

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA  
SOCIAL**

**EDER DION DE PAULA COSTA**

**JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eder Dion De Paula Costa, José Ricardo Caetano Costa – Florianópolis:  
CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-571-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Saúde. 4. Vulnerabilidade.  
XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



## **XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL**

---

### **Apresentação**

Dos 18 artigos aprovados no GT o qual coordenamos, no XXVI GONGRESSO NACIONAL – DIREITO, DEMOCRACIA E INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA, realizado entre os dias 15 A 17 de novembro de 2018, em São Luis, Maranhão, foram apresentados todos os artigos aceito. Os trabalhos tiveram predominância nas áreas que compõe a Seguridade Social (Previdência, Saúde e Assistência Social), demonstrando a tendência crescente deste GT em albergar os trabalhos que versam sobre a Seguridade Social no Brasil.

Vejamos uma rápida sinopse de cada um dos trabalhos apresentados.

No artigo denominado A AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA EMPRESAS QUE PRATICAM ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL QUE AFETA A SAÚDE PSÍQUICA DOS TRABALHADORES, de Nilson Jose Gomes Barros, o autor aborda a possibilidade da ação regressiva do INSS contra empresas que praticam assédio moral que afeta a saúde psíquica dos trabalhadores. Analisa o aumento dos índices de afastamento por licença saúde, por assédio moral, o que ocasiona um grande impacto financeiro nas contas da previdência social.

No artigo denominado A ASSISTÊNCIA SOCIAL E A ANIQUILAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DE CIDADANIA NO BRASIL, de Juliana Toralles dos Santos Braga, Eder Dion De Paula Costa, os autores apresentam uma reflexão acerca da assistência social no Brasil e a atual aniquilação dos direitos sociais de cidadania previstos na CRFB de 1988, especialmente os referentes ao benefício de prestação continuada.

No artigo denominado A SOLIDARIEDADE SOCIAL COMO PRINCÍPIO E FUNDAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL, de Camila Barreto Pinto Silva, Cristina Barbosa Rodrigues, as autoras intentam demonstrar que a seguridade social visa disseminar e fortalecer a solidariedade que é um dos pilares da sociedade moderna. Avaliam o principio da solidariedade social, como um dos pilares da seguridade social.

No artigo denominado A COOPTAÇÃO SINDICAL CORPORATIVISTA E A LEGALIZAÇÃO DA CLASSE TRABALHADORA BRASILEIRA, de Bruno Ferraz Hazan, Luciana Costa Poli, os autores apresentam uma análise da política corporativista de Getúlio Vargas e dos elementos a ela agregada que culminaram com a consolidação do mito de

outorga e da perda de identidade da classe trabalhadora brasileira. Investigam as primeiras manifestações do sindicalismo no Brasil, a fim de se demonstrar que o Direito do Trabalho no país não pode ser totalmente proclamado como dádiva estatal.

No artigo denominado A INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SEGURO, Max Emiliano da Silva Sena, Letícia da Silva Almeida, os autores abordam o direito à informação e o direito social ao meio ambiente do trabalho seguro, este como integrante do meio ambiente geral, consubstanciam direitos fundamentais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Avaliam se o trabalho atende ao princípio ambiental da prevenção e oferece importantes subsídios para a garantia de um ambiente de trabalho seguro e saudável, por meio da educação ambiental e da visão sistêmica de fatores internos e externos relativos ao trabalho.

No artigo denominado A TEMPORARIEDADE DA REALIZAÇÃO DA PERÍCIA MÉDICA EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM APLICAÇÃO AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS, de Marcilene Margarete Cavalcante Marques, Leonardo Rabelo de Matos Silva, os autores abordam situação real fática das perícias médicas no âmbito judicial estadual. Investigam da necessidade de realização de duas perícias, quando já poderia em uma única perícia nexos causal detectar incapacidade laborativa do segurado decorre de acidente de trabalho ou doença ocupacional em razão das atividades exercidas pelo segurado.

No artigo denominado ANÁLISE DA POLÍTICA DE SEGURIDADE SOCIAL SOB ENFOQUE LUSO-BRASILEIRO: A ESPECIFICIDADE DA ASSISTÊNCIA SOCIAL NA PERSPECTIVA DE ACESSO À DIREITOS, de Kely Cristina Saraiva Teles Magalhães, Camila Arraes de Alencar Pimenta, analisam a questão da desigualdade social no Brasil e em Portugal. Constatam que o benefício de prestação continuada e o complemento solidário para idosos são dois exemplos de benefícios dos países em questão que complementam a renda dos idosos vulneráveis. Analisam conceitos jurídicos e segue para a verificação prática da jurisprudência, desenvolvendo a crítica argumentativa por meio de referencial teórico.

No artigo denominado AS AÇÕES JUDICIAIS CONTRA OS FUNDOS DE PENSÃO E OS IMPACTOS DAS CONTINGÊNCIAS NOS PLANOS PRIVADOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, de Rodrigo Otávio de Barros Santos, o autor analisa as ações movidas contra as Entidades Fechadas de Previdência Complementar-EFPC, ou fundos de pensão. Analisa as ações que podem influenciar o patrimônio não só da entidade, mas, sobretudo, dos planos administrados. Propõe, portanto, que estes planos reservem uma parte do seu

patrimônio para a cobertura de possíveis demandas, sob pena de prejudicar os respectivos planos.

No artigo denominado CONFLITOS DE DECISÕES EM PROCESSOS REFERENTES À ASSISTÊNCIA À SAÚDE SUPLEMENTAR COM BASE EM NORMAS REGULATÓRIAS DO SETOR E DO PODER JUDICIÁRIO, de Gleidson Sobreira Lobo, Marlene Pinheiro Gonçalves, os autores investigam as decisões divergentes entre o órgão regulador do mercado de saúde suplementar e o Poder Judiciário. Na pesquisa realizada, os autores verificaram que em todos os processos demandados, a operadora de planos de assistência à saúde procedeu as devidas negativas baseando-se na legislação referente ao mercado de saúde suplementar, sendo todos os processos administrativos arquivados, mas no âmbito do Judiciário foram obtidos sucessos nas demandas analisadas.

No artigo denominado DECISÕES JUDICIAIS ACERCA DE MEDICAMENTOS EXPERIMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO, de Miguel Ferreira Filho, o autor verifica o posicionamento jurisprudencial acerca da prestação de tratamentos com medicação experimental, com vistas à aplicação do princípio da precaução. Constatou que o modelo de Estado Constitucional impõe um dever estatal para promoção dos direitos sociais prestacionais e o meio adequado, perquirindo-se acerca do conceito de interesse público, bem como do conflito entre mínimo existencial e reserva do possível nas decisões judiciais.

No artigo denominado DIREITOS SOCIAIS: CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA COMO JUSTIÇA SOCIAL SEGUNDO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA, de Auricelia do Nascimento Melo e Maria do Rosario Pessoa Nascimento, as autoras realizam uma análise sobre o benefício assistencial, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana. Buscam identificar as decisões em que a aplicação desse princípio teve prevalência em detrimento da lei.

No artigo denominado EMPODERAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES AFETAS A SEGURIDADE SOCIAL: INCREMENTALISMO OU INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA EM MATÉRIA PREVIDENCIÁRIA, de Viviane Freitas Perdigão Lima, Renata Caroline Pereira Reis Mendes, as autoras analisam a política pública e os precedentes do Judiciário ao substituir as funções do Poder Executivo e Legislativo, na proteção dos riscos sociais. Verificou-se a postura judicial incrementando a Constituição ao primar a solidariedade social.

No artigo denominado HIV/AIDS E EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E PREVIDÊNCIA SOCIAL: INCAPACIDADE DE ACORDO COM A SÚMULA

78 DA TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO (TNU), de Maria Aparecida Alkimin, Nathanael Lisboa Teodoro da Silva, os autores analisam a situação jurídica dos portadores do HIV/AIDS e efetivação do direito fundamental à saúde e previdência social em face da dignidade da pessoa humana e as hipóteses em que o portador do HIV poderá obter direito as prestações previdenciárias por incapacidade junto ao Regime Geral da Previdência Social. São demonstrados os estágios do vírus, contexto histórico e estigmas sociais, trazendo o conceito de incapacidade da Súmula 78 da TNU.

No artigo denominado JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: A JUSTIÇA PAUTADA NA INSEGURANÇA, de Andre Studart Leitao, Daniela Montezuma Da Silva, os autores procuram analisar os julgados relativos a benefícios assistenciais nos Tribunais Federais do Brasil em face de recente decisão do STF, que entendeu pela inconstitucionalidade do critérios legais, ampliando os parâmetros objetivos para que o juiz possa reconhecer outros critérios para a concessão do benefício no caso concreto.

No artigo denominado O JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A INTERVENÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE, de Claudio Ruiz Engelke, José Ricardo Caetano Costa, os autores analisam o fenômeno chamado de judicialização da saúde, em que ações judiciais pleiteiam alguma medida do sistema estatal. Utilizando-se do método indutivo e da pesquisa de revisão bibliográfica, tenta-se demonstrar alguns limites existentes nesse processo de judicialização da saúde, especialmente quando envolvem políticas públicas de proteção coletiva.

No artigo denominado O PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVIDENCIÁRIO E A TEORIA WEBERIANA DA BUROCRACIA, de Tiago Adami Siqueira, analisa os conceitos e princípios do processo administrativo previdenciário, através da teoria burocrática de Max Weber. Entende que o Direito à Seguridade Social está no rol dos Direitos Fundamentais, sendo assim o acesso ao sistema previdenciário brasileiro (Regime Geral de Previdência Social), necessitando ser organizado, seguro, simples e transparente.

No artigo denominado O TRANSGÊNERO E O DIREITO PREVIDENCIÁRIO: OMISSÃO LEGISLATIVA E INSEGURANÇA JURÍDICA NO ACESSO AOS BENEFÍCIOS, de Danilo Henrique Nunes e Lucas De Souza Lehfeld, analisam a isonomia e da dignidade da pessoa humana, no que respeita ao transgênero e seus direitos previdenciários, além de contemplar a indispensabilidade de reflexão acerca dos benefícios previdenciários diante da omissão legislativa e insegurança jurídica nesse sentido, busca-se levantar os principais pontos sobre a questão previdenciária para os indivíduos transexuais.

No artigo denominado PRINCÍPIOS JURÍDICOS E REFORMA DA PREVIDÊNCIA: A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO BRASILEIRO, de Ana Caroline Pires Miranda e Daniele Letícia Mendes Ferreira, as autoras discorrem sobre o direito fundamental à previdência social, enfocando os principais aspectos da reforma da previdência social, apontando criticamente as propostas constantes na Emenda Constitucional 287/2016 ao texto constitucional e aos princípios consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

No artigo denominado REFLEXÕES SOBRE AS LIMINARES QUE ORDENAM O ESTADO FORNECER MEDICAMENTOS FORA DA LISTA DA RENAME À LUZ DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO, de Maria Claudia Crespo Brauner, Rodrigo Gomes Flores, as autoras refletem sobre as decisões judiciais de fornecimento de medicamentos fora da lista do RENAME diante do papel do Estado Social de Direito, cuja regulação e planejamento foram deferidos aos poderes legislativo e executivo. Concluem que a interferência do Poder Judiciário nas políticas de saúde deverá ser limitada a casos extremos, sob pena de ferir o princípio da igualdade e universalidade do acesso à saúde.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa - FURG

Prof. Dr. Eder Dion De Paula Costa - UniChristus

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: A JUSTIÇA PAUTADA NA INSEGURANÇA

## JUDICIALIZATION OF “BENEFÍCIO ASSISTENCIAL”: A JUSTICE GUIDED ON INSECURITY

Andre Studart Leitao <sup>1</sup>  
Daniela Montezuma Da Silva <sup>2</sup>

### Resumo

Este estudo procurou analisar julgados relativos a benefícios assistenciais nos Tribunais Federais do Brasil em face de recente decisão do STF, que entendeu pela inconstitucionalidade do critérios legais, ampliando os parâmetros objetivos para que o juiz possa reconhecer outros critérios para a concessão do benefício no caso concreto. Os critérios que hoje são utilizados foram demasiadamente relativizados, causando injustiça no caso concreto. A metodologia utilizada foi pesquisa jurisprudencial, no qual foi realizado um critério de comparação. Chegou-se à conclusão de que a melhor alternativa para o judiciário seria o entendimento pelo critério objetivo de meio salário mínimo.

**Palavras-chave:** Beneficio assistencial, Stf, Jurisprudência, Critério renda, Insegurança jurídica

### Abstract/Resumen/Résumé

This study sought to analyze decisions regarding assistance benefits in Federal Courts of Brazil that because of a recent STF decision, which considered the unconstitutionality of the legal criteria, expanding the objective parameters so that the judge can recognize other criteria for granting the benefit in concrete cases. The criteria used today were too relativized, causing injustice in the concrete cases. The methodology used was jurisprudential research, in which a comparison criterion was performed. It was concluded that the best alternative for the judiciary would be the understanding by the objective criterion of half a minimum wage.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Benefit assistance, Stf, Jurisprudence, Income criterion, Legal insecurity

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Procurador Federal. Professor no Centro Universitário Christus.

<sup>2</sup> Advogada. Mestranda em Direito pela Unichristus. Especialista em Direito Previdenciário. Bacharel em Direito e em enfermagem. Ex conciliadora da Justiça Federal no Estado do Ceará. Professora do Instituto Intellegens.

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente estudo consiste em analisar diversos julgados no tocante à concessão do benefício assistencial no país. O aspecto fundamental de análise é a questão do critério subjetivo que passou a ser utilizado pelo Judiciário após a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a concessão dos benefícios de prestação continuada.

Quer-se demonstrar que, atualmente, a cognição judicial a realidade orienta-se exclusivamente em critérios subjetivos. Com efeito, quando o ponto controvertido de uma demanda judicial sobre o benefício de prestação continuada envolve a hipossuficiência econômica, não existe linearidade quanto à parametrização da renda, em evidente prejuízo à segurança jurídica. Expectativas legítimas deixam de ser atendidas, afinal casos idênticos acabam sendo solucionados de forma diferente.

Por outro lado, a análise administrativa do Instituto Nacional de Seguro Social continua pautada em um critério já declarado inconstitucional. Está-se, pois, diante de um cenário de polarização de extremos inservíveis. Nem o entendimento do INSS, nem o entendimento do STF. O objetivo do presente artigo é construir a ideia de que a melhor solução vagueia pelo caminho do meio.

## **2 CRITÉRIOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL**

O benefício assistencial encontra-se previsto no artigo 203, V, da CF/88. Esse benefício objetiva amparar dois públicos bem definidos: o idoso e a pessoa com deficiência, desde que em situação de miserabilidade.

A Lei 8.742, de dezembro de 1993, regulamentou o inciso V do art. 203 da CF/88, instituindo no plano concreto o benefício assistencial de prestação continuada. Evidentemente, as diretrizes constitucionais foram preservadas: benefício de valor mínimo destinado a dois grupos específicos, desde que comprovada a hipossuficiência do grupo familiar.

Segundo a legislação atual, o benefício assistencial está condicionado ao cumprimento de dois requisitos: 1º) titularidade específica; no caso da pessoa com deficiência, trata-se de comprovar o impedimento de longo prazo; no caso da pessoa pessoa, trata-se de comprovar a idade de sessenta e cinco anos; 2º) a miserabilidade mediante demonstração de que a renda *per capita* do grupo familiar é inferior a um quarto de salário mínimo.

Os critérios foram se moldando com o passar do tempo. Em primeiro lugar, o impedimento de longo prazo ou deficiência cederam lugar, por vezes, para um impedimento que significaria deficiência ou moléstia em fusão com barreiras sociais. A Turma Nacional de Uniformização, para explicar melhor tais parâmetros e sua evolução, editou a súmula 48 em 18/04/2012, que explicita que a incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão de benefício assistencial de prestação continuada.

Em tal contexto, a partir de 2012 o julgador passou a fazer uma nova interpretação do critério impedimento de longo prazo. Atualmente, já é natural a concessão de benefício assistencial pretérito sem ajustes no prazo revisional de dois anos. Entretanto, o motivo desse espaço privilegiado de discussão, é centrado no critério da renda.

Dessa forma, percebe-se que o objetivo do benefício não está sendo alcançado. O desenvolvimento pautado nas oportunidades não são evidenciados, pois só receberão este benefício aqueles demasiadamente pobres. Essa comparação é feita devido aos critérios serem extremos, não oportunizando aos miseráveis uma vida digna pautada no desenvolvimento como liberdade. Desenvolve-se, nesse contexto, uma preocupação. Sendo assim, qual critério seria o correto para que fossem contempladas a justiça e a paz social?

Foram ajuizadas algumas ADIs a partir de 1995, nas quais se questionavam a constitucionalidade do critério objetivo de um quarto de salário mínimo. Nessa época, o pedido foi ajuizado pelo Procurador-Geral da República, que ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1232/DF), situação em que argumentava uma restrição indevida ao benefício de prestação continuada. Finalmente, em 1998, a ADI nº 1232 foi julgada improcedente. O entendimento da Corte Superior era pautado no argumento de que o critério legal não afrontava a constituição. Critério este que, na verdade, era pautado no art 20, parágrafo 3º da LOAS. Entretanto, a discussão não cessou.

O ponto central das discussões envolvia as mais variadas acepções de pobreza ou vulnerabilidade. Havia um clamor pela majoração do limite de um quarto do salário mínimo. Os tempos eram outros. Argumentava-se que o Direito deveria buscar soluções normativas alternativas que refletissem a realidade das pessoas. Os conceitos outrora legalizados já não eram mais suficientes para atender ao objetivo do benefício.

Analogicamente, ainda foi editada a Súmula 11 da TNU. Muito embora seu cancelamento tenha se dado em 24 de abril de 2006, a referida orientação persistiu através de inúmeros julgados. Ademais, em 1º de janeiro de 2004, foi instituído o Estatuto do Idoso, lei

10741/03. O critério de miserabilidade mudaria? Foi a época em que o STJ, no julgamento do Pet 7203/PE, consolidou a interpretação de que deveria ser excluído para o cálculo da renda per capita qualquer benefício de salário mínimo recebido por pessoa maior de 65 (sessenta e cinco) anos.

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas. Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do **caput** não será computado para os fins do cálculo da renda familiar **per capita** a que se refere a Loas (grifo nosso) (BRASIL, 2003, *online*).

Muito embora tivessem ocorrido inúmeros pedidos de inconstitucionalidade pelo INSS através de diversos seguimentos, o STF continuou firme e atendia aos clamores dos magistrados de primeiro grau, que defendiam uma avaliação dos critérios pautados na subjetividade, ou seja, na análise do caso concreto.

Em 2013, o STF enfrentou, através da reclamação 4374/PE e dos Recursos Extraordinários 567985 e 580963 com repercussões gerais, a problemática até então sem resposta definitiva. Desta vez o STF declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art 20 da LOAS por omissão parcial da lei, passando ainda a conceber a inclusão de pessoas que tivessem renda per capita um pouco acima do limite. A problemática continuava. E eis o primeiro problema a ser enfrentado: quanto seria esse um pouco acima do limite legal? Mais adiante discorrer-se-á sobre esse assunto. Nesta época também foi declarada a inconstitucionalidade parcial do parágrafo único da lei 10.741/2003 com fundamento na desigualdade e incongruência nesta nova interpretação do artigo.

Sendo assim, instituiu-se a turva ideia de subjetividade do julgador no tocante à concessão do LOAS. A relativização do critério estabelecido em lei de um quarto do salário mínimo per capita na família tomou novas interpretações.

Diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade (BRASIL, 2016, *online*).

A problematização foi consolidada. As inconstitucionalidades reconhecidas pelo STF referendou de vez a subjetividade, sem que fosse encontrado e enfrentado um parâmetro que acolhesse as necessidades das pessoas amparado em um critério objetivo.

Vive-se, portanto, em um contexto pautado na insegurança jurídica ou na amplitude de reconhecimento de direitos? Esse é o nosso propósito. Até que ponto está sendo coerente a

análise do Supremo Tribunal Federal em relativizar os valores dos diversos parâmetros para a concessão do LOAS de acordo com o caso concreto?

### **3 MISERABILIDADE**

Percebe-se uma busca incessante pela tentativa de aferir um conceito de miserabilidade. Contudo, apesar de perseguirmos a polêmica da aferição da miserabilidade não vemos uma descrição objetiva do que realmente deve ser encontrado nos julgados ou na lei. Essa insegurança adocece os resultados.

Conceituar pobreza não é algo fácil. Uma das visões mais recentes sobre o tema é a de Amartya Sen (1999, p. 32), que descreve inúmeras abordagens sobre o fenômeno de pobreza, iluminando seu estudo nas liberdades. Falar em pobreza para o autor indiano, portando, é falar em ausência de liberdade:

A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados (como a violação do direito ao voto de outros direitos políticos ou civis), ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo do que gostariam (incluindo a ausência de oportunidades elementares como a capacidade de escapar de morte prematura, morbidez estável ou fome involuntária).

Portanto, as expressões pobreza e miserabilidade devem abranger algo bem maior. A pobreza significa ausência de liberdade. Essa liberdade, por sua vez, encontra sua plenificação no estar livre para funcionar, para obter a realização dos seus propósitos. Assim o autor indiano assevera:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos ou interferência excessiva dos Estados repressivos (SEN, 2011, p. 18).

Cumprido salientar que, ao estudar um modo de verificar a miserabilidade ou a pobreza, ou ainda a hipossuficiência, devemos ter em mente quais as saídas que o ser humano, no caso concreto, teria para superar tal adversidade.

O benefício assistencial, como um suporte assistencial, deve ter como parâmetro e propósito uma saída para a busca de oportunidade ao desenvolvimento. Cada vez mais visualizam-se diversos julgados que contemplam a miserabilidade pautada exclusivamente na ausência de objetos úteis e essenciais na casa do autor. O parâmetro “renda” se relativiza dentro de critérios aceitáveis e o benefício é concedido pela visualização apenas de fotos e/ou de depoimentos em audiências. Em contraponto, vê-se benefícios sendo indeferidos quando existe casa com móveis básicos e em bom estado de conservação, comprados quando essa mesma pessoa tinha um emprego e que esmera com cuidado para serem preservados. E,

infelizmente, essa pessoa padecerá exclusivamente por possuir, aliás, por preservar imóvel e móveis.

Essa problematização foi ainda conceituada ressaltando a importância do benefício assistencial para a efetivação das capacidades. A filósofa norte americana, Martha Nussbaum, enumera um rol que compreende as necessidades básicas de um ser humano, entre eles a vida, a saúde física e a integridade. Sendo assim, existem motivos relevantes para que esse benefício seja direcionado à população da maneira mais justa possível, já que ele deve oportunizar a efetivação das capacidades.

Todos os cidadãos têm direito, baseado na justiça, a todas as capacidades, até um nível mínimo adequado. Se as pessoas estão abaixo desse nível mínimo em qualquer das capacidades, isso é uma falha de justiça básica, não importa quão avançadas estejam em todas as outras (NUSSBAUM, 2013, p. 205).

O trabalho objetiva, portanto, trazer uma reflexão sobre os julgados amparados numa subjetividade perigosa e sujeita à prática de injustiças. Partindo desse exemplo, observa-se que, no mínimo, deve existir um critério mais objetivo para que exista uma maior segurança protetora. Segurança esta que deve seguir os caminhos em uma busca incessante de meios para que não haja extremos ligados à fome, morte prematura e outros.

DDD: Art. 8º. §1. Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetuadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais (BRASIL, 1986, *online*).

Partindo do pressuposto da injustiça social, surge a preocupação em relatar os diferentes modos de aferir a miserabilidade mediante análise (subjetiva) do caso concreto, haja vista a inegável insegurança jurídica.

#### **4 CASUÍSTICA: PROCESSOS JUDICIAIS JULGADOS COM BASE NA SITUAÇÃO HABITACIONAL, NA ANÁLISE DA NECESSIDADE DE MEDICAMENTOS, NA SITUAÇÃO DE MISERABILIDADE, DEPENDÊNCIA DE TERCEIROS DO NÚCLEO FAMILIAR E EXCLUSÃO DE BENEFÍCIOS NO VALOR DE ATÉ UM SALÁRIO MÍNIMO.**

Diante da inconstitucionalidade declarada pelo STF do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso e do parágrafo 3º do art 20 da LOAS, serão analisadas algumas decisões que revelam um cenário de fundamentação diversificada. A título de ilustração, as decisões judicial valem-se de argumentos como a ausência de renda, que compromete a compra de medicamentos, a precariedade da situação habitacional, a dependência da ajuda de terceiros ou a exclusão de renda por outros integrantes da família.

Conquanto seja evidente a rede infundável de desdobramentos fáticos, alguns autores criticam o modelo casuístico. Lenio Luiz Streck (1999, p. 75), por exemplo, salienta que Paulo Nader não admite interpretações que conduzam ao subjetivismo no direito. Portanto, ao interpretar uma lei, o magistrado deve buscar de todas as maneiras a finalidade idealizada pelo legislador. O subjetivismo deve ser afastado no momento do julgamento, priorizando os reais valores do Direito. Ainda sobre o entendimento da *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, Lênio Streck assevera:

Que as correntes subjetivistas substituíram o "voluntarismo do legislador" pelo "voluntarismo do juiz". Portanto, se a corrente objetivista (vontade da lei) for levada ao extremo, coincide com o realismo jurídico presente nos EUA que afirmam que "direito é o que decidem os tribunais", o que parece-nos voluntarismo do juiz, que seria de corrente subjetivista. (STRECK, 1999, p. 96).

Buscar a verdade (objetividade) nas ciências humanas é um ideal antigo, e no Direito não é diferente, já que os estudiosos desejavam ser chamados de cientistas, e a ciência, a verdade e a objetividade seriam supostamente garantidas através dessas teorias. Graças a elas, poder-se-ia eleger um método rigoroso que garantisse um caminho seguro até a verdade (e com ela a objetividade, e no caso da Direito, a segurança jurídica, a previsibilidade). Os resultados foi o surgimento de variados métodos de interpretação: gramatical, sociológico, sistemático (como se existisse alguma interpretação que não fosse sistemática, no sentido de não ter uma relação com o todo) etc.

Já a ideia da vontade do juiz é abrir espaço para a discricionariedade, ou seja, o juiz pode decidir do jeito que quiser, pois quaisquer das possibilidades seriam indiferentes jurídicos, seriam "corretas". Com essa tese, em vez de previsibilidade (meta do objetivismo), o que existiria seria uma insegurança jurídica. Com isso poderia se afirmar: direito é o que os juízes dizem ser.

Essa discussão prossegue em artigo escrito por Leonel Pessôa (2010). Nele se discutem as ideias de objetividade e de subjetividade na teoria da interpretação. Segundo o autor, existem inúmeros estudiosos, como Savigny, que se preocupam com o significado literal da lei. Já outra corrente focaliza o esforço cognitivo na busca pela verdade. O "sentido da lei repousaria em fatores objetivos como os interesses em jogo na sociedade" (2010).

Entretanto, todo esse contexto encontra ainda a retificação do autor Eliseu Raphael Venturi. A subjetividade revela-se enquanto um desvio do sentido da norma.

Então, a subjetividade nada mais seria que um traço personalíssimo além da técnica, da necessidade e do cabimento, revelando-se apenas como alvedrio, talante, arbítrio,

desvio, desestabilização. É propriamente o sentido do subjetivismo, que não se coaduna com a idéia de uma normatização externa (afinal o sistema jurídico não é desenhado com base na moral pessoal do julgador). Merece destaque que o termo “subjetividade” é ponto nevrálgico dos debates jurídicos, eis que pode ser porta de entrada de vícios de interpretação e, assim, elisão de regras e princípios jurídicos, tais como os da isonomia, impessoalidade e moralidade. (VENTURI, 2015, *online*).

Em sentido contrário, ressalta-se a aceitação do subjetivismo interpretativo pautado no sopesamento de princípios na teoria de Robert Alexy citado por Juraci Mourão (2010, *online*), em que há a valorização da constitucionalidade da ponderação concreta. Defendendo posição distinta, Dimitri Dimolius e Leonardo Martins (2007, p. 157) escrevem:

Efetivamente, o entendimento que mais condiz com os imperativos a interpretação sistemática é que a não inserção de reserva legal significa que o constituinte autorizou o pleno exercício do direito e não vislumbrou riscos de conflitos com outros direitos constitucionalmente vinculados. Eventual limitação legislativa do direito sem reserva seria inconstitucional: uma restrição só pode ser admitida *in concreto*, quando se constata um efetivo conflito entre bens jurídico-constitucionais (entre um direito fundamental e um interesse estatal ou difuso ou coletivo com lastro constitucional ou entre dois direitos fundamentais).

Nos autos do processo 0501456-26.2015.4.05.8309 (BRASIL, 2015, *online*) da Terceira Turma da Justiça Federal de PE, julgado no dia 14/12/2015, restou devidamente comprovado, por meio de perícia social, que a casa onde vivia a autora demonstrava vulnerabilidade social, pois o piso era de cimento e os móveis se encontravam em estado de má conservação. Logo, o requisito de miserabilidade estaria presente, apesar do relato pericial constar que a renda familiar seria de meio salário mínimo. Neste julgado observa-se uma renda superior ao limite legal, contudo, diante de suposta vulnerabilidade social demonstrada casuisticamente através de má conservação dos móveis, o benefício acabou sendo concedido. Houve, portanto, a relativização do critério renda.

Em contraposição, no processo processo nº 5006552-13.2016.4.04.7201, a Segunda Turma recursal da Justiça Federal de Santa Catarina, a pretensão foi julgada improcedente, sobo argumento de que a casa onde residiam os autores era de alvernaria, própria, em regular estado de conservação, guarnecida com geladeira, forno de microondas, fogão, sofá, TV, máquina de lavar roupas e todos os quatro quartos mobiliados. A irmã da autora possuía dois veículos automotores. Os registros fotográficos, de fato, deixam transparecer que o grupo familiar não passava por situação de vulnerabilidade social. Importante ressaltar que a renda familiar era inferior a um quarto do salário mínimo, pois a irmã da autora era maior de 21 anos e tinha filhos, não integrando legalmente o conceito legal de família.

Fazendo uma análise nos casos apresentados, observa-se que, no primeiro, a renda é superior ao limite objetivo legal, mas foi afastada devido às péssimas condições de habitação da pessoa. O benefício, neste caso, foi deferido pelo TR de Pernambuco, dando provimento ao pleito do recorrente. Esse julgado nos apresenta a problemática clara da aferição do critério de concessão com base no estado de conservação da moradia, e não em um critério renda objetivo.

No segundo caso, tem-se os valores invertidos. O critério renda não é suficiente, que normalmente é atestado pela assistente social, que por sua vez relatou com clareza o caso. E apenas pelo contexto habitacional favorável do suplicante o benefício foi indeferido. A casa era de alvenaria, própria, com forno micro-ondas, fogão e veículos pertencentes à irmã da autora. Deixando claro através das fotos que o grupo familiar não estaria passando por situação de vulnerabilidade social.

Um primeiro comentário sobre os casos supracitados seria analisar em qual deles a “liberdade” estaria presente. Talvez o bem estar social fosse um dos parâmetros para uma melhor a solução desses casos. Deve-se ainda pensar nas heterogeneidades pessoais e questionar em qual dos casos o benefício deveria ter realmente sido deferido

As pessoas apresentam características físicas diferentes relacionadas à incapacidade, doença, idade ou sexo, e isso faz com que as suas necessidades difiram. A compensação necessária para as desvantagens variará e, ademais, algumas desvantagens podem não ser totalmente corrigíveis mesmo com transferência de renda (SEN, 2000, p. 99).

Analisa-se a seguir as desvantagens dos casos mencionados:

Caso 1: seria o albinismo, dentro do mercado de trabalho, um fator de desvantagem? *A priori* pode-se pensar que existem inúmeras pessoas albinas trabalhando ativamente e sem nenhum estigma. Contudo, em trabalhando a pessoa na agricultura e, portanto, sendo necessário seu afastamento do sol, seria esse o único motivo do afastamento ao trabalho? Não seria correto transferir renda à uma pessoa albina, sem uma doença que a incapacite para toda e qualquer atividade, sendo esta renda mais necessária a outra pessoa em situação de incapacidade bem mais acentuada.

Viu-se que o fator preponderante não foi o critério renda, que inclusive foi pautado acima do parâmetro legal, mas na situação da casa. Casa esta que poderia estar naquela situação por vontade da pericianda. As pessoas apresentam opções de ter uma casa bem estruturada ou não. Portanto, esse critério não seria o mais correto.

O Caso 2: tem-se um contexto social em que a deficiência foi confirmada inclusive pelo próprio INSS e uma renda que não deve ser levada em consideração. No presente caso, há uma irmã e um sobrinho que devem ser desconsiderados, pois fazem parte de outro núcleo familiar. O único rendimento que deveria ter sido analisado na questão seria de 1.200,00 reais do pai da requerente, e sendo assim, esta renda se destinaria à autora, sua mãe e sua irmã. Sendo assim, a renda familiar seria de 300,00 reais. Renda parcialmente dentro do critério objetivo, ou seja, bem próximo ao critério de um quarto do salário mínimo. A casa da família é de alvenaria, possuindo nove cômodos: quatro quartos, duas salas, uma cozinha, uma lavanderia e um banheiro, se resumindo a mobília em uma mesa com seis cadeiras, duas estantes, três televisões, duas camas de casal e três de solteiro, três roupeiros, um fogão a gás, uma pia, dois armários, uma máquina de lavar, um micro-ondas, um forno elétrico, um computador defeituoso e um estofado. Possuem, além disso, um GM/Corsa Wind, cor prata ano 1999, e um Ford/Ka ano 2000, cor vermelho, ambos em nome de Cristiane Ledoux.

Questiona-se aqui se esses móveis seriam úteis a autora. Ela deveria ter sua cama, um fogão, uma casa de alvenaria de tamanho razoável e a presença de dois carros antigos com mais de 16 anos de uso cada um. Vale ressaltar que a irmã é divorciada com um filho e, por isso, seu contexto familiar não devia estar inserido no da requerente de forma alguma. O nobre julgador de Santa Catarina entendeu que a autora estaria bem amparada, mesmo não tendo a mínima condição de trabalhar conforme sua grave deficiência.

O que não se viu no primeiro caso foi uma incapacidade parcial que a impedisse de realizar algum tipo de trabalho. A renda também era superior, mas ainda assim o benefício foi concedido. Fez-se justiça? Eis o primeiro problema amparado no critério da situação habitacional.

Quanto ao critério relativizado devido à compra de medicamentos, apresenta-se o processo nº 00005200320134059999 (BRASIL, 2013a, *online*) julgado pela primeira turma do TRF 5. Nesse caso, apesar de a renda familiar ser maior do que um quarto do salário mínimo, a necessidade da compra de medicamentos não concedidos pela via pública foi relevante para o restabelecimento do benefício assistencial ao portador de deficiência, que fora cessado por limite de renda superior. Foi declarado que, apesar da renda familiar estar acima do limite legal, parte dela estaria comprometida com a compra de medicamentos não distribuídos pela rede pública.

Já em posição análoga tem-se o julgado nº 00009638520124059999 (BRASIL, 2013b, *online*) da quarta turma do TRF 5, em que a autora integra um grupo familiar composto por

duas pessoas (ela e seu cônjuge), ambos com idade avançada, tendo como única fonte de renda mensal a aposentadoria por idade percebida por seu esposo, no valor de 1 salário mínimo. Deve-se atentar ao fato de que a autora possui todo o lado esquerdo de seu corpo paralisado em razão de tumor no cérebro, sendo ainda portadora de diabetes, o que demanda altos custos mensais com o tratamento e medicações. Tal fator, associado aos gastos com alimentação, energia e demais necessidades básicas e, sabendo-se ainda que a família reside em imóvel alugado e que seu marido, também idoso, é doente, tendo inclusive sofrido Acidente Vascular Cerebral - AVC, conduz à conclusão de que resta cumprido o requisito de miserabilidade. Ademais, o benefício de aposentadoria por idade de um salário-mínimo percebido por qualquer membro da família não deve ser computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS em razão da aplicação analógica do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, fazendo jus a autora ao benefício assistencial pleiteado.

Diante dos dois julgados, observa-se que o mesmo tribunal, diante de ausência de medicamentos que deveriam ser fornecidos pela rede pública, amparam seus julgados na deficiência da saúde pública, mesmo a renda sendo superior ao limite legal.

Passa-se a analisar os dois casos: no primeiro caso, encontra-se uma renda superior ao limite legal, mas que a compra de medicamentos estaria comprometendo a renda, sendo concedido o benefício.

Já o segundo caso deve ser analisado de forma diferenciada. Tem-se dois idosos com mais de 65 anos recebendo uma renda de um salário mínimo, que é comprometido pela compra de medicamentos não fornecidos pela rede pública. Entretanto, existe um agravante. Restou comprovado nos autos que os dois membros da família (esposo e esposa) apresentam impedimentos. Portanto, o critério de aferição da miserabilidade foi pautado em duas pessoas que necessitam de assistência e que são seriamente comprometidos pelos impedimentos presentes.

Os casos são bem diferentes, pois a responsabilidade do fornecimento de medicação é da área da saúde e não da assistência social. Outros parâmetros deveriam motivar o julgamento, como ocorreu no caso 2, e não só no comprometimento do salário familiar pela medicação não fornecida pelo Sistema Único de Saúde.

Acerca de um novo critério, qual seja, recebimento de benefícios no valor de um salário mínimo por pessoas da família, passa-se a analisar o processo nº

00001193820104058308 (BRASIL, 2012, online) da quarta turma do TRF5. No qual tem-se a incapacidade da demandante para qualquer atividade laborativa, levando-se em consideração que é portadora de alienação mental grave e epilepsia (CID F20.0 e G40) em estágio crônico e que medicação não surte efeito terapêutico consoante perícia médica oficial realizada nos autos. Foi contestada a condição de hipossuficiência porque reside em companhia dos genitores, os quais percebem benefícios (assistencial e previdenciário), no valor de um salário mínimo cada, constituindo renda suficiente para a subsistência do grupo familiar, não se revelando cabível o auxílio material da Assistência.

Já no processo nº 200905990014386 (BRASIL, 2009, *online*) da quarta turma do TRF 5, tem um caso, no mínimo, incomum. A incapacidade do requerente é incontroversa, consoante os laudos médicos, os quais atestam ser ele portador de retardo mental grave. O cerne da questão gira apenas em torno da comprovação da condição de hipossuficiência do demandante, posto que seus pais são detentores de benefícios previdenciários no valor de um salário mínimo cada um. Ocorre, porém, que benefício percebido pela genitora do postulante é o de aposentadoria rural por idade. O núcleo familiar, de acordo com a prova testemunhal produzida com as cautelas legais, é composto pelos pais, dois irmãos, que não obstante sejam maiores de idade, moram com os pais e "não trabalham porque também tomam remédio e são fracos da cabeça", além do próprio autor que sofre de retardo mental grave e certamente faz uso constante de medicação, de modo que a renda per capita familiar, ainda que corresponda ao limite estabelecido na lei assistencial, é insuficiente para o atendimento das necessidades básicas de seus membros em razão de suas excepcionalidades.

Analisando os dois casos, vê-se que, no primeiro, existe uma renda de dois salários mínimos para dois idosos e um deficiente. Portanto, não atendido o critério legal; tendo uma renda superior a um quarto do salário mínimo. Já no segundo caso, os pais, dois irmãos maiores também apresentando retardo mental, além do requerente. A renda é de apenas 1 salário mínimo a ser dividida para 5 pessoas. Portanto o critério objetivo, *a priori*, não estaria satisfeito, uma vez que os dois irmãos maiores não fariam parte do contexto familiar, mas por intercorrências de um estado de saúde mental, é justo que eles estejam inseridos no contexto familiar.

Sendo assim, tem-se dois casos bem distintos de concessão de benefício ao portador de deficiência. Um caso em que existe uma renda de dois salários mínimos para três pessoas. E o outro caso em que existe apenas um salário mínimo para 5 pessoas, sendo três delas deficientes. Precisa-se analisar cada caso concreto, pois infelizmente o estado não tem e não

terá condições de suportar entendimentos tão diversos. O benefício assistencial deve ser concedido a quem realmente necessita e, se é para analisar o caso concreto, na verdade nunca se terá uma justiça pautada na realidade. Analisar o benefício através de diversos meios causa uma insegurança jurídica e um gasto maior pelo poder público. O erário não suportará. A apresentação de outros meios de prova para a comprovação da hipossuficiência é um perigo, causando um descontrole nos parâmetros legais da concessão do benefício.

## **5 A IMPORTÂNCIA DA PROTEÇÃO ASSISTENCIAL NO DESENVOLVIMENTO DO SER HUMANO**

O objetivo da assistência social, como subsistema da seguridade social, é a proteção dos pobres e marginalizados. Essa proteção busca proteger aqueles não segurados da previdência para que haja uma relativa equidade ou uma proteção complementar.

Para além da proteção sinalagmática, impõe-se a articulação de políticas públicas e de mecanismos normativos focados precipuamente na inclusão social, na garantia da vida, na redução dos danos e na prevenção de incidência de riscos (LEITÃO, 2016, p. 21).

A assistência social busca uma proteção social básica através de benefícios, serviços e programas que visam a prevenção da miserabilidade e pobreza extremas. A proteção deve focar em um mínimo existencial, para que seja garantido o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. E, é através desse princípio constitucional que é assegurada uma vida digna a todos os beneficiários.

Sem dúvidas, proporcionar uma vida digna é buscar além do seu objetivo principal, mas também proporcionar oportunidades outrora inexistentes. Através do benefício assistencial essa oportunidade se concretiza, uma vez que visa proteger os idosos e os deficientes das mazelas sociais.

A idade avançada deve ser protegida, mas também todo o contexto que a velhice traz, somando as barreiras e a hipossuficiência econômica. A comprovação da miserabilidade deve estar presente para que, através do recebimento de benefício, possa ser superada. Da mesma forma a deficiência, oportunizando a essas pessoas igualdade de condições com os outros idosos e deficientes. “Qualquer sociedade decente deve responder às suas necessidades de assistência, educação, autorrespeito, atividade e amizade” (NUSSBAUM, 2013, p. 120).

Através de toda essa proteção assistencial, o Estado obrigatoriamente deve responder às necessidades assistenciais, contudo devem existir parâmetros de distribuição de benefícios. Tais parâmetros devem ser razoáveis e cumprir a expectativa de gastos, para que haja uma distribuição de renda equiparada. Os recursos do Estado assistencial são reduzidos,

contrapondo-se à necessidades ilimitadas dos cidadãos. E é por essa preocupação que passa o presente estudo. Essa falha de recursos *versus* necessidades, remete à como e quando fornecer assistência. Mas infelizmente, através da jurisprudência dominante, observam-se injustiças pautadas na relativização de uma norma que, através de critérios objetivos, tenta equilibrar os recursos e as necessidades dos cidadãos.

O Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição, apresenta julgamentos que causam uma insegurança jurídica. Os parâmetros da concessão do benefício assistencial estão relativizados, proporcionando injustiças. Como vimos nos causídicos, tem-se o benefício concedido para quem, na realidade, apresenta capacidade e infraestrutura, benefício este que falta para o miserável.

## **6 CRÍTICAS AO CRITÉRIO VIGENTE E A NECESSIDADE DE UM PARÂMETRO OBJETIVO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL E A JUSTIÇA PAUTADA NA INSEGURANÇA**

O entendimento que hoje prevalece para a concessão do benefício assistencial é o de transferência da vontade do legislador para a vontade do magistrado. Ao afastar o critério legal, a Suprema Corte transferiu responsabilidades, já que o juiz teria toda discricionariedade possível para definir a miserabilidade no caso concreto e em conformidade com suas convicções pessoais, enfatiza-se: com sérios riscos para o equilíbrio do orçamento da assistência social.

Importante ressaltar que não existem mais critérios de um quarto e nem tampouco de metade de um salário mínimo. Os critérios são aferidos pelo juiz, a este foi entregue um cheque em branco do orçamento do benefício assistencial. A problemática é delicada, pois há prioritariamente dois grandes problemas: a injusta distribuição dos benefícios e o descontrole do orçamento.

Em primeiro lugar será demonstrado o desentendimento dos próprios tribunais que emitem julgados antagônicos no tocante ao entendimento de miserabilidade. Percebe-se que foi necessário para essa visualização uma apresentação de alguns julgados do TRF 1, TRF 2, TRF 3, TRF 4 e TRF 5, a seguir comentados.

Casuística 1: O TRF 2, no processo nº 2017.99.99.000007-6 (BRASIL, 2017, *online*), demonstra que nos autos que a autora reside em casa humilde, herdada pela sua genitora. Informa que a parte autora faz uso de medicamentos, que reside com seu irmão que também possui doença mental. Informa a genitora do menor que reside somente com seus dois filhos (deficientes), que o genitor dos filhos não reside com a família e que trabalha como servente

de pedreiro. Que a única renda da família é o benefício recebido por seu filho, que não trabalha por se dedicar exclusivamente aos cuidados de seus filhos. Portanto, no caso em exame, restou suficientemente comprovado a impossibilidade da parte autora em garantir sua subsistência, sendo suas necessidades especiais o motivo pelo qual sua genitora não possui atividade laborativa. A avaliação realizada pela assistente social confirmou a hipossuficiência familiar. Ademais, sabe-se que a comprovação da renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo é dispensável quando a situação de hipossuficiência econômica é comprovada de outro modo e, no caso dos autos, ela restou demonstrada.

Nota-se que esse julgado traz a valoração da deficiência, apesar da autora morar em casa própria e da existência de um salário mínimo recebido pelo filho da requerente.

Já o TRF 4, processo nº 5003584-22.2016.4.04.7100/RS, traz uma negativa de prestação jurisdicional, pautada na presença de deficiência/incapacidade, de uma idosa, que não recebe nenhuma renda fixa, mas que sobrevive de ajuda de filhos casados que moram em outras localidades.

No caso concreto a parte autora apresenta Artrite Reumatóide Grave, desde 2008. O grupo familiar é composto apenas pela demandante (64 anos), que reside sozinha. A recorrente relatou que não possui renda própria e é auxiliada financeiramente por terceiros. O laudo socioeconômico informou que a autora reside em imóvel cedido (leia-se: não há gastos com moradia) por um casal de conhecidos, localizado na zona rural de Viamão. Sobre as condições materiais do imóvel, restou evidente que a residência possui quatro cômodos ,água encanada, com móveis e eletrodomésticos em bom estado de conservação. Possui ainda dois quartos, cozinha e banheiro. Importante ressaltar que os móveis pertencem aos proprietários do imóvel, sendo da posse da autora somente uma televisão de quatorze polegadas.

Da análise dos registros fotográficos anexados, foi verificado que a residência se encontra em bom estado de conservação, assim como está guarnecida por todos os móveis e eletrodomésticos necessários à sobrevivência digna. Dispõe de máquina de lavar roupas, fogão a lenha, fogão a gás, geladeira, pia, balcão, roupeiro, televisão, cama, mesa e cadeiras.

De acordo com a perícia social, as despesas mensais são em torno de R\$ 145,00. Apresenta gastos de R\$ 100,00 com medicamentos e R\$ 45,00 com consultas médicas, sendo que ambos são custeados pelos filhos da autora. As despesas com luz, água e alimentação são pagas pelos proprietários do imóvel.

Apesar da ausência de renda própria, analisando o conjunto probatório, o tribunal entendeu que a demandante não se encontra em situação de miserabilidade ou risco social, porquanto possui filhos capazes de ampará-la adequadamente.

Note que os dois casos merecem alguns questionamentos. No primeiro caso temos uma superavaliação da deficiência, apesar da autora possuir casa própria e de existir uma renda de 1 SM. Já no segundo caso, também há uma deficiência comprovada, em uma idosa, que vive de favor e apenas recebe ajuda de filhos casados que moram longe de sua localidade. Ressaltamos que a autora do primeiro caso não é idosa, mas mesmo assim houve entendimento que esta faria jus ao benefício. Entretanto, foi negado direito a uma pessoa idosa, sem casa própria, sobrevivendo de ajuda precária, com uma deficiência de longo prazo. Nesse caso, portanto, há uma relativização no primeiro caso não visualizada no segundo.

Diante desse contexto, vemos ainda um processo julgado precedente (nº 0004812-80.2016.4.03.9999 – TRF 3), em que, com relação à miserabilidade, o estudo social restou demonstrado que a autora de 16 anos, do lar, reside com seu filho de 8 meses, em imóvel de 2 cômodos cedido pelos genitores, composto por 1 quarto, 1 cozinha e banheiro coletivo, realizando as refeições na casa dos pais. Segundo relato da mãe, o companheiro da filha abandonou a família logo depois do nascimento do filho do casal, não paga pensão e a filha não tem condições físicas de cuidar dela própria, tampouco para desenvolver atividade laborativa, em razão de ser portadora de insuficiência renal crônica não especificada (CID 10 N18.9) e de síndrome hemolítico-urêmica (CID 10 59.3). É dependente financeiramente e de cuidados dos genitores, desloca-se pelo menos 2 vezes por semana aos médicos fora do município, faz tratamento de quimioterapia com reações adversas, e faz uso de medicação proveniente de doação. A autora não auferia renda, e recebe auxílio do pai, Sr. Reginaldo, que é aposentado por invalidez e auferia R\$ 850,00 por mês, e da mãe R\$ 905,00 por mês, por exercer atividade de auxiliar de comércio. Os gastos mensais básicos não foram informados. Nos autos, houve a declaração de não possuírem imóveis ou veículo automotor.

Dessa forma, o requisito da miserabilidade encontra-se demonstrado no presente feito. Cabe ressaltar que, no presente caso, foi levado em consideração todo o conjunto probatório apresentado nos autos, não se restringindo ao critério da renda mensal per capita. Julgado pedido improcedente do recurso do INSS.

Casuíca 2:

O segundo caso, o que se enfrenta é a negativa do provimento no processo nº 0502562-98.2016.4.05.8305 (BRASIL, 2016, *online*). Conforme análise do laudo pericial, o recorrente é portador de “conjunto de sintomas, a apresentação clínica e os dados da história favorecem a construção do diagnóstico de Transtorno Mental não especificado devido a uma lesão e disfunção cerebral e a uma doença física, categorizado na CID-10 sob o número F06.9.” (BRASIL, 2016, *online*). Tal enfermidade gera incapacidade permanente para atividades laborativas. Foi observado que o indivíduo não se encontra em situação de miserabilidade, não sendo necessária a proteção do Estado, que deve se dar apenas de modo subsidiário.

O núcleo familiar é composto pelo recorrente, sua esposa e filha menor de idade. A renda declarada é composta pelo recebimento de Bolsa Família no valor de R\$ 257,00, além de R\$ 150,00 advindos da ajuda de sua sogra. Conforme se verifica no anexo nº 28 do referido processo, a residência do demandante se encontra em precário estado de conservação, sem o fornecimento de água encanada e coleta de esgoto. No entanto, o que chama a atenção é a presença de um carro, modelo Fiat/uno mille fire flex, ano/modelo 2007/2008, cuja proprietária é a esposa do recorrente, além de possuir forno micro-ondas e aparelho de DVD, mostrando tais bens serem incompatíveis com a infraestrutura da residência.

O caso 2 se refere a um processo em que, apesar da família possuir um veículo e renda, este quesito foi desconsiderado para o deferimento do benefício. E mais! Existia uma renda superior a ¼ de SM. O núcleo familiar, de acordo com a perícia social, é composto pela autora, um irmão menor e seus genitores. No que concerne à renda da família, a genitora da demandante trabalha, auferindo renda no valor de um salário mínimo. Além disso, durante a perícia social restou comprovado que o pai da autora realiza bicos como eletricista, não tendo sido informada renda.

Analisando os autos, verificou-se no caso concreto algumas peculiaridades que permitem a concessão do benefício. Embora não se tenha informação a renda recebida pelo pai da autora, depreende-se do conjunto probatório dos autos que tal renda não é de grande monta, uma vez que tal trabalho é realizado esporadicamente.

Desta forma, verificou-se que a renda preponderante e que, de fato, sustenta a família é a da mãe da autora no valor de um salário mínimo, não havendo nos autos indicativos de que a renda do pai seja de grande monta de modo a afastar o critério utilizado pela jurisprudência pátria. Conclui-se, pois, que a renda *per capita* não supera o patamar objetivo estabelecido pela jurisprudência do Excelso Pretório, a saber, 1/2 salário mínimo. Além disso, o núcleo

familiar em questão possui duas crianças com deficiências que exigem adequado tratamento médico, bem como despesas outras como transporte, medicação, etc.

No acórdão, foi destacado que o genitor da demandante possui um carro modelo GOL (ano 1998). No recurso da autora, foi alegado que o bem foi adquirido para melhorar o deslocamento dos filhos para realização de tratamento feito em Fortaleza. Acolhida a alegação da parte autora, entendeu-se ser verossímil tal alegação, considerando o fato das duas crianças serem deficientes, a necessidade de se deslocar para outra cidade e toda dificuldade que envolve essa situação, de modo que parece crível que a família tenha adquirido o bem, mesmo em meio a toda dificuldade financeira enfrentada por ser um caso de extrema necessidade.

Quanto à residência da autora, verifica-se que é alugada no valor de R\$ 200,00 reais mensais. Em relação a este quesito, com a devida vênia do entendimento sufragado pela douta magistrada sentenciante, aparentemente não se vê, na avaliação social, nenhum elemento capaz de afastar, *tout court*, a situação de hipossuficiência presumível da renda declarada. Das fotos anexadas aos autos, constata-se que se trata de residência em razoável estado de habitação com móveis e eletrodomésticos uteis e necessários à vida doméstica. Ainda quanto aos gastos da família, restou consignado no laudo social que a família gasta em torno de R\$ 116,00 com medicamentos e seringas para aplicação de hormônios.

Diante do cenário acima exposto e tendo em mente os custos ordinários para a manutenção de qualquer família dentro dos padrões minimamente aceitáveis impostos pela dignidade da pessoa humana, foi deferido o benefício, entendimento oposto ao primeiro caso relatado.

## **7 CONCLUSÃO**

Diante do exposto, a conclusão a que se chega é que a prestação jurisdicional encontra-se em uma zona de instabilidade no tocante aos julgados pautados na comprovação da miserabilidade para a concessão do benefício assistencial. A questão merece ser reavaliada diante dos inúmeros julgados que apresentam entendimentos diversos sobre o mesmo tema, causando portanto uma insegurança jurídica. Essa revisão merece ser apreciada de uma forma objetiva para que a justiça seja alcançada no sentido de promover a igualdade e a justiça social.

O STF é o responsável por essa instabilidade, que está provocando injustiça em alguns casos. Em alguns casos, os critérios vêm sendo amplamente relativizados; em outros não, resultando no pagamento de benefícios decorrentes das várias espécies de contingências. Entre

elas, cita-se a utilização de medicamentos para relativizar a renda familiar, empréstimos realizados, mobília nova e até mesmo a presença de um carro pode ser motivo de indeferimento e, em outro julgado, ser irrelevante tais informações.

Neste sentido, o INSS, na gestão dos benefícios, insiste em aplicar um critério que já foi declarado inconstitucional pelo STF, entregando ao judiciário, que está livre de qualquer parâmetro objetivo, a responsabilidade pelo julgamento do caso.

Tais julgamentos que relativizam os critérios de concessão de miserabilidade do LOAS, acabam refletindo uma violação do direito fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, decorrente da privação de verba alimentar essencial à subsistência, que contribui de forma essencial ao seu papel social. Ou, por outro lado, concedendo benefícios numa relativização exacerbada dos critérios de miserabilidade.

Em virtude desse entendimento doutrinário e jurisprudencial, a respeito da presunção de instabilidade nos casos concretos, conclui-se que a fixação do critério objetivo de meio salário mínimo por pessoa seria razoável.

## 8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARABI, Abhner Y. **O processo não é problema, é garantia.** O casuismo é que é o problema. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-05/abhner-arabi-casuismo-nao-processo-problema>>. Acesso em: 18 ago 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232. Partes: Procurador-Geral Da República, Presidente da República, Congresso Nacional. Ministro Relator: Ilmar Galvão. Publicação: DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095. Brasília, DF, 27 ago. 1998.

BRASIL. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/desenvolv.htm>>. Acesso em 16 jun. 2017.

BRASIL. Recurso em Processo Cível nº 2017.99.99.000007-6. Partes: Marcos Paulo Brito da Cruz e Instituto Nacional do Seguro Social. Magistrado: Marcello Ferreira De Souza Granado. 2ª Turma Especializada. 17 jan. 2017.

BRASIL. Justiça Federal. Súmula nº 11 TNU. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Justiça Federal. Súmula nº 48 TNU. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de Dezembro de 1993.. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. 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: 17 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4374/PE. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Ministro Relator: Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 567985. Reclamante: Instituto Nacional De Seguro Social – INSS. Reclamado: Alzira Maria De Oliveira Souza. Ministro Relator Marco Aurélio. Mato Grosso, 18 abr 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário Nº 580963/Pr. Partes: Instituto Nacional De Seguro Social - INSS, Procurador-Geral Federal, Blandina Pereira Dias, Hélder Masquete Calixti e Outro(a/s), União, Advogado-Geral da União, Defensor Público-Geral Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento Em: 18 De Abril de 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Processo nº 0502562-98.2016.4.05.8305. Turma Recursal. Juiz Relator: Paulo Roberto Parca de Pinho. 27 abr. 2017. Recife, PE. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf5.jus.br/jurisprudencia/exibe\\_modelo.wsp?tmp.anexo.id\\_documento=57491](http://jurisprudencia.trf5.jus.br/jurisprudencia/exibe_modelo.wsp?tmp.anexo.id_documento=57491)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível nº 0004812-80.2016.4.03.9999. Anagatuba - São Paulo. Relator: Desembargador Federal Newton De Lucca. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumentosProcesso?numerosProcesso=201603990048128&data=2017-06-05>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Processo nº 5003584-22.2016.4.04.7100. Recorrente: Neuza Maria Cabral de Oliveira. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. Relatora: Marina Vasques Duarte de Barros Falcão. Porto Alegre, 06 jun. 2017. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=2&documento=12579868&termosPesquisados=loas|medicacao](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=2&documento=12579868&termosPesquisados=loas|medicacao)>. Acesso em: 08 jun. 2017.

BRASIL. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. Processo nº 0502562-98.2016.4.05.8305. 27 abr. 2017. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf5.jus.br/jurisprudencia/exibe\\_modelo.wsp?tmp.anexo.id\\_documento=57491](http://jurisprudencia.trf5.jus.br/jurisprudencia/exibe_modelo.wsp?tmp.anexo.id_documento=57491)>. Acesso em 24 jun. 2017.

BRASIL. 3ª Turma da Justiça Federal de Pernambuco. Execução de Título Judicial nº 0501456-26.2015.4.05.8309. Relatoria: Joaquim Lustosa Filho. 10 ago. 2015. Disponível em: <[https://creta.jfpe.jus.br/cretainternetpe/consulta/processo/detalhe.wsp?tmp.processo\\_judicial.id\\_processo\\_judicial=671645&tmp.processo\\_judicial.nr\\_processo\\_judicial=0501456-26.2015.4.05.8309](https://creta.jfpe.jus.br/cretainternetpe/consulta/processo/detalhe.wsp?tmp.processo_judicial.id_processo_judicial=671645&tmp.processo_judicial.nr_processo_judicial=0501456-26.2015.4.05.8309)>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. 1º Turma do Tribunal Regional Federal 5ª Região. Apelação Cível nº 00005200320134059999. 2ª Vara da Comarca de Catolé do Rocha. 22 fev. 2013. Disponível em: <[http://www4.trf5.jus.br/data/2013/04/00005200320134059999\\_20130411\\_5082528.pdf](http://www4.trf5.jus.br/data/2013/04/00005200320134059999_20130411_5082528.pdf)>. Acesso em: 9 jun. 2017.

BRASIL. 4ª Turma do Tribunal Regional Federal. Apelação nº 00009638520124059999. Vara Única da Comarca de Coremas. 21 mar. 2013. Disponível em:

<[http://www4.trf5.jus.br/data/2012/05/00009638520124059999\\_20120510\\_4518396.pdf](http://www4.trf5.jus.br/data/2012/05/00009638520124059999_20120510_4518396.pdf)>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 00001193820104058308. 27 Vara Federal de Pernambuco. 03 abr. 2012. Disponível em: <[http://www4.trf5.jus.br/data/2012/06/00001193820104058308\\_20120614\\_4539348.pdf](http://www4.trf5.jus.br/data/2012/06/00001193820104058308_20120614_4539348.pdf)>. Acesso em 10 jun. 2017.

BRASIL. 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 200905990014386. 1ª Vara da Comarca de Itaporanga. 28 abr. 2009. Disponível em: <[http://www4.trf5.jus.br/data/2010/07/200905990014386\\_20100729\\_3097293.pdf](http://www4.trf5.jus.br/data/2010/07/200905990014386_20100729_3097293.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2017.

DIMOLIUS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, Juraci Mourão. **O Limite à Atuação Jurisdicional dos Direitos Fundamentais com Reserva Legal**. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, Fortaleza – CE, Junho de 2010.

LEITÃO, André S. Benefício assistencial ao idoso, à pessoa com deficiência e ao trabalho portuário avulso. Salvador: Juspodivm, 2016.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Trad.: Susana de Castro. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PESSÔA, Leonel. Teoria pragmática e teoria da interpretação Leonel cesariano pessoa. Revista de Informação Legislativa, a. 47 n. 188 out./dez. 2010. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198711/000901832.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 19 ago 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad.: Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEN, Amartya. **Uma ideia de justiça**. Trad.: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VENTURI, Eliseu Raphael. Expressões da subjetividade no Direito: de instância hermenêutica ao bem jurídico. Uma análise do emprego da subjetividade pelos magistrados. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9438](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9438)>. Acesso em: 15 de maio maio 2015.