

O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL À LUZ DA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL

Ricardo Quartim de Moraes
Procurador Federal em São Paulo - SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Seguridade Social na Constituição Federal; 1.1 Previdência e Assistência Social – Distinções; 1.2 O Caráter Supletivo da Assistência Social e o Benefício Assistencial de Prestação Continuada; 1.3 O Critério da Renda Familiar; 2 Conclusão; Referências

RESUMO: A Constituição Federal desenhou um elaborado sistema de Seguridade Social. A interconexão entre os ramos da Seguridade Social impõe a atribuição a cada um deles de uma função específica e, por conseguinte, às diversas prestações que os compõem. Nesta seara, a Assistência Social possui caráter supletivo, subsidiário em relação à Previdência Social. Analisada sob esta ótica, a real função do benefício assistencial em nossa ordem constitucional se torna mais clara. Outrossim, estabelecidos tais contornos constitucionais, a investigação da legislação ordinária atinente ao benefício assistencial ganha novos contornos, seja de uma perspectiva jurídica, quanto à incapacidade para o trabalho e para a vida independente, ou sociológica quanto ao critério de miserabilidade econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade Social. Estrutura Constitucional. Benefício Assistencial.

ABSTRACT: The Federal Constitution established an elaborate system of Social Protection. The interconnexion between Social Protection branches means the attribution of a specific function the each of them and, therefore, to the different benefits which compose them. In that manner, non-contributive Welfare has a subsidiary nature when viewed in regards to Social Security. Under this light, the actual function of the Income Maintenance Benefit in our constitutional order becomes clearer. Furthermore, given those constitutional outlines, the analysis of statutes regarding the Income Maintenance benefit gains new aspects, be it from a juridical perspective, in regards to the concept of disability, or from a sociological one, in regards to the concept of economical deprivation.

KEYWORDS: Social Protection. Constitutional Structure. Income Maintenance Benefit.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos muitas têm sido as controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem o benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal.

Não nos propomos, nestas breves linhas, a analisar todas as questões que podem surgir em relação ao benefício assistencial, mas tão-somente abordar o tema de forma a pôr em relevo a conformação constitucional da assistência em social. Para tanto, é imprescindível vislumbrar a Assistência Social em conjunto com a Previdência Social, ramos distintos, porém interligados, da Seguridade Social.

A partir destas considerações extrairemos algumas conclusões específicas acerca do benefício assistencial de prestação continuada.

1 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nos termos do artigo 194 da Constituição Federal, a Seguridade Social é um conjunto integrado de ações do Poder Público e da Sociedade destinadas a assegurar os direitos relativos à Saúde, à Previdência e à Assistência social.

Não há de se confundir, destarte, Seguridade Social com Previdência Social ou Assistência Social. A Seguridade é gênero do qual a Previdência e a Assistência são espécies.

Tendo em vista que a base da ordem social é o *primado do trabalho* (Art. 193 da CF), qual seria a diferença orgânica, ontológica, entre a Previdência Social e a Assistência Social?

Deixemos claro, antes de mais nada, que deve haver uma diferença. A Constituição da República não dividiria a Seguridade Social em três subsistemas diferentes se eles tivessem exatamente a mesma natureza jurídica, as mesmas finalidades e os mesmos indivíduos a tutelar.

Não. Ao dividir a Seguridade Social em três ramos diversos a intenção do Constituinte foi alcançar diferentes objetivos por meio de cada um deles.

Como se sabe, a Constituição, considerada isoladamente, não se propõe a criar todas as condições e requisitos necessários para que

alguém possa usufruir das prestações (benefícios) que compõem a Seguridade Social.

As locuções “*conforme dispuser a lei*”, presente na parte final do artigo 203, inciso V, e “*nos termos da lei*”, constante do *caput* e do § 7º do artigo 201 o demonstram¹. É preciso, neste particular, dar eficácia jurídica e social à Constituição, o que se faz mediante legislação concretizadora.

Logo, ao formatar tais ramos de forma separada o Constituinte incumbiu o legislador ordinário de assim os tratar.

Sendo um sistema aberto de regras e princípios, o direito constitucional carece de procedimentos e processos que o dotem de efetividade, passando de uma *law in the books* para uma *law in action*².

A este respeito é importante consignar, desde já, que o conceito de discricionariedade, como utilizado no Direito Administrativo, não se aplica à atividade do legislador, sendo de melhor técnica utilizar-se o termo “atividade de conformação do legislador”.

No esquema da discricionariedade administrativa o ato administrativo é mera complementação ou explicitação do suporte fático da lei, do *Tatbestand* legal, podendo ser descrito da seguinte maneira: $C1, C2, C3 > A(R\ 1)$, ou seja, “*quando se considerem realizadas as condições (C) 1, 2, 3, é permitido às autoridades administrativas (A) estabelecer um determinado resultado jurídico (R 1)*”³.

Por sua vez, o esquema da liberdade de conformação do legislador pode ser descrito da seguinte maneira: $(C)\ C1, C2, C3, (L)\ C4, C5, C6 > L(R1, R2\dots)$, isto é:

[...] quando a constituição (C) define condições (1, 2, 3) para a obtenção de certos resultados, estas são ainda completadas por

1 Tratam-se de normas de eficácia limitada, consoante clássica conceituação: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

2 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1149.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Edição Limitada. Coimbra: Coimbra, 1994. p. 234.

outras condições a criar por lei (L) 4, 5, 6, de forma a poderem atingir resultados constitucionalmente legítimos (R), mas sem estrita individualização⁴.

Do exposto, extraímos que o princípio da legalidade adstringe o administrador ao suporte fático da lei (legalidade positiva), podendo este apenas explicitá-los, ao passo que o princípio da constitucionalidade, apesar de exigir a conformidade das leis à Constituição, não exige que esta defina todos os pressupostos que podem ser inseridos na lei, de modo que a última *cria* e não apenas explicita elementos do suporte fático⁵.

Ou seja, uma parte dos elementos da lei são materialmente determinados pela Constituição, estranhos a qualquer juízo material ou subjetivo do legislador. Tais elementos ditados pela Constituição intitulam-se *determinantes heterônomas* em oposição às *determinantes autônomas*, os elementos ou fatores introduzidos pelo legislador em sua tarefa de concretização do Texto Constitucional.

Com base neste raciocínio, conclui-se que a “arquitetura” da Seguridade Social e de todos os seus ramos pode ser diretamente extraída da Constituição.

Noutras palavras, a Constituição deixou ao legislador ordinário um modo geral de proceder para com a Previdência e a Assistência Social. Não observar tais parâmetros implicaria em inconstitucionalidade.

Sobre o tema, cito Thomas Cooley⁶, um dos mais importantes constitucionalistas norte-americanos:

Constitutions do not usually undertake to prescribe mere rules of proceeding, except when such rules are looked upon as essential to the thing to be done; and they must then be regarded in the light of limitations upon the power to be exercised.

Em resumo, do mero fato de a Constituição Federal ter feito uma distinção entre Previdência e Assistência Social resulta que não pode o

⁴ CANOTILHO, op. cit., p. 235.

⁵ Ibid., p. 235.

⁶ COOLEY, Thomas. *A Treatise on Constitutional Limitations*. 6. ed. Boston: Little and Brown and Company, 1890. p. 93.

legislador ou o intérprete tratá-las como sinônimos. Se o fizer, violará as determinantes heterônomas postas pela Carta Magna.

1.1 PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL - DISTINÇÕES

A Previdência Social Pública é tratada no art. 201 da Carta Magna. Nos incisos deste dispositivo estão elencados não os benefícios que o RGPS deve conceder, mas os eventos, as contingências que deve cobrir.

O *caput* do dispositivo afirma que a Previdência é de caráter contributivo e de filiação obrigatória. *Verbis*:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]

É de extremo revelo compreender o significado do termo “*filiação obrigatória*”, presente no dispositivo acima transcrito.

O §12º do artigo 9º do Decreto 3.048/99 assevera que: “§ 12. O exercício de atividade remunerada sujeita a filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social.”

Bem se vê que a norma posta no §12º do artigo 9º do Decreto 3.048/99 nada mais fez do que acolher pacífica lição doutrinária. O mero exercício de atividade remunerada por aqueles considerados segurados filia os mesmos ao Regime Geral de Previdência Social.

Assim, a *filiação é o vínculo jurídico que une o cidadão ao RGPS e tal vínculo decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada*⁷.

A exceção à obrigatoriedade da filiação fica por conta da figura do segurado facultativo, prevista no artigo 13 da Lei 8.213/91.

Sendo a filiação, em regra, obrigatória, quem exercer atividade remunerada estará automaticamente filiado à Previdência Social. Neste mesmo instante passará, também, a ser contribuinte, pois a contribuição também é obrigatória.

7 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005. p. 128. No mesmo sentido: MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 136.

O filiado está apto a receber benefícios previdenciários e obrigado a contribuir para a Previdência, nos termos da lei. A partir desta dinâmica é que se obtém o “*equilíbrio financeiro e atuarial*” exigido pelo Art. 201 da Constituição Federal.

Vejam agora o teor do artigo 203 da Constituição Federal:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a *garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.* (grifo nosso)

O benefício assistencial de prestação continuada previsto no inciso V da norma transcrita acima é, sem dúvida, a mais relevante prestação da *Assistência Social de Prestação Pecuniária*, aqui entendida como o conjunto de benefícios pecuniários oferecidos pela Assistência Social⁸.

Ora, dentre as contingências cobertas pela Previdência Social está, nos termos do inciso III do Art. 201 da Constituição Federal, a “*proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário*”. Ter capacidade para o trabalho, mas não conseguir colocação no mercado é evento de que trata a Previdência Social.

E, como dito anteriormente, para compreender a natureza jurídica de cada subsistema da Seguridade Social é precisa enxergá-la (a

8 A Assistência Social oferece serviços e benefícios de natureza pecuniária e não-pecuniária.

Seguridade) como um todo, até porque a Constituição não se interpreta em tiras, aos pedaços⁹.

Nesta linha, a estrutura da Previdência Social tem um liame inexorável com a estrutura da Assistência Social.

A Assistência Social independe de contribuição justamente porque os indivíduos que fazem jus a prestações deste ramo da Seguridade Social estão em tal estado de miserabilidade e/ou inaptidão ao trabalho¹⁰ que não podem contribuir, pois não podem exercer atividade remunerada e, assim, se filiar à Previdência Social.

Dada a estrutura da Previdência Social, o benefício assistencial de prestação continuada é voltado, por exclusão, àqueles que não podem se filiar à Previdência Social justamente por estarem inaptos ao trabalho, seja tal inaptidão concreta (pessoas portadoras de deficiência) ou ficta (idoso).

1.2 O CARÁTER SUPLETIVO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL E O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Se a Previdência Social atende, de forma ampla, aos mais diversos eventos ocorridos com indivíduos que podem trabalhar, o benefício assistencial de prestação continuada é vocacionado aos que não podem trabalhar.

Não podendo se socorrer da Previdência Social, em razão de não ser a ela filiado, o cidadão se volta à Assistência Social. Esta última é, portanto, supletiva.

É este o escólio de Fábio Zambitte Ibrahim¹¹:

9 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 195.

10 O benefício assistencial de prestação continuada exige, para sua concessão, tanto a miserabilidade econômica quanto a inaptidão para o trabalho, seja ela concreta (pessoa portadora de deficiência) ou presumida (idoso). Já os benefícios assistenciais de prestação pecuniária eventual, como o auxílio-natalidade e o auxílio-morte, exigem para sua concessão apenas a miserabilidade econômica, sem que se faça necessária a existência de inaptidão ao trabalho, como se vê do artigo 22 da Lei 8.742/93.

11 op. cit., p. 11.

O segmento assistencial da seguridade tem como propósito nuclear preencher as lacunas deixadas pela previdência social, já que esta, como se verá, não é extensível a todo e qualquer indivíduo, mas somente aos que contribuem para o sistema, além de seus dependentes.

[...] Não compete à previdência social a manutenção de pessoas carentes; por isso, a assistência social é definida como atividade complementar ao seguro social.

Com efeito, uma vez que a estrutura da Assistência Social foi tão claramente traçada pela Constituição Federal, o legislador ordinário, valendo-se de sua competência de conformação da Constituição, regrou o benefício assistencial ao portador de deficiência tendo em vista a natureza própria da Assistência Social: o amparo àqueles que se encontram inaptos a adentrar no sistema previdenciário.

E nem se diga que para a configuração de tal inaptidão basta não lograr obter renda por si só, pois, como visto, a proteção ao desemprego involuntário é tarefa atinente à Previdência Social e não à Assistência Social.

Ademais, o texto constitucional (Art. 203, V) prescreveu que o benefício assistencial será destinado a todos aqueles que não tenham “*meios de prover à própria manutenção*”.

E quem sequer tem os meios prover a própria manutenção é, intuitivamente, quem não pode exercer atividade remunerada. Prover significa “*atender às necessidades de*”¹².

Nesta toada, a Constituição poderia muito bem ter estabelecido que o benefício assistencial será concedido a quem “*não possuir meios de atender às necessidades de sua própria manutenção*”.

Tal locução¹³ deixa claro que o deficiente, para os fins do benefício assistencial, deve ser incapaz de exercer atividade remunerada. Esta

¹² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993. p. 448.

¹³ “As palavras individuais carecem de significado independente, possuindo apenas um significado abstraído das expressões nas quais aparecem. Se alguém diz *gato* isoladamente, isto nada significa. Não é uma expressão, a menos que a palavra, de acordo com as circunstâncias (por exemplo, se farejo o ar e olho inquisitivamente ao redor) possa ser interpretada como uma forma abreviada de um juízo como ‘deve haver um gato aqui por perto’” – ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003. p. 141.

conclusão se reforça ao notarmos, como fizemos anteriormente, que o desemprego involuntário é contingência afeta à Previdência e não à Assistência Social e que o *trabalho*, inclusa a aptidão ao labor, é a chave-interpretativa, o valor fundamental da Seguridade Social, como denota o artigo 193 da Constituição Federal.

Com efeito, o desempregado tem os meios de prover à sua própria manutenção: sua força de trabalho. O fato de não lograr obter emprego não retira dele esta potencialidade.

A Assistência Social visa amparar justamente aqueles que não dispõem desta potencialidade.

Cabe, neste momento, transcrever o teor do artigo 20, §2º, da Lei 8.742/93: *“Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.”*

Restou estabelecido que a exigência de incapacidade para o exercício de atividade remunerada é decorrência da própria estrutura constitucional da Assistência Social para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

Já quanto ao conceito de incapacidade para a vida independente deve ser dito que não se pode simplesmente equiparar o portador de deficiência de que fala o artigo 203, inciso V, da Constituição Federal, ao segurado incapaz para o trabalho para fins previdenciários, leia-se; o segurado que faz jus ao auxílio-doença ou à aposentadoria por invalidez.

Os benefícios previdenciários se ligam a eventos que restringem ou fulminam por completo a capacidade laboral do segurado da Previdência Social (art. 201, inciso I, da Carta da República). No entanto, estar em situação que permite a percepção de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez não é o mesmo que ser portador de deficiência. Entra em cena o caráter supletivo da Assistência Social.

O portador de deficiência, para os fins do artigo 203, V, da Constituição deve ser incapaz de exercer qualquer atividade remunerada, sem dúvida, mas isto não basta para caracterizá-lo como deficiente.

Fossem os conceitos idênticos, não haveria razão para que a Carta Magna estipulasse a *invalidez* no artigo 201, I, como evento apto a

gerar a percepção de benefício previdenciário por seus segurados e logo no artigo 203, V, determinasse que as *pessoas portadoras de deficiência* fazem jus ao benefício assistencial de prestação continuada. Bastaria dizer *invalidez* em ambas as ocasiões.

Inobstante, os conceitos de deficiência e incapacidade para o trabalho podem se sobrepor em situações concretas. Exemplifiquemos com o conceito de deficiência física posto no artigo 4º, inciso I, do Decreto 3298/99:

Alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplicia, tri paresia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

Decerto que um segurado da Previdência Social portador de paraplegia, tetraplegia ou paralisia cerebral fará jus ao auxílio-doença ou à aposentadoria por invalidez.

Porém, nem todo segurado que merece cobertura previdenciária através dos benefícios auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez se enquadra, também, na categoria das pessoas portadoras de deficiência.

Qual a diferença? O portador de paraplegia, tetraplegia ou paralisia cerebral é incapaz para os atos da vida independente.

Para caracterizar a deficiência, além de se valer da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde nº 54.21, aprovada pela 54ª Assembléia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001, também pode o intérprete recorrer ao artigo 3º, I, do Decreto 3298/99, que regulamenta a Lei 7.853/89, o qual define a deficiência como “*toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser*

humano”, atrelado às hipóteses taxativas previstas no artigo 4º deste mesmo decreto.

Uma vez caracterizada a deficiência é lícito dizer que o indivíduo é, também, incapaz para a vida independente. Não se vislumbra uma pessoa que padece de *incapacidade para o desempenho de atividade dentro do padrão considerado normal para o ser humano* que não seja incapaz para a vida independente, desde que a atividade em comento tenha natureza essencial à sobrevivência ou desenvolvimento do ser humano¹⁴.

Pode-se criticar o conceito de deficiência para fins de concessão do benefício assistencial criado pelo legislador. *De lege ferenda*, nos parece mesmo que a incapacidade para a vida independente é requisito que pode ser suprimido sem perda de significado para o conceito de pessoa portadora de deficiência, observado o artigo 3º, I, do Decreto 3298/99.

No entanto, o artigo 203, V, da Constituição é claro em que o benefício assistencial de prestação continuada é vocacionado às pessoas portadoras de deficiência e aos idosos. Temos aí determinantes heterônomas da norma constitucional, da qual o legislador não pode se afastar.

Porém, o dispositivo mencionado não nos dá um conceito de pessoa portadora de deficiência ou de idoso. Tais conceitos são determinantes autônomas e, assim, passíveis de intervenção criadora do legislador, como visto acima.

Basta ver que, inicialmente, idoso era o indivíduo maior de 70 anos, conforme o artigo 139 da Lei 8.213/91 e a redação original do artigo 20 da Lei 8.742/93. A partir de 01.01.1998 a idade mínima passou a ser de 67 anos, por força da Lei 9.720/98 e, finalmente, com o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03), de 65 anos.

14 Neste sentido o E. TRF4 (Processo: 200770990064174; UF: PR; Órgão Julgador: SEXTA TURMA; Data da decisão: 16/01/2008; Documento: TRF400160582; Rel. ALCIDES VETTORAZZI):

A incapacidade para a vida independente é um signo que deve ser inteligido na extensão do significado de que é ancilar, isto é, da impossibilidade de uma pessoa portadora de deficiência em prover a própria manutenção; logo, não pode ser reduzida à mera necessidade de ajuda que essa possa, eventualmente, apresentar para desincumbir-se daquilo que aos outros é mera rotina. Hermenêutica conducente à não discriminação. Leis 7.853/89 (artigo 1º) e 8.742/93 (artigo 4º, III) e Decreto 3.956/01 (n. 2, letra “a”).

Frise-se que, segundo o artigo 1º da Lei 10.741/03, idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. Contudo, para fins de percepção de benefício assistencial de prestação continuada esta idade é de 65 anos. Em suma, há um conceito específico de idoso relacionado ao benefício em epígrafe. Tal conceito variou ao longo do tempo e sempre em virtude de atuação legislativa.

Da mesma forma, há um conceito específico de pessoa portadora de deficiência, posto no artigo 20, §2º, da Lei 8.742/93. Não se pode confundir a pessoa portadora de deficiência mencionada no artigo 203, V, da Carta da República com o trabalhador portador de deficiência de que fala o artigo 7º, inciso XXXI ou a pessoa portadora de deficiência que figura no artigo 37, VIII, ambos da Constituição Federal.

Nestas duas hipóteses (arts. 7, XXXI e 37, VIII) a Constituição se refere a uma deficiência de grau tal que permita ao cidadão prover aos meios de sua subsistência, uma deficiência que não o impeça de exercer atividade remunerada e, por conseguinte, de se filiar à Previdência Social. Tanto assim que no serviço privado o trabalhador portador de deficiência não pode sofrer discriminação nos critérios de admissão ou de salário e ao postular admissão no serviço público poderá se valer do percentual de cargos reservados.

Tais direitos não fariam o menor sentido se destinados a indivíduos incapazes de exercer atividade laborativa.

1.3 O CRITÉRIO DA RENDA FAMILIAR

Muito já foi escrito sobre o §3º do Art. 20 da Lei 8.742/93 e a exigência de renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo como requisito para a percepção do benefício assistencial de prestação continuada.

Ao estabelecer no artigo 203, V, que o benefício assistencial de prestação continuada será devido somente se comprovado “[...] *não possuir* (o destinatário do préstimo) *meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família* [...]” a Constituição não só determinou quem a ele faz jus, como também quais as condições para tanto.

É intuitivo que o indivíduo inapto ao exercício de atividade remunerada não tem renda própria. Caso sua família seja incapaz de

prover ao seu sustento, verificar-se-á uma situação de penúria extrema. Cabe à lei precisar o que é, efetivamente, este sumo estado de pobreza. Temos, novamente, *uma determinante autônoma*.

A constitucionalidade do dispositivo restou confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 1.232/DF.

Saber se tal critério é exclusivo ou apenas um patamar mínimo de que parte o legislador, não excluindo outras hipóteses de comprovação da miserabilidade é tarefa árdua. Grassa intensa controvérsia jurisprudencial a respeito do tema.

Não pretendemos abordar aqui todos os argumentos relativos a ambas as posições. Basta assentar um ponto que nos parece essencial e, mesmo assim, é quase sempre olvidado nos debates.

Nos tópicos anteriores demonstramos que a Assistência Social e, portanto, o benefício assistencial previsto no Art. 203, V, da Constituição, é supletiva, subsidiária à Previdência Social em razão da estrutura dada à Seguridade Social pela Carta da República.

Mas ainda cabe sublinhar que mesmo em uma perspectiva sociológica e histórica, o benefício assistencial não pode ser utilizado como mecanismo exclusivo de distribuição de renda.

No desenvolver do Estado Social diversas foram as formas de lidar com a questão da Seguridade Social e da garantia do mínimo existencial. Tais soluções podem ser catalogadas em diversos grupos em vista de suas semelhanças.

Como ensina Vicente Faleiros¹⁵:

Hoje podemos visualizar *três movimentos históricos*, modernos, que são: os seguros, para aqueles que estão inseridos no mercado; o movimento do estabelecimento dos mínimos e, em terceiro lugar, *o da garantia de alguns benefícios para grupos incapacitados para o trabalho*. (grifo nosso)

15 FALEIROS, Vicente. Renda Mínima: Uma Avaliação. In: SPOSATI, Aldaíza (org.). *Renda Mínima e Crise Mundial*. São Paulo: Cortez, 1997. p. 14.

Antes de prosseguir, note-se que o trecho acima transcrito constitui uma análise histórica e social e não um postulado dogmático que trabalhe com conceitos da ciência do direito. Daí porque não deve causar espanto, por exemplo, que, em nosso ordenamento, a incapacidade laboral também seja contingência afeta ao sistema dos *seguros*.

Pois bem, a categoria dos seguros se coaduna com a nossa Previdência Social, destinada àqueles que podem trabalhar.

A garantia de alguns benefícios para grupos incapacitados para o trabalho corresponde ao benefício assistencial ao portador de deficiência e ao benefício para vítimas de Talidomida e de Hanseníase, por exemplo.

Esta forma de prestação se identifica pelos seus destinatários: pessoas miseráveis e que não têm capacidade para o trabalho.

Cumprе ressaltar que a destinação de amparo material a grupos que se encontram incapacitados para o trabalho é categoria sociológica distinta do estabelecimento de padrões mínimos independentemente de aptidão ou não para o trabalho.

Esta última categoria, o movimento do estabelecimento dos mínimos, existe em nosso ordenamento jurídico graças à lei da Renda Básica da Cidadania (Lei nº 10.835/04), de autoria do Senador Eduardo Suplicy. Em seu art. 1º, *caput* e §§ 1º e 2º, tal diploma normativo dispõe que:

Art. 1º É instituída, a partir de 2005, a renda básica de cidadania, que se constituirá no direito de todos os brasileiros residentes no País e estrangeiros residentes há pelo menos 5 (cinco) anos no Brasil, não importando sua condição socioeconômica, receberem, anualmente, um benefício monetário.

§ 1º A abrangência mencionada no *caput* deste artigo deverá ser alcançada em etapas, a critério do Poder Executivo, priorizando-se as camadas mais necessitadas da população.

§ 2º O pagamento do benefício deverá ser de igual valor para todos, e suficiente para atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, educação e saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do País e as possibilidades orçamentárias.

Na mesma esteira, a Lei do Bolsa-Família (Lei 10.836/04) unificou diversos programas sociais ao criar em seu Artigo 2º três formas distintas de benefícios destinados a assegurar o mínimo existencial, a despeito da existência ou não de capacidade para o trabalho.

Ou seja, os três movimentos históricos de amparo social existem conjuntamente no ordenamento jurídico brasileiro e fazem parte de uma grande política pública que tem por objetivo erradicar a pobreza e a marginalização, nos precisos termos do Art. 3º, III, da Constituição Federal.

O que não se pode admitir, no entanto, é a confusão, a mistura, a promiscuidade desordenadora destes programas que têm fundamentos e finalidades diferentes.

Exacerbar a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, no entanto, configura exatamente essa confusão desordenadora.

A radical alteração dos critérios objetivos de renda muda totalmente a feição deste benefício, colocando-o na categoria sociológica dos movimentos de estabelecimento de mínimos.

Porém, se isto ocorrer a Renda Básica da Cidadania e o Bolsa-Família terão de ser repensados e, quiçá, extintos, pois seu objetivo estará sendo perseguido por outro benefício, não vocacionado a tais finalidades, causando uma sobreposição de benefícios tanto desnecessária e caótica como prejudicial aos cidadãos e à eficiência da atividade administrativa.

2 CONCLUSÃO

As linhas mestras da composição constitucional da Seguridade Social são de enorme valor na definição das funções incumbidas à Previdência e à Assistência Social.

Dado o pressuposto de que não é tarefa da Constituição, mas do legislador ordinário, concretizar e implementar os direitos sociais previstos no texto maior sob a forma de norma programáticas, atribui-se ao último uma competência, variável conforme a(s) norma(s)

constitucional(is) a que se busca dar operacionalidade, de intervenção criativa no conteúdo da lei concretizadora.

No caso do benefício assistencial, toda legislação que se proponha a dar cumprimento ao artigo 203, V, da Carta da República deve sempre estar em conformidade vertical com a supra mencionada estrutura constitucional da Seguridade Social, da qual se extrai o caráter supletivo da Assistência Social de Prestação Pecuniária, destinada somente àqueles incapazes de exercer atividade remunerada e, portanto, de se filiar à Previdência Social.

A pessoa portadora de deficiência referida no artigo 203, V, da Constituição não se confunde, em termos abstratos, com o incapaz para o trabalho. Os conceitos podem se justapor em situações concretas, no entanto.

Por fim, quando estipulou o critério objetivo de renda familiar para identificar a situação de miserabilidade que gera direito à proteção assistencial, o legislador enquadrando tal pretensão no movimento histórico de garantia de alguns benefícios para grupos incapacitados para o trabalho. Outras formas de garantia de um mínimo existencial estão presente em nosso ordenamento jurídico e a confusão e promiscuidade entre os conceitos e os requisitos de cada um só serviria para, a longo prazo, causar ineficiência administrativa e má alocação de recursos escassos.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Edição Limitada. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COOLEY, Thomas. *A Treatise on Constitutional Limitations*. 6. ed. Boston: Little and Brown and Company, 1890.

FALEIROS, Vicente. Renda Mínima: Uma Avaliação. In: SPOSATI, Aldaíza (org.). *Renda Mínima e Crise Mundial*. São Paulo: Cortez, 1997.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte, *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.