

Benefício Assistencial

TEORIA GERAL - PROCESSO - CUSTEIO

1^a edição — 2015

2^a edição — 2018

MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR
JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

Coordenadores

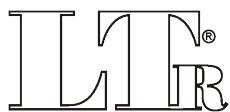
Benefício Assistencial

TEORIA GERAL - PROCESSO - CUSTEIO

A luta pelo Direito
Assistencial no Brasil

2^a Edição





EDITORAS LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571
CEP 01224-003
São Paulo, SP — Brasil
Fone (11) 2167-1101
www.ltr.com.br
Setembro, 2018

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: R. P. TIEZZI
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO
Impressão: META

Versão impressa — LTr 6120.0 — ISBN 978-85-361-9817-0
Versão digital — LTr 9460.1 — ISBN 978-85-361-9845-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Serau Junior, Marco Aurélio

Benefício assistencial : teoria geral, processo, custeio : a luta pelo direito assistencial no Brasil / Marco Aurélio Serau Junior, José Ricardo Caetano Costa. — 2. ed. — São Paulo : LTr, 2018.

Bibliografia.

1. Assistência social — Brasil 2. Direitos sociais 3. Poder judiciário 4. Seguridade social — Brasil I. Costa, José Ricardo Caetano. II. Título.

18-19735

CDU-34:368.4(81)(094.56)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Previdência social e assistencial : Benefícios : Leis comentadas : Direito previdenciário 34:368.4(81)(094.56)

SUMÁRIO

Nota à 2 ^a edição.....	9
Prefácio	11
Apresentação	13
Introdução.....	15
Parte I — Teoria Geral da Assistência Social	
O Limbo da Proteção Social: Entre a Assistência e a Previdência.....	19
<i>Fabio Luiz dos Passos</i>	
Uma Contribuição ao Estudo da Assistência Social à Pessoa com Deficiência: Trabalho e Eficiência no Modo de Produção Capitalista.....	28
<i>Flávio Roberto Batista</i>	
A Influência do Argumento Econômico sobre o Jurídico na Aplicação do Direito à Assistência Social	35
<i>Jair Soares Júnior</i>	
As Políticas Públicas, o Ativismo Judicial e a Assistência Social.....	44
<i>Miguel Horvath Júnior</i>	
O Direito a Ter Direitos: Os Direitos Sociais Assistenciais a Partir do Ativismo Judicial.....	49
<i>Ana Maria Correa Isquierdo e José Ricardo Caetano Costa</i>	
A Assistência Social e o Benefício de Prestação Continuada: Uma Realidade a Ser Aprimorada	56
<i>Theodoro Vicente Agostinho e Sérgio Henrique Salvador</i>	
A Proteção Assistencial aos Idosos e Deficientes na Constituição Federal de 1988: Uma Análise da Função Social do Benefício Previsto na Lei n. 8.742/1993	59
<i>Tiago Adami Siqueira</i>	
A Importância da Assistência Social na Constituição Federal como Instrumento Social.....	67
<i>Wagner Balera</i>	

Parte II — Assistência Social na Perspectiva do Direito Internacional

BPC-LOAS: Análise da Exigência do Prazo Mínimo de Dois Anos para a Caracterização da Incapacidade face à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência	75
<i>Maria do Carmo Lopes Toffanetto Rossitto Bassetto e Marcelo Eduardo Rossitto Bassetto</i>	

Os Diálogos entre o Direito Interno e o Direito Internacional: Impactos na Concepção da Deficiência e seus Reflexos Assistenciais	87
<i>Melina Girardi Fachin</i>	

Controle de Convencionalidade e Seguridade Social: Uma Análise da Aplicação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência nas Decisões do TRF4 Relativas Ao Benefício de Prestação Continuada (BPC)	97
<i>Sidnei Machado e Isabela Costa Rodrigues</i>	

O Direito dos Imigrantes ao Benefício de Prestação Continuada: Uma Questão de Cidadania	108
<i>Tatiana Chang Waldman, Camila Bibiana Freitas Baraldi e Táli Pires de Almeida</i>	

Parte III — Sobre o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social: Aspecto Material

Benefício de Prestação Continuada: Uma Análise Dialética sobre Conflitos em Parâmetros Estabelecidos por Decisões Judiciais no Cálculo da Renda <i>Per Capita Familiar</i>	121
<i>Adriano Mauss e Rodrigo Favero</i>	

Critérios para Aferição da Vulnerabilidade Social Necessária à Concessão do Benefício de Prestação Continuada: A Jurisprudência do STF nas Duas Últimas Décadas.....	138
<i>Ana Cláudia Mendes de Figueiredo</i>	

Amparo Assistencial x Interdição Civil: O Que Isso Tem a Ver com Igualdade de Condições e/ou Proteção da Pessoa com Deficiência?	151
<i>Diego Henrique Schuster</i>	

Perícia Biopsicossocial: O Bom Exemplo que Vem da Lei Orgânica da Assistência Social.....	158
<i>José Ricardo Caetano Costa e Marco Aurélio Serau Jr.</i>	

A Construção de um Critério Multidimensional Psicossocial para a Configuração do BPC Assistencial	169
<i>José Ricardo Caetano Costa</i>	

Deixando os Pobres à Própria Sorte: A Tese da Responsabilidade Subsidiária do Estado na Promoção da Assistência Social e a Não Efetivação deste Direito.....	180
<i>Liane de Alexandre Wailla e José Ricardo Caetano Costa</i>	

Da (In)Efetividade das Propostas de Concretização do Benefício de Prestação Continuada ao Idoso: Uma Análise Reflexiva	193
<i>Monica Cameron Lavor Francischini</i>	

Novas Questões sobre o Direito do Deficiente ao Benefício de Prestação Continuada.....	206
<i>Paulo Afonso Brum Vaz</i>	

Benefício Assistencial e Benefícios Previdenciários: Diferenças e Aproximações.....	215
<i>Silvio Marques Garcia</i>	

A Concessão do Benefício de Prestação Continuada para Situações de Incapacidade Temporária.....	225
<i>Theresa Rachel Couto Correia e Luiz Rogério da Silva Damasceno</i>	

Parte IV — Processo Judicial e Administrativo para Concessão do BPC

Processo Administrativo para Fins de Concessão de Benefício Assistencial	235
<i>Alexandre Schumacher Triches</i>	

Especificidades da Coisa Julgada na Concessão do Benefício Assistencial	243
<i>Bruno Takahashi e Karina Carla Lopes Garcia</i>	

Benefício Assistencial ao Portador de Deficiência (B87): Contemporâneos Aspectos Processuais nas Demandas Judiciais contra o INSS	252
<i>Fernando Rubin</i>	

Justiça Social e Manutenção do Benefício Assistencial da Lei n. 8.742/1993 no Óbito do Titular	261
<i>José Carlos Francisco</i>	

Parte V — Financiamento e Custeio da Assistência Social

Neoliberalismo, “Novo Regime Fiscal” e Assistência Social.....	271
<i>Hector Cury Soares e Juliana Toralles dos Santos Braga</i>	

Assistência Social: Breve Estudo sobre os Gastos com Proteção Social Básica e Proteção Social Especial nos Mu- nicípios de São Paulo e de Belém.....	282
<i>Luma Cavaleiro de Macêdo Scaff</i>	

Parte VI — Aspectos Criminais

A Assistência Social e o Crime de Advocacia Administrativa: Uma Interpretação Necessária	291
<i>Denis Renato dos Santos Cruz</i>	

NOTA À 2^a EDIÇÃO

É com muita satisfação e grande compromisso que reorganizamos com muito cuidado e carinho a segunda edição desta obra dedicada à reflexão da Assistência Social e, em particular, do único benefício de prestação continuada pecuniária introduzido pela Lei n. 8.742/93, o denominado *benefício assistencial* ou BPC-LOAS.

Para nossa agradável surpresa a 1^a edição se esgotou rapidamente. A 2^a edição não foi elaborada de pronto, mas seu longo processo de amadurecimento se justifica especialmente em virtude do acréscimo de novos temas e novos autores à coletânea, os quais, natural e espontaneamente, aderiram às reflexões que aqui se busca fazer.

O elo que une a todas e todos que aqui escreveram, não temos dúvida, reside na necessidade do aprimoramento dos critérios que ensejam a concessão não somente do BPC assistencial, mas a efetivação de todos os direitos relacionados à Assistência Social.

Sendo a Assistência Social a última das áreas da Seguridade Social a ser regulamentada após a promulgação da Constituição Federal de 1988, seu principal e único benefício pecuniário tardou mais quatro anos para ser instituído.

Quando o BPC veio à lume, ainda, trouxe consigo o critério restritivo da renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, como nítida política pública para contemplar somente os brasileiros e brasileiras que estão abaixo da linha da pobreza, e não verdadeira política pública inclusiva e emancipatória.

Ademais, não se pode desprezar que o critério de deficiência adotado na Lei n. 8.742/93, que contempla os incapazes para os atos da vida civil e para o trabalho, encontrava-se na contramão dos Tratados Internacionais sobre proteção das pessoas com deficiência.

Neste particular, a efetivação da perícia biopsicossocial por meio do Estatuto da Pessoa Deficiente, instituído pela Lei n. 13.146/15 (art. 2º, inc. 2º), além de vários avanços trazidos por este verdadeiro Código Especial, passam a fazer parte das reflexões trazidas nesta 2^a edição.

A versão inicial da obra, mais enxuta, avolumou-se não somente sob o ponto de vista quantitativo, mas também na perspectiva qualitativa e passou a incorporar outros grandes nomes do Direito Previdenciário, que deram sua contribuição crítica ao tema tão relevante e sensível do benefício assistencial.

Foi necessária uma profunda reorganização desta obra, que passou a contar com uma Parte toda voltada ao Direito Internacional e seu impacto na construção da Assistência Social. Também se desmembrou a outrora Parte II, que se transformou, respectivamente, nas Partes III e IV, destinadas agora exclusivamente aos temas de Direito Material e Processual do BPC.

À comunidade jurídica, que agora passa a ter contato com esta segunda e ampliada edição, nossa pretensão de que esta obra contribua para a sua reflexão e militância profissional voltada à plena efetivação dos direitos de Assistência Social.

São Paulo/SP-Pelotas/RS, julho de 2018.

PREFÁCIO

No âmbito da proteção social, as políticas assistenciais são as que mais dificilmente são percebidas como fundadas em um autêntico direito humano e fundamental.

Por consistirem em ações e prestações não contributivas, os direitos de assistência social carregam o estigma de serem considerados direitos menores, se comparados aos demais direitos de segurança social e, ainda mais débeis, quando comparados aos direitos humanos e fundamentais de primeira dimensão (direitos de liberdade).

Dois passos se mostram importantes para o reconhecimento, a proteção e a efetivação dos direitos assistenciais.

Primeiro, o reconhecimento de sua imposição normativa de dignidade constitucional.

O direito à assistência social encontra-se consagrado constitucionalmente desde que, em 1988, a Constituição da República plasmou a segurança social como nosso modelo de proteção social. Logrou-se evoluir, assim, em termos de proteção social, em relação ao modelo dos seguros sociais, prevalecentes até então.

O modelo dos seguros sociais manifestava o pensamento político de que a proteção social se deveria dar em razão do mérito de cada pessoa. Nessa perspectiva, seria justo oferecer proteção social a quem cooperasse para o desenvolvimento social e contribuísse igualmente para um fundo comum a que se acorreria no caso de determinadas eventualidades. Por tal razão, as pessoas protegidas por esse sistema de proteção social eram fundamentalmente os trabalhadores formais e seus familiares.

A adoção de uma tal técnica de proteção social não impedia, reconheça-se, o emprego de uma ou outra política assistencial de proteção a pessoas carentes, mas elas não eram compreendidas como um direito reivindicável pelos seus destinatários. Antes, podiam ser discernidas como fruto de contingências socioeconômicas favoráveis que tornavam possível a provisão de prestações mínimas destinadas à habilitação e à integração social dos excluídos da participação social, cultural e econômica. Encontravam-se, tais prestações, como que em um amplo âmbito de discricionariedade dos agentes políticos, correspondendo a uma benesse, um favor quase que imerecido, uma dádiva mais ou menos arbitrária.

Quem sabe se pode afirmar que as ações assistenciais encontravam-se radicadas, menos na solidariedade, mais na compaixão e na benemerência. Isso porque o chamado modelo bismarckiano era fundado em uma noção fraca de solidariedade, pois simplesmente organizava o pagamento de prêmios pelos trabalhadores por determinado período para que estes tivessem assegurado o direito a um benefício quando da ocorrência dos riscos sociais protegidos. Jogava-se com a aversão aos riscos⁽¹⁾.

Essas considerações de mérito das pessoas, encontradas na base da solidariedade (fraca) dos seguros sociais, não tomavam em conta, porém, suas diferenças de raça, sexo, classe social ou mesmo capacidade para o trabalho ou fatores ambientais.

A Constituição de 1988 apresenta o grande mérito de romper com essa lógica securitária que, por oferecer cobertura apenas às pessoas que, de partida, se apresentavam em condições de se inserir no mercado de trabalho e concorrer para a formação do fundo comum (reduzido campo de proteção), apresentava baixíssimo potencial de redistribuição de renda e riqueza e de inserção social.

É justamente a partir da Constituição da República que o direito à assistência social logra alcançar dignidade constitucional fundamental, tal como reiteradamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal. Ora, a natureza fundamental do direito à assistência social vincula toda atividade estatal, a qual não é dado, portanto, oferecer-lhe proteção insuficiente (Rcl 4374, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.4.2013, DJe 4.9.2013).

Há um segundo passo importante para a efetivação desse direito fundamental social, contudo. Trata-se da compreensão de que, enquanto direito de proteção social e, mais especialmente, proteção da vida humana contra contingências sociais que lhe desafiam a existência digna, apresenta dois autênticos pressupostos de efetividade.

(1) PARIJS, Philippe van. *Refonder la solidarité*. Paris: Les Éditions Du Cerf, 1999. p. 17-22.

De um lado, é preciso compreender que a política assistencial detém importante faceta preventiva. Tal como se comprehende o direito à saúde, o objetivo assistencial centra-se na ideia de prevenção contra os maléficos efeitos da exclusão social. Não se deve esperar que a pessoa ou o grupo familiar, passo a passo, dia após dia, migre da periferia para um estado de absoluta ausência de condições para participação social. Em outras palavras, não se deve condicionar a proteção assistencial à prova de que se encontra definitivamente instalada a carência econômica do grupo familiar⁽²⁾. Justamente em face da dimensão preventiva da assistência social e da tendência de as pessoas vulneráveis terem ainda diminuída sua capacidade produtiva e elevado o espectro de suas necessidades — veja-se o caso dos idosos, por exemplo —, a proteção deve-se dar antes que se verifique um estado de degradação humana. Isso corresponde à essência da ideia da proteção: tanto quanto possível, impedir a ocorrência do dano; tanto quanto possível, atenuar-lhe os efeitos ao máximo, como se jamais houvessem existido.

De outro lado, a política assistencial apresenta a igualdade material como verdadeiro elemento constitutivo. O objetivo da assistência social, enquanto política social, é a de erradicar a miséria, reduzir as desigualdades sociais, propiciar condições para que o indivíduo tenha assegurada a sua existência física e, para além disso, reúna recursos para se desenvolver sua personalidade e participar socialmente. A melhoria da condição socioeconômica é ínsita à política assistencial. Esta não visa apenas prover a seus destinatários a conservação do estado de coisas, a manutenção da pobreza, a perpetuação do estado de semiexclusão, o “nunca poder mais”, ou a provisão de recursos indispensáveis exclusivamente à sua alimentação. Por ser uma política seletiva, seu potencial de redistribuição de riquezas e renda não pode ser subestimado.

Esses pressupostos para compreensão da assistência social, levantados como que furtivamente neste honroso espaço a mim gentilmente concedido, são apenas algumas dentre as tantas questões que merecem ser refletidas com seriedade pela comunidade jurídica.

Neste contexto, é desnecessário expressar a importância deste esforço coletivo empreendido por profundos convededores da problemática político-jurídica assistencial.

Trata-se de obra de peso e que foi escrita por juristas de peso, os quais, com contribuições das mais diversas perspectivas, se orientaram pela compenetração na necessidade de se tornar efetivo o objetivo constitucional fundamental “justiça social” e pelo amálgama que desde há muito representam os estimados Professores Marco Aurélio Serau Junior e José Ricardo Caetano Costa, seus coordenadores.

José Antonio Savaris
Juiz Federal. Doutor em Direito (USP). Professor da UNIVALI e autor de diversas obras jurídicas.

(2) E aqui o termo “carência econômica” é propositadamente invocado para contrastar com noção que com ela não se confunde e é muito mais restritiva, qual seja, a da “miserabilidade”. Com efeito, a diretriz constitucional é a de proteção assistencial ao necessitado (CF/88, art. 203). Isso significa dizer que não se deve exigir prova da miséria para a outorga dessa proteção social.

APRESENTAÇÃO

ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JR.⁽³⁾

Os trabalhos aqui reunidos, mercê da feliz iniciativa e da competente organização dos professores Marco Aurélio Serau Jr. e José Ricardo Caetano Costa, vêm completar uma grande lacuna na literatura jurídica brasileira.

Se por um lado existem muitas obras devotadas aos temas capitais da previdência social — algumas delas, por sinal, de autoria de ilustres juristas também presentes nesta coletânea — de outro, os problemas da assistência social por algum motivo parecem não suscitar a mesma atenção.

Muitos fatores podem explicar a parcimônia com que o olhar do jurista tem-se voltado ao campo da assistência social. Em meu ver, essa atitude é caudatária do lapso conceitual que subjaz à própria decisão do constituinte de reunir, sob o manto único da seguridade, assistência e previdência.

O binômio, sob o ângulo da doutrina prevalente nos países ocidentais, encerra conceitualmente uma recíproca exclusão. Um típico sistema de seguridade não comportaria a instituição de “benefícios” ou de cobertura pautados por fundamentos retributivos, nem tampouco custeados por mecanismos de arrecadação instituídos sob a forma de poupança compulsória; elementos típicos dos sistemas previdenciários. Pela solução idealizada pelo Constituinte de 1988, seguridade não seria um sistema de cobertura de contingências universal e qualitativamente distinto de previdência, mas uma somatória de previdência e assistência.

A solução do Texto de 1988 contrariou os contornos conceituais e distinções que se firmaram no decorrer do século XX a partir de experiências paradigmáticas de outros países. Até então, por seguridade (ou mesmo segurança) social, indicava-se o sistema de cobertura de contingências, ou mais propriamente de seus efeitos sociais, que se destine indistintamente a todos os que, contribuintes ou não, encontrem-se em estado de necessidade; na síntese do *Beveridge Report*: um sistema promocional e protetor que visa à liberação das necessidades. Por sua vez, por previdência (ou seguro) social designava-se o sistema de cobertura dos efeitos das contingências, resultante de imposição legal de contribuição e benefícios, alicerçado na delimitação do universo subjetivo dos beneficiários por sua qualidade de contribuinte ou seu dependente.

A tentativa do constituinte brasileiro de 1988 de instituir uma solução de compromisso entre dois modelos de proteção social, contemplada no *caput* do art. 194 da Constituição, acabou produzindo, como seria de se antever, um enfraquecimento para a carga normativa da cobertura endereçada aos não contribuintes, vale dizer: aos mais pobres. E assim porque previdência e assistência encerram modelos não apenas distintos como devotados cada qual a “universos” distintos de destinatários.

A assistência social renasce assim, de 1988, como uma espécie de primo-pobre da proteção social⁽⁴⁾. Primo-pobre mas de cepa nobre, vale dizer: como ramo da proteção social cuja efetividade permite falar em direitos de assistência revestidos da dignidade de direito fundamental.

(3) Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, da Faculdade de Direito da USP — Largo de São Francisco, advogado, Procurador Legislativo e Diretor-Executivo da Escola do Parlamento do Município de São Paulo.

(4) Logo após a promulgação da Constituição de 1988 os desconcertos dessa escolha heterodoxa — típica opção de quem não quer optar nem suportar o custo político da opção — foram progressivamente adquirindo crescente visibilidade. Excerto indicativo dessa percepção pude registrar, logo ao início do debate suscitado pelo processo de integração do trabalhador rural. (*Cenários e perspectivas dos direitos sociais para o campo — a inserção do trabalhador rural na seguridade*. In: *Os direitos sociais e a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 69-130). Como vejo, muito desses desconcertos comporiam mais adiante o pano de fundo dos debates do STF na ADI n. 1.232-1/DF, em torno da constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93.

* * *

Duas décadas passadas do início da vigência da Lei n. 8.472/93, os debates em curso parecem refletir apropriadamente o engrandecimento da agenda da assistência social, na interface entre políticas públicas de promoção social e direitos fundamentais.

Se de um lado emergiram temas como o dos limites constitucionais ao critério de remuneração familiar para a aferição “objetiva” da miserabilidade, de outro, a razoável eficácia de políticas promocionais fez emergir, para o eixo das preocupações metodológicas, o problema das “estratégias de reversão” relativamente a beneficiários de programas de “bolsas”.

Sob o ângulo jurídico, particularmente aquele dos direitos fundamentais, os trabalhos aqui reunidos, concebidos a partir de distintos pontos observação, dão conta dos principais problemas entrelaçados pelas tensões entre o regime da Lei n. 8.472/93 e o alcance da tutela constitucional das promessas do art. 203 da Constituição; em especial daquela constante de seu inciso V.

Afirmam seus organizadores na introdução: “uma obra como essa é fadada à incompletude”. Diria eu um pouco diferente: a incompletude não é da obra, mas dos desafios da assistência social, tão grandiosos num país como o Brasil, marcado pela exclusão social e pela pronunciada desigualdade na distribuição da riqueza.

Nesta obra o leitor encontrará o produto da reflexão e da pesquisa de quase trinta estudiosos, consubstanciadas em quinze estudos que tratam de temas que vão dos relevantes problemas da teoria geral da seguridade e assistência, às projeções criminais da advocacia administrativa em pretensões de assistência, passando por competentes trabalhos sobre condições de concessão, aspectos procedimentais, financiamento e custeio.

A atualidade e a profundidade deste material, escrito com elegância e clareza, e robustecido pela renomada experiência prática de seus autores com a agenda da seguridade social, permite concluir ser ele livro de leitura obrigatória para todos os que militam no terreno da assistência social, seja na qualidade de seus gestores e servidores, seja na de advogados, integrantes do Ministério Público, magistrados, e professores universitários.

Leitura também recomendável para os que, quer como pesquisadores quer como cidadãos, tenham interesse nos problemas atuais da assistência social, vistos sob o ângulo não apenas do direito da seguridade, mas também daquele em que seguridade e assistência exibem grandeza de direitos fundamentais.

São Paulo, inverno de 2014.

INTRODUÇÃO

Entregamos ao leitor uma empreitada acadêmica bastante relevante: Benefício Assistencial (Lei n. 8.472/93): temas polêmicos.

A proposta da obra é a análise da Assistência Social e suas alterações estruturais ao longo destas quase três décadas de vigência da Lei n. 8.472/93, especialmente a partir do prisma dos direitos fundamentais.

A Assistência Social não se confunde com o mero assistencialismo, mas é direito fundamental e parte importantíssima da Seguridade Social, conforme previsão do art. 194 da Constituição Federal.

Àqueles que não possuem direito à cobertura previdenciária, pois marginalizados e excluídos do mercado de trabalho formal, ainda sobre a previsão do amparo por meio da Assistência Social, *ultima ratio* da proteção social prevista na estrutura da Seguridade Social.

Trata-se, pois, de importante elemento de exercício da cidadania. Como tudo aquilo que diz respeito às conquistas sociais, é revestido de problemas e polêmicas, as quais procuramos analisar com profundidade neste trabalho coletivo.

A obra, por seus diversos artigos, permite uma abertura investigativa em relação aos principais temas relativos a este benefício: sua concepção como parte do exercício da cidadania; seus requisitos legais e sua consecução processual, o custeio dessa política pública, o congelamento dos investimentos sociais na seguridade social, o que reflete diretamente na Assistência Social, entre outros temas.

Uma obra como essa é fadada à incompletude, pois diversos outros aspectos do benefício previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, poderiam ser aventados.

Ainda assim compreendemos que uma importante colaboração para a investigação científica desse segmento dos direitos sociais foi produzida, na expectativa menos modesta de uma contribuição para o próprio exercício da cidadania.

Marco Aurélio Serau Jr.

José Ricardo Caetano Costa

PARTE I

TEORIA GERAL DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

O LIMBO DA PROTEÇÃO SOCIAL: ENTRE A ASSISTÊNCIA E A PREVIDÊNCIA

FABIO LUIZ DOS PASSOS⁽¹⁾

1. Introdução

Conforme a redação do art. 194 da Constituição Federal, 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.

A ideia de integração dos três âmbitos de atuação que integram a seguridade social ainda é relativamente nova no Brasil, posto que inaugurado com a Constituição Federal de 1988 e, embora já tenham transcorrido 25 anos desde então, não é de fácil assimilação e compreensão, seja por parte da administração pública, seja por parte do Poder Judiciário.

Embora a ideia de seguridade social esteja alicerçada no modelo criado na década de 1940 por Beveridge, ainda é interpretada a partir da ótica bismarckiana de proteção segmentada, classista e excluente, característica dos primórdios da era industrial.

Assim, não é difícil perceber a existência de um hiato de proteção social entre os campos de abrangência da previdência social e da assistência social; um “limbo” no qual o cidadão fica desassistido pelo Estado, pois não está formalmente integrado à previdência social de modo a obter os benefícios previdenciários, ainda concebidos e interpretados sob um viés bismarckiano, e tampouco se apresenta em condição de misericordade que acarrete, nesta mesma interpretação clássica, a necessidade da proteção assistencial.

Ademais, se percebe com frequência na atuação judicial uma interpretação do alcance da assistência social desapegada da realidade econômica e social vivenciada pelo (e no) Estado

Brasileiro nestes primórdios do século XXI, e ainda alicerçada na interpretação legal restritiva e na limitada capacidade estatal de proteção característica da década de 1990, resultando em uma aplicação do direito social em contrariedade com as disposições constitucionais fundamentais.

Em relação à assistência social, Boschetti (2003, p. 44) informa que

[...] esta política social enfrentou muitas resistências para ser legalmente reconhecida como direito e continua sofrendo enormes resistências na sua implementação como tal, porque ela é uma **política em constante conflito com as formas de organização social do trabalho**.

A isto se acresce a visão paternalista e interesses eleitoreiros sobre a assistência social por parte dos agentes políticos, bem como, a dificuldade de assimilação por parte do próprio cidadão necessitado da proteção social como um direito de cidadania.

2. Pobreza e exclusão social: uma delimitação de conceitos

Nas sociedades pré-modernas, antecedentes à Era Industrial, a pobreza era reconhecida como um fato natural, algo inerente à vida, que simplesmente ocorria, tal como as secas e as más colheitas (GIDDENS, 1996, p. 142).

Neste contexto, acidentes, assim como mudanças drásticas na condição de vida dos indivíduos, também eram admitidos como ocorrências naturais, que se davam tanto para o bem como para o mal, inexistindo qualquer possibilidade de previsão ou correção, uma vez que provinham da vontade divina ou do destino.

(1) Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Mestre em Direito Ambiental e da Sustentabilidade (Um. Alicante). Doutorando em Direito Público (Universidade de Coimbra). Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social. Especialista em Processo Civil. Diretor Adjunto de Relações Internacionais do IBDP. Professor de Pós-graduação em Direito Previdenciário. Advogado.

Ocorrências prejudiciais ao indivíduo, em sua condição física ou social, representavam o aspecto negativo do destino, a má sorte ou, literalmente, “des-graça”.

A vinculação da sorte humana aos designios divinos justificava o entendimento da pobreza “como algo necessário, ou mesmo um benefício para pessoas carentes, pois seria a efetiva garantia de admissão no Reino de Deus, haja vista a situação de extrema carência e desapego a bens materiais” (IBRAHIM, 2011, p. 32). Segundo registra Ibrahim (2011, p. 39), “São Tomás de Aquino [...] não reconhecia quaisquer direitos aos pobres, devido à sua posição meritosa, com entrada garantida no Reino de Deus”. Ademais, além de representar uma condição natural, a pobreza por vezes externava características de punição divina. O auxílio aos pobres não consistia em um critério de justiça social, mas tão somente de caridade, uma conduta ditada pela moral (IBRAHIM, 2011, p. 39), refletindo a generosidade dos indivíduos mais abastados.

Com o iluminismo surge a compreensão das ideias de risco e de acidente, intimamente relacionadas. Inicialmente os acidentes estavam associados a ocorrências periódicas que, embora ocasionadas em razão do azar poderiam ser identificadas e catalogadas, posto que, ligados à vida comum, aos grupos populacionais, eram entendidos como provenientes de causa externa.

Tal como informa Ibrahim (2011, p. 36), “na modernidade, o auxílio aos necessitados deixa de ser visto como mera virtude, tornando-se fundamento da sociedade”.

Neste contexto, a ideia de risco, inerente ao pensamento iluminista, é parte do esforço para controlar o futuro e dominar a história no interesse de desenvolver os objetivos humanos. O reconhecimento e valorização do risco e a definição de limites de controle, sempre passíveis de adequação, expressa uma situação para a qual o remédio é possível e desejável.

Assim, “a difusão do conceito de seguro social reflete não tanto novas formas de perceber a injustiça social como a importância adquirida pela ideia de que a vida social e econômica pode ser controlada pelos seres humanos” (GIDDENS, 1996, p. 142).

Já no início do século XVI se encontram proposições tendentes a minimizar a pobreza, no interesse da sociedade, embora ainda com fundamento na obrigação judaico-cristã de prestar caridade.

Johannes Ludovicus Vives, professor em Louvain, França, de origem judia catalã, em 1526, elaborou detalhado plano de renda mínima às populações carentes, denominado *De Subventione Pauperum*, onde mostra a legitimidade da prestação de assistência aos pobres pelos poderes públicos, proveniente de:

[...] esmolas dadas de livre vontade. Mas (que) seria muito mais eficaz que a assistência privada, por ser mais bem distribuída — entre todos os necessitados e somente eles. (VANDERBORGHT, 2006, p. 37)

A partir do final do século XVII, já nos primórdios da revolução industrial, a visão sobre a pobreza se orientou para

o desenvolvimento da riqueza nacional. A pobreza deixou de ser reconhecida como uma condição natural, mas também não se limitava à concepção de carência de recursos. Pobres eram aqueles que não podiam ou não queriam trabalhar. Segundo Giddens (1996, p. 140),

[...] a vinculação do pauperismo com a falta de educação moral estava muito clara: ‘trabalho para aqueles que se esforçam, castigo para os que não, e pão para os que não possam’. Por sua vez, a resolução moral se relacionava diretamente com o bem-estar social; porque [...] a pobreza ‘torna os homens tumultuosos e inquietos’, e combatê-la é ‘um ato de prudência civil e sabedoria política’.

Neste contexto, o conceito de pobreza estava claramente relacionado às necessidades da indústria crescente.

Com o desenvolvimento da sociedade industrial, a ideia de pobreza passou a estar vinculada à suficiência de renda para a provisão das necessidades básicas da subsistência, e avaliada estritamente em termos monetários. Como visto na descrição histórica, esta conceituação levou ao desenvolvimento das diversas ferramentas de proteção social a partir do final do século XIX, no intuito de evitar que os homens “se encontrem continuamente a braços com os horrores da miséria”. (LEÃO XIII, 1891 item 51)

Neste sentido, afirma Ibrahim (2011, p. 67), que “a pobreza é definida, sucintamente, como uma acentuada restrição no bem-estar, tendo, em regra, significado em termos monetários”. Uma das dificuldades encontradas neste parâmetro é o de estabelecer critérios objetivos para definir pobreza e assim possibilitar efetivas ações para combatê-la. “A solução tradicional é a criação de linhas de pobreza, as quais, uma vez ultrapassadas, qualificam como pobres aqueles com rendimento e/ou gastos abaixo de determinada fronteira” (IBRAHIM, 2011, p. 68). Estas linhas de pobreza são fixadas arbitrariamente e geralmente estão relacionadas à ideia de mínimo existencial.

No início da década de 1980, Rosanvallon (1984, p. 94) já afirmara que a pobreza “não pode ser definida simplesmente, por um critério de rendimento. O isolamento, o local de vida (cidade ou campo) podem aumentar os efeitos do rendimento”. Portanto, a pobreza pode também ser reconhecida em relação a “determinados setores, como os pobres em saúde, Previdência Social etc., mas sem esquecer que a visão mais ampla de bem-estar traduz a possibilidade do indivíduo aderir à vida em sociedade” (IBRAHIM, 2011 p. 67).

Daí decorre a ideia de vulnerabilidade social, caracterizada pela possibilidade de o indivíduo com renda limítrofe regredir em sua condição financeira e/ou social, ultrapassando o limiar da pobreza em um momento futuro.

Rousseau (1753, p. 46) ao elaborar o discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens, já afirmara que “é manifestamente contra a lei da natureza, de qualquer maneira que a definamos, [...] que um punhado de pessoas nade no supérfluo, enquanto à multidão esfomeada falta o necessário”.