>10</sup>Reclamação STF 2.303, julgada em 2004.

<sup>11</sup>Os Juízes também podem flexibilizar a prova da insuficiência de meios deduzindo gastos com medicamentos ou tratamentos dos requerentes, operando com um conceito de renda disponível não previsto em lei.

<sup>12</sup>Enunciado 30 da Advocacia Geral da União, de 9 de junho de 2008, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos de representação judicial da União: “A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no artigo 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.”

<sup>13</sup>Em 2004 o TRF da 3ª Região já chamava atenção que ao se pretender excluir do cálculo caracterizador da pobreza todo e qualquer benefício no valor de um salário mínimo, dando interpretação extensiva ao Estatuto do Idoso que previu que a concessão do benefício assistencial ao idoso não entra no computo da renda de novo benefício assistencial se estaria dando ao benefício de prestação continuada o escopo de complementação de renda, nesse sentido o voto da relatora desembargadora Eva Regina: “Quanto ao requerimento da parte autora na aplicação, por analogia, do artigo 34, parágrafo único, da lei nº 10.741/03, entendo que a aludida disposição legal não pode ser empregada no caso in comento, pois conforme o contexto apresentado, a concessão do benefício vindicado resultaria em complementação de renda, o que sem dúvida não coaduna com a função sócia do mesmo.” Processo: 2003.61.07.003098-6.

<sup>14</sup>Segundo os dados do SUIBE, foram apenas 77 casos de indeferimento em razão da idade mínima inferior a 65 anos, entre os anos de 2012 e 2014.

---

<sup>15</sup>Distribuídos da seguinte forma: Acre, 4; Amapá, 4; Bahia, 3; Goiás, 6; Maranhão, 5; Mato Grosso, 4; Tocantins, 4. Os números dos 30 processos são: 0000314-1420154013311, 0008473-5820154013500, 0012473-0420154013500, 0017310-0520154013500, 0010903-8020154013500, 0009153-4320154013500, 0007431-7120154013500, 0004603-9820134014300, 0005693-4420134014300, 0004392-3320114014300, 0002205-8120134014300, 0001901-3420164013700, 0002004-7520154013700, 0002703-2320154013100, 0003894-0620154013100, 0015585-5120144013100, 0004949-3520144013000, 0004943-6220134013000, 0003875-0920154013000, 0005275-9220144013000, 0003394-8920154013600, 0009648-1520144013600, 0017114-6020144013600, 0005741-6620134013600, 0054316-6220144013700, 0037561-0220104013700, 0052910-4020134013700, 0001038-4620144013313, 0000429-3820154013310, 0000007-1420154013100.

<sup>16</sup>Parecer 075/2011/DENOR/CGU/AGU.

<sup>17</sup>Na forma do art. 24 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

<sup>18</sup>Lei Complementar nº 101/2000 Art. 9º § 2º; “*Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias*”.

<sup>19</sup>Orçamento anual da Unidade Orçamentária – UO 55901 – Fundo Nacional de Assistência Social – FNAS (vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS), conforme informações obtidas no sítio da Câmara dos Deputados (LOA 2014): R\$ 39.768.983.702,00

<sup>20</sup>Em agosto de 2014 o Supremo Tribunal Federal entendeu que deve ser feito o prévio requerimento administrativo junto ao INSS antes de o cidadão recorrer à Justiça para a concessão do benefício, pois sem pedido administrativo anterior não há caracterização da lesão ou ameaça de direito. Para os pedidos feitos diretamente na justiça, antes da manifestação do Supremo, foi criada uma regra de transição segundo a qual a parte autora deve ser intimada para dar entrada no pedido administrativo junto ao INSS.

<sup>21</sup>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, julgada em abril de 2004. (DJ 04.05.2004).

<sup>22</sup>O primeiro caso em que uma Suprema Corte exerceu o controle de constitucionalidade dos atos da administração foi em 1803 no caso *Marbury v. Madison*, nos Estados Unidos da América. Posteriormente essa competência passou a ter previsão constitucional em diversos países.

<sup>23</sup>Recurso Extraordinário 410715 AgR/SP, julgado em novembro de 2005. (DJ 03.02.2006).

<sup>24</sup>Ação Direta de Inconstitucionalidade 4029/AM, julgada em março de 2012 (DJe 26.06.2012).

<sup>25</sup>Declaração Universal Dos Direitos Humanos Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>  
<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>