

# QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENVOLVENDO A LEI 8.742/93

*Wagner de Oliveira Pierotti*  
*Procurador Federal*  
*Mestre em direito constitucional*  
*Especialista em direito público e privado*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso; 2 Lei 10.689/03 - Programa nacional de acesso à alimentação; 3 Da burla ao princípio constitucional da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço; 4 Da impossibilidade de o magistrado atuar como legislador positivo; 5 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/93, conhecida como a Lei Orgânica da Assistência Social, malgrado já ter sido objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, declarando constitucional o dispositivo sob análise, ainda hoje desperta novas interpretações e teses no sentido de estender o benefício assistencial a famílias cuja renda per capita seja superior a ¼ do salário mínimo, isto em face da Lei 10.689/03, que dispôs acerca do Programa Nacional de Alimentação, que aduz que para ser beneficiário das ações dirigidas ao combate à fome e à promoção da segurança alimentar e nutricional, a família há de comprovar que a sua renda per capita seja de até ½ salário mínimo. Por seu turno, o Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03, em seu artigo 34, estabelece que o benefício de Prestação Continuada concedido a qualquer membro da família idoso, não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita. Em função deste abrandamento, indaga-se se a renda de algum beneficiário do idoso membro da família, que seja de mesmo valor do benefício assistencial (ou até mesmo inferior) será ou não levado ao cálculo da renda per capita? Ou se o benefício de prestação continuada, acaso percebido por um deficiente, pertencente à família do(s) idoso(s), será levado ou não em conta no cálculo da renda per capita. Estas são questões intrigantes que serão analisadas em pormenores no decorrer deste artigo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Idoso. Deficiente. Lei nº 8.742/93. Lei nº 10.689/03. Lei nº 10.741/03.

**ABSTRACT:** § 3 of Article 20 of Law 8742/93, know as the Organic Law of Social Welfare, despite having already been the subject of direct action of unconstitutionality, reject by the Supreme Court to declare constitutional the device under review, still arouses new interpretations and theories in order to extend the benefit assistance to families whose per capita income is more than ¼ of the minimum wage in the face of Law 10.689/03, which was given about the National School Feeding Program, which adds that to be beneficiary of actions aimed at fighting hunger and promoting food and nutrition security, the family has to show that its per capita income is up to ½ minimum wage. In turn, the Elderly Statute - Law 10.741/03, in its article 34 provides that the benefit of Continued Service granted to any elderly family member, not be counted for purposes of calculating the per capita income. Due to this slowdown, asks whether the income of any security benefits for the elderly member of this family, which is the same value of the benefit of care (or even less) is not taken or the calculation of income per capita? Or if the benefit to provide ongoing design realized by poor, belonging to the family (s) old (s), or not be taken into account in calculating the income per capita. These are intriguing questions that will be analyzed in detail throughout this article.

**KEYWORDS:** Elderly. Handicapped. Law No. 8742/93. Law No. 10.689/03. Law No. 10.741/03.

## INTRODUÇÃO

Desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em 27 de agosto de 1998, declarando o § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/1993<sup>1</sup>, constitucional, muitas teses chegam diariamente ao Poder Judiciário no sentido de se conceder o benefício assistencial ao idoso ou ao deficiente inseridos em família cuja renda per capita seja superior a ¼ do salário mínimo.

Contudo, duas questões chamam mais a atenção e despertam uma maior dificuldade no seu trato que são as enumeradas a seguir:

i. O Estatuto do idoso – Lei 10.741/2003, em seu artigo 34, aduz:

Art. 34 [...]

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 o LOAS.

ii. A Lei que criou o programa nacional de acesso à alimentação - Lei 10.689/03, onde, em seu § 2º, do artigo 2º, dispõe:

Art. 2º. O Poder Executivo definirá:

[...]

§ 2º Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal per capita inferior a meio salário mínimo.

Deveras, como já adiantado, a aplicação destes dispositivos legais tem causado grande discórdia no âmbito do Poder Judiciário, especialmente porque estende o Benefício de Prestação Continuada a pessoas cuja renda mensal per capita ultrapassa o limite de ¼ (um quarto) do salário mínimo.

<sup>1</sup> Lei 8.742/1993:

Art. 20 [...]

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

## 1 LEI 10.741/2003 – ESTATUTO DO IDOSO

Do dispositivo do parágrafo único, do artigo 34, da lei acima, é possível aferir o seguinte: Imaginemos um casal de idosos, onde um deles já receba o benefício de Prestação de Continuada.

Se não existisse o artigo de lei acima, o outro cônjuge que não fosse agraciado pelo benefício assistencial, jamais poderia sê-lo, pois a renda per capita do casal seria superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

Em face desse abrandamento, a renda que um dos componentes recebe a título de Benefício de Prestação Continuada não poderá ser computada para fins de apuração da renda per capita inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

Daí é possível concluir que, afastando da renda mensal o benefício de Prestação Continuada, já percebido por um deles, para fins de apuração da renda mensal per capita, certamente este casal de idosos terá, cada um deles, direito ao Benefício Assistencial, recebendo, os dois, o equivalente a dois salários mínimos de renda mensal a título de Benefício de Prestação Continuada.

Nesse sentido, surge a indagação: Integrantes do grupo familiar do idoso que recebem Aposentadorias por Tempo de Contribuição, por Idade ou mesmo Benefício Assistencial concedido em razão da qualidade de deficiente, que faz com que a renda mensal per capita familiar seja superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo obstam ou não a concessão do Benefício de Prestação Continuada? Entendemos que sim. Vejamos.

Deveras, fruto de interpretações equivocadas, ocorrem abusos, especialmente do Poder Judiciário, na aplicação deste dispositivo de lei, pois a lei é clara que somente afasta-se do cômputo da renda per capita os benefícios assistenciais concedidos aos idosos.

Isto ocorre em função de interpretações extensivas, isoladas e errôneas do Estatuto do Idoso, a fim de se conceder o benefício de Prestação Continuada quando um dos componentes do núcleo familiar, especialmente, se idoso for, recebe benefício previdenciário na ordem de um salário-mínimo, pois a interpretação errônea do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso acaba afastando do cômputo da renda mensal per capita o benefício previdenciário recebido pelo outro cônjuge, como forma de se conceder o Benefício de Prestação Continuada.

A propósito, este foi o entendimento da TUN – Turma de Uniformização Nacional, no julgamento do processo 2006,63.06.001310-9/SP, de que é cabível, sim, a interpretação analógica com o Estatuto do Idoso, como forma de se conceder o Benefício Assistencial quando algum membro da família, já idoso, receba o benefício previdenciário da ordem de 1(um) salário-mínimo.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, proferiu o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

2. O art. 34 da Lei nº 10.741/2003 veda o cômputo do valor do benefício de prestação continuada percebido por qualquer membro da família no cálculo da renda per capita mensal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento. (STJ – REsp 841.060/SP – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – DJU 25.06.2007).

No mesmo sentido, o STJ ratifica a impossibilidade de se empregar a interpretação analógica da Lei Assistencial com o Estatuto do Idoso, como se abstrai do voto abaixo, acampando o parecer do Ministério Público Federal, no Resp 1.056.306-SC, da lavra do Excelentíssimo Ministro Nilson Naves:

Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que manteve a concessão de benefício assistencial.

Nas razões recursais, alega o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS violação do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 e do art. 34 da Lei nº 10.741/03. Argumenta, em suma, que ‘o valor referente ao benefício assistencial – diz a lei – não será considerado para o cálculo da renda familiar. O do benefício previdenciário, tal qual qualquer outra espécie de renda, deve ser considerado no cálculo, por absoluta falta de previsão legal em sentido contrário’.

O Ministério Público Federal, nas palavras do Subprocurador-Geral Vieira Bracks, opinou nestes termos:

“Os Tribunais Superiores, ao interpretarem o parágrafo 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, recepcionaram exceção à regra da comprovação da miserabilidade aos incapazes para o trabalho ou idosos que pleiteiam benefício assistencial, acolhendo a produção de outros meios de prova capazes de atestar a condição de miserável, além da renda per capita não superior a 1/4 do salário mínimo.

Tal flexibilização, reitera-se, só é viável ante a prova de outras circunstâncias concretas, ausentes nos autos:

‘Previdenciário. Assistência Social. Benefício da prestação continuada. Requisitos legais. Art. 203 da CF. art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

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

II - O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no art. 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar

per capita inferior a 1/4 do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor.

Recurso não conhecido. ‘(REsp. 314.264/SP, Rel Min. Felix Fischer, in DJ 18/6/2001.)

‘Recurso especial. Previdenciário. Assistência social. Benefício de prestação continuada. Comprovação de renda per capita não superior a 1/4 do salário mínimo. Desnecessidade.

1. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas.

2. Recurso não conhecido. ‘(REsp-464.774/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04.08.2003, p.465)

Conforme asseverado pela c. Corte de origem, o requerente reside em casa própria, com seu irmão/tutor, a cunhada e uma sobrinha maior e portadora de deficiência mental, e sobrevivem com as aposentadorias rurais daqueles, que totalizam R\$ 600,00 (seiscentos reais) à época da feitura do Laudo Social, assim como com doações e a renda ‘imprecisa de biscates com venda de jornal feita pelo autor nas esquinas da cidade’ (fl. 266).

Sendo assim, vê-se que o autor tem condições de ter seu sustento provido por alguém da família, em especial pelo seu irmão/tutor, rurícola aposentado. Assim, a decisão do eg. Tribunal a quo viola o parágrafo 3º do art. 20, da Lei nº 8.742/93, pois a exceção mencionada, fruto de construção jurisprudencial pacífica, não pode ser aplicada à espécie, ante a não comprovação de outros indicadores de miserabilidade, vejamos: ‘O Plenário do Supremo Tribunal Federal, contudo, julgando a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, declarou a constitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93, [...].E esta Corte Superior de Justiça,

interpretando o referido dispositivo legal, firmou já entendimento no sentido de que o requisito da comprovação da renda per capita não superior a 1/4 do salário mínimo - artigo 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93 -, não exclui que a condição de miserabilidade, necessária à concessão do benefício assistencial, resulte de outros meios de prova, de acordo com cada caso concreto' (REsp-464.774/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04.08.2003, p.465) Ressalta-se, ainda, que o disposto no parágrafo único do art. 34, da Lei nº 10.741/03 não pode ser entendido como um 'outro meio de prova' e que, portanto, eventual benefício previdenciário auferido por qualquer dos membros da família será incluído na renda mensal familiar (inclusive na hipótese de somente ele representar tal renda).

O dispositivo mencionado não apresenta lacuna legislativa que necessite de mecanismos de hermenêutica para sua inteligência. O texto é claro, cristalino e, portanto, não admite interpretação extensiva, sob pena de se perder o real sentido da lei, gerando grandes injustiças: somente benefícios assistenciais já percebidos por algum membro da família não são computados na respectiva renda mensal daquele que pleiteia benefício da mesma natureza, isto é, assistencial.

Nesse cálculo somente serão desconsiderados os benefícios assistenciais, restando incabível o entendimento de que a expressão alcançaria qualquer tipo de benefício, inclusive o previdenciário. O legislador, no parágrafo único, faz remissão expressa ao seu caput, relativo ao benefício disposto na Lei Orgânica da Assistência Social (e não àquele previsto em lei da Previdência Social), devido aos idosos, maiores de sessenta e cinco anos, que não possuam meios de prover sua subsistência, nem mesmo por meio do auxílio de familiares.

Com isso, atestada a percepção da renda per capita superior a ¼ do salário mínimo e ausentes provas de outras circunstâncias concretas, capazes de relativizar tal obrigatoriedade, conforme construção jurisprudencial, o requerente não faz jus à benesse pleiteada.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial.

Adoto, por seus próprios fundamentos, o parecer ministerial.

À vista do disposto no § 1º-A do art. 557 do Cód. de Pr. Civil, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido.

Publique-se.

Brasília, 11 de junho de 2008.

Ministro Nilson Naves

Relator

Como visto, filiamo-nos à corrente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que entende pela impossibilidade de se empregar ao art. 34 do Estatuto do Idoso, interpretação extensiva de modo a não se igualar benefício assistencial com benefício previdenciário.

## 2 LEI 10.689/03 - PROGRAMA NACIONAL DE ACESSO À ALIMENTAÇÃO

Por seu turno, o dispositivo contido no § 2º, do artigo 2º, da lei supra, é claro em estabelecer que só terão acesso ao programa nacional de acesso à alimentação pessoas cuja renda mensal per capita seja de até ½ salário-mínimo.

Daí tem surgido pleitos, teses e até mesmo decisões no sentido de que o § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/93, restou assim derogado em face da Lei 10.689/03, conforme asseverado no artigo escrito pelo Juiz Federal Marcelo Adriano Micheloti<sup>2</sup>, *in verbis*:

[...]

Se para o PNAA é necessitada a unidade familiar cuja renda per capita é inferior a meio salário mínimo, poderia haver critério divergente dentro da Assistência Social? Em outros termos, permanece o limite de 1/4 do salário mínimo para o benefício assistencial? A conclusão é que havendo novo conceito de necessitado inserido na Lei n. 10.689/2003 (renda per capita inferior a meio salário mínimo), o critério da Lei n. 8.742/93 (renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo) sofreu alteração por força de novo regramento incompatível com o anterior.

Relembre-se que a Lei de Introdução ao Código Civil é explícita no § 1º do art. 2º: "A lei posterior revoga a anterior quando

<sup>2</sup> Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4418>>. Acesso em 01 dez. 2009.

expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. (grifo meu). Claro que houve a derrogação:

[...] para a derrogação basta a inconciliabilidade parcial, embora também absoluta quanto ao ponto em contraste. Portanto, a abolição das disposições anteriores se dará nos limites da incompatibilidade; [...] (CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 293)

A lei posterior revoga igualmente a anterior, quando seja com ela incompatível. Isso se dá quando o Poder Público muda sua política legislativa, ordenando um procedimento que se não afaz às regras anteriores. (SÍLVIO RODRIGUES. *Direito Civil*. vol. 1. Parte Geral. 30.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21)

Desta forma, novo critério objetivo deve ser levado em consideração para a concessão do benefício assistencial (benefício de prestação continuada), ao invés da renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo, renda familiar inferior a 1/2 salário mínimo.

[...]

Não concordamos, com a devida vênia, com a explanação acima.

Não há que se falar, aí, em revogação de uma lei por outra.

Com efeito, a Lei 8.742/93 trata especificamente da assistência social, sendo o que § 3º, do artigo 20, cuida dos requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada.

De outra banda, a Lei 10.689/03 trata programa nacional de acesso à alimentação.

Por tratarem de assuntos diferentes, não há que se falar em revogação de uma lei por outra.

Muito pelo contrário, o princípio da especialidade ainda dá forças e razão de existir para ambas as leis por tratarem de assuntos para os quais elas foram criadas.

Neste sentido, Maria Helena Diniz<sup>3</sup>, assim assevera:

O critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes.

No presente caso, a natureza especial que a Lei 10.689/03 exerce em relação à Lei Orgânica da Assistência Social, no que diz respeito ao benefício assistencial em questão, emerge da circunstância de que somente a primeira trata acesso à alimentação que podem ser sujeitos ou não a benefícios assistenciais ou previdenciários. Eis aí a presença do elemento denominado especializante, no dizer de Maria Helena Diniz.

Assim é que a especial condição de se tentar incluir a pessoa no programa nacional de alimentação, que o interessado se encontra, impõe-lhe a aplicação da Lei 10.689/03, em exclusão da Lei Orgânica da Assistência Social, tendo em vista a condição de especialidade que aquela exerce em relação a esta e a incompatibilidade entre elas no que diz respeito à concessão do benefício assistencial a pessoas cuja renda familiar per capita seja superior a ¼ do salário-mínimo.

### 3 DA BURLA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PREEXISTÊNCIA DO CUSTEIO EM RELAÇÃO AO BENEFÍCIO OU SERVIÇO

Estribado no § 5º, do artigo 195, da Constituição Federal encontra-se o princípio da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço.

Eis o seu texto: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Com efeito, a norma traz em seu bojo a seguridade social que compreende a previdência, a saúde e a assistência social, não abrindo espaços a interpretações de que exclua do seu campo de proteção a assistência social.

3 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74

Comentando a respeito do tema, Sérgio Pinto Martins<sup>4</sup> aduz:

[...] Este dispositivo tem que ser analisado em conjunto com o art. 203 da Lei Magna, no qual se determina que na assistência social não há necessidade de contribuição por parte do segurado para obtenção de suas vantagens. Logo, não há necessidade de contribuição do segurado na assistência social, mas o custeio da assistência social, que é parte integrante da Seguridade Social, continua sendo necessário, ainda que indiretamente feito por todos, nos termos do art. 195 da Lei Maior.

A criação envolve um benefício novo, que não existia até então.

A majoração diz respeito a benefício que já existia e que foi aumentado.

A extensão é caracterizada pela existência de um benefício que fica ampliado e passa a abranger outras hipóteses.

Aliás, este obstáculo intransponível está umbilicalmente ligado ao princípio do equilíbrio atuarial do sistema, demonstrando que o legislador, ao decidir pela majoração do percentual dos benefícios, entendeu que o orçamento comportaria o aumento para os benefícios futuros, sem considerar os já concedidos, o que não restou expresso. Ou seja, caminhando em sentido inverso, percebe-se a impossibilidade de majoração mediante interpretação da lei a favor de uma pessoa ou grupo de pessoas em detrimento de toda a sociedade. Presume-se que, assim que foi possível a alteração do coeficiente, o legislador o fez imbuído de sentimento de proteção social.

Por uma razão maior, podemos citar o caso do art.144<sup>5</sup>, da Lei 8.213/91, que previu expressamente o recálculo da Renda Mensal Inicial de todos os benefícios de prestação continuada concedidos entre a promulgação da Constituição Federal de 88 e a vigência da Lei 8.213/91. Nesse caso, não poderia o INSS escusar-se de cumprir o disposto na lei invocando, ademais, as garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, eis que a lei expressamente determinou a retroação das novas regras em benefício do segurado.

4 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 84.

5 Art. 144. Até 1º de julho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.

#### 4 DA IMPOSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO

O magistrado não pode atuar como legislador positivo. Sua atuação deve limitar-se ao afastamento de normas legais incompatíveis com o ordenamento superior, de sede constitucional, ou seja, como legislador negativo. Pois bem: caso afastada uma norma por inconstitucionalidade, esta norma não teria gerado efeitos. Dentre esses efeitos que se afastam, está a revogação do ordenamento anterior, que seja consigo incompatível ou que tenha sido expressamente revogado. Ou seja: declarada a inconstitucionalidade da norma, retorna-se ao regramento anterior, posto que o próprio efeito de revogação deste ordenamento anterior se desfaz.

Ora, está dentro do espaço de conformidade do legislador a ampliação ou não dos direitos garantidos pela norma constitucional, é certo que não poderá restringi-los, mas a sua ampliação é discricionariedade do legislador, não cabendo ao Juiz, sob pena de invasão da atribuição legislativa e desrespeito ao princípio democrático a inclusão de novos direitos.

A doutrina e a jurisprudência pátrias manifestam-se contrariamente à idéia de o Poder Judiciário distanciar-se da lei e, mediante criação do direito, deixar de aplicar a norma que regula o caso concreto que lhes foi submetido. Isto porque a ordem constitucional vigente não conferiu ao órgão judicante a função legislativa, sendo-lhe, pois, vedado modificar o direito que regula a situação jurídica posta.

Ressalte-se que, constitucionalmente foi dada ao Poder Judiciário a atribuição de atuar na composição de conflitos de interesses e, se acaso lhe for permitido também a regulação de comportamentos (contrariamente à ordem constitucional), independente das razões que possam ser aduzidas para justificar tal excesso de poder, estar-se-á comprometendo, de maneira extremamente retrógrada e negativa o princípio do devido processo legal.

O que se deve perseguir é evitar que, através de sentença, o magistrado substitua-se ao Congresso Nacional e ao Presidente da República. Qualquer entendimento em sentido diverso significa permitir que o magistrado arvore-se em legislador positivo para imiscuir-se em políticas públicas, concedendo ou majorando indevidamente benefícios previdenciários, e pior, sem a previsão necessária do custeio.

Por certo, faz-se necessário buscar maneira de realizar direitos, mas que isso não signifique necessariamente tornar o ordenamento pátrio em prisioneiro do universo jurisdicional. Não é possível aceitar a realização de direitos por instrumentos diversos daqueles intrinsecamente relacionados à democracia participativa. O fundamento de validade da atividade do Poder Judiciário, bem como os limites que lhe são afetos, encontra-se no Princípio da Separação dos Poderes, previsto constitucionalmente. Isto porque, no Estado Democrático de Direito, existem limitações a todos os poderes constituídos, e, como não podia ser diferente, também se aplicam ao Judiciário, mesmo enquanto instância garantidora dos direitos fundamentais.

A propósito, na obra *Judge and Lawmakers*, leciona Lord Develin<sup>6</sup> que:

A partir do momento em que o juiz se transforma em legislador, mina a idéia fundamental da separação dos poderes, trazendo a ameaça talvez mortal à legitimação democrática da função jurisdicional, e definitivamente conduzindo, mais cedo ou mais tarde ao estado totalitário.

É forçoso concluir, portanto, que não existe lacuna ou omissão da lei a ser suprida por analogia, sendo o silêncio da norma intencional, indicando claramente que não há a possibilidade de majoração do percentual dos benefícios concedidos sob a égide da lei pretérita.

Em sendo julgada procedente a demanda, o que só se admite por pura tese argumentativa, haverá violação do texto constitucional, porque cabe à lei a criação e majoração de benefícios previdenciários – com violação do art. 2º da Carta Magna, bem como usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional.

E nem se pretenda integrar o ordenamento jurídico com analogia, porque tal matéria é submetida à estrita reserva legal, o que demanda o adequado processo legislativo, com projeto, iniciativa, votação nas duas Casas do Congresso Nacional e sanção do Presidente da República. Assim prevê a Constituição. Evidentemente, o magistrado não está legitimado a substituir o Congresso Nacional, que aprova a lei, nem ao Presidente da República, que a sanciona. Neste sentido é a jurisprudência do Pretório Excelso:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 181.138-2 (PC)

MINISTRO CELSO DE MELLO

SÃO PAULO

Publicado em DJ: 12/05/95 Pág.: 13.019

UNIÃO FEDERAL

ELEBRA TELECON LTDA

PRAZO EM DOBRO - APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CPC (ART. 188) AO PROCEDIMENTO RECURSAL DISCIPLINADO PELA LEI N.º 8.038/90 - IOF/CAMBIO - DECRETO-LEI N.º 2.434/88 (ART. 6º) - GUIAS DE IMPORTAÇÃO EXPEDIDAS EM PERÍODO ANTERIOR A 1º DE JULHO DE 1988 - INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INOCORRÊNCIA - NORMA LEGAL DESTITUIDA DE CONTEÚDO ARBITRÁRIO - ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - INADMISSIBILIDADE - RECONHECIDO E PROVIDO.

[...]

- Os magistrados e os Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício de isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem fiscal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO).

- Legitimidade constitucional da isenção tributária concedida pelo art. 6º do Decreto-Lei 2.434/88. Precedentes do STF.

1ª Turma. Julgamento em 06.09.94. Recurso conhecido e provido. Unânime.

6 DEVELIN Lord. *Judge and Lawmakers*, Modern Law, Rev.39: 1976, p.1 e s.

Pela mesma razão – a impossibilidade de o magistrado substituir-se ao legislador – é que o STF editou a Súmula 339, que, embora trate de matéria diversa, cristalizou o entendimento segundo o qual é vedado ao juiz legislar positivamente:

SÚMULA Nº. 339 - Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

Não pode prosperar, portanto, a invocação ao princípio constitucional da isonomia, estampado no art. 5º, caput da Constituição Federal, vez que esse postulado é aplicável a todos que se encontrem na mesma situação jurídica, o que não é o caso do presente estudo.

## 5 CONCLUSÃO

Não se pode empregar interpretação extensiva ou analógica no sentido de se estender a aplicação do parágrafo único, do artigo 34, do Estatuto do Idoso, de modo a afastar do cômputo da renda mensal per capita dos idosos que percebam benefícios previdenciários, mesmo que os seus valores sejam iguais ou inferiores a 1 (um) salário-mínimo. Estes benefícios previdenciários entram, portanto, no cômputo da renda mensal per capita familiar.

Também não se pode admitir que a pessoa portadora de deficiência, que receba o benefício assistencial em razão de sua deficiência, seja afastada do núcleo familiar para fins de cálculo da renda mensal per capita, pois o parágrafo único, do artigo 34 da Lei 10.741/2003 tem aplicação exclusiva para os idosos.

O § 2º, do artigo 2º, da Lei 10.689/03, fazendo alusão à renda mensal per capita de ½ salário mínimo não revogou o § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/93 que faz referência à renda mensal per capita de ¼ do salário mínimo.

Com efeito, a Lei 10.689/03 trata do programa nacional de alimentação e a Lei 8.742/93 cuida da organização da assistência social e dá outras providências, aqui em nosso estudo, fixando as regras para a pessoa ter acesso ao benefício de Prestação Continuada.

Reforça ainda a tese da não revogabilidade o princípio da especialidade que prega: “Uma norma é especial se possuir em sua

definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes”.

Ao lado de toda a explanação acima, encontra o princípio constitucional da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço que veda a criação, a majoração e a extensão de determinado benefício sem a correspondente fonte de custeio total.

Ao Poder Judiciário é vedada a tarefa de substituir o legislador, sob pena de quebra do princípio da independência dos poderes.

## 6 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: Corde, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites de possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEVELIN Lord. Judge and Lawmakers, *Modern Law*, Rev.39: 1976.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Ana Lúcia. O Benefício de Prestação Continuada: uma Trajetória de Retrocessos e Limites – Constituindo Possibilidades de Avanço? In: SPOSATI, Aldaíza (org.) *Proteção Social e Cidadania: Inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. São Paulo: Cortez, 2004.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. *A assistência social na perspectiva dos direitos – crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil*. Brasília: Thesaurus, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVESTRE, Carlos. *Manual de Benefícios do INSS para Deficientes e Idosos – o INSS e os benefícios assistenciais*. Bauru: Edipro, 1999.

SPOSATI, Aldaíza. *A menina LOAS*. São Paulo: Cortez, 2005.

\_\_\_\_\_. *Assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras*. São Paulo: Cortez, 1992.

\_\_\_\_\_. FALCÃO, Maria do Carmo; FLEURY, Sônia Maria Teixeira. *Os Direitos (dos desassistidos) sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

#### SITES DA INTERNET

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4418>>. Acesso em: 01 dez. 2009.