

RECEBIDO EM: 23/11/2021
APROVADO EM: 20/10/2022

MISERABILIDADE E BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: DOS CRITÉRIOS ARITMÉTICOS DA RENDA FAMILIAR AO TESTE DE MEIOS

MISERABILITY AND WELFARE BENEFIT: FROM THE ARITHMETIC CRITERIA OF FAMILY INCOME TO MEANS TEST

Rodrigo Zacharias¹

Cristiane Fátima Grano Haik²

Paulo Bueno Azevedo³

-
- 1 Doutor em Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestrado em Direito (Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) no Centro Universitário de Bauru (Instituto Toledo de Ensino). Especialização em Direito Público na FADOM, atualmente Faculdades Pitágoras, unidade Divinópolis-MG. Especialização em Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti na Universidade de Pisa, Itália. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Juiz federal.
 - 2 Doutoranda e Mestre em Direito das Relações Sociais (Direito Previdenciário) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Coordenadora da área trabalhista e previdenciária do escritório Furriela Advogados
 - 3 Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Penal na Faculdade de Direito Santo André (FADISA) e na Universidade de Mogi das Cruzes (UMC).

SUMÁRIO: Introdução. 1. Da pobreza. 2. Sobre o custo dos direitos sociais. 3. Percipientes. 4. Núcleo familiar. 4.1. Subsidiariedade do benefício assistencial. 5. Grau de miserabilidade. 5.1. Os entendimentos do Supremo Tribunal Federal. 5.1.1. ADI 1.232. 5.1.2. Tema 312. 5.1.3. Tema 27. Legislação na pandemia do Covid-19. 7. Cadastro Único. Conclusão. Referências.

RESUMO: O artigo analisa a questão da miserabilidade como requisito objetivo à concessão do benefício assistencial de prestação continuada – BPC, previsto nos artigos 203, V, da Constituição Federal e 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, segundo critérios que superam o cálculo aritmético da renda familiar per capita do requerente. Cuida-se de estudo realizado pelo método dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. É analisada a evolução da jurisprudência, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, bem como o problema da subsidiariedade do benefício contextualizado à luz da súmula nº 23 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região. Investiga-se também a legislação recente, editada na pandemia do COVID-19, além do Cadastro Único. Conclui-se que, na aferição da miserabilidade, não se prescinde da análise da obrigação alimentar de integrantes da família, a teor do dever constitucional alimentar, dirigido a pais e filhos, estabelecido no art. 229 da Constituição Federal. Conclui-se que o critério baseado em valor da renda familiar per capita, previsto no art. 20, §3º, da Lei n. 8.742/93, é insuficiente à aferição da concreta situação de miserabilidade, cabendo a realização do teste de meios, na esteira das diretrizes contidas nos precedentes da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais.

PALAVRAS-CHAVE: Assistência. Benefício de Prestação Continuada. Miserabilidade. Subsidiariedade. Teste de Meios.

ABSTRACT: The article analyzes the issue of necessity as an objective requirement for the granting of the welfare benefit (BPC), as established by articles 203, V, of the Federal Constitution and 20, § 3, of Law n. 8742/93, according to criteria that surpass the arithmetic calculation of the applicant's per capita family income. This study applied the deductive method, through bibliographical and jurisprudential research. The evolution of the national court decisions, chiefly those issued by the Federal Supreme Court is analyzed, as well as the problem of the subsidiarity of the welfare benefit contextualized according to Court Resolution nº 23 of the Regional Panel of Uniformization of the Federal

Special Courts of the 3rd Circuit. Recent legislation, edited during the COVID-19 pandemic, is also investigated, in addition to the “Cadastro Único”. It comes to the conclusion that, in the assessment of necessity, one ought to analyse the obligation to pay alimony, imposed upon family members, in line with the constitutional duty to pay alimony directed at parents and children, established in article. 229 of the Federal Constitution. In addition, it also comes to the conclusion that the criterion based on the value of the family income per capita is insufficient to measure the concrete situation of misery, and the means test is required, according to precedents of the Federal Panel of Uniformization.

KEYWORDS: Welfare. Economic Assistance, Poverty Line. Subsidiarity. Means Test.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ostenta caráter compósito, pois o texto aprovado decorreu da ausência de uma maioria ideologicamente convicta a respeito de pontos fundamentais, nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (BASTOS; MARTINS, 1988, p. 1).

A preocupação do legislador constituinte com a questão social é patente. Consoante o teor do Preâmbulo da Constituição Federal, o Estado Democrático tem por fim “*assegurar o exercício dos direitos sociais*”.

Numa faceta, o legislador constituinte assegura a livre iniciativa (art. 1º, IV e 170, *caput*) bem como a liberdade de escolha de profissão (art. 5º, XIV), estabelecendo o primado do trabalho como objetivo da Ordem Social (art. 193).

Noutra, determina que seja respeitada a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e funda uma República baseada em valores como justiça e solidariedade, esculpindo objetivos magnos como a redução das desigualdades sociais.

Dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, I e II, estão os de “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*”, além “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.*”

Mais que isso, a justiça social compõe um dos objetivos da ordem social, pois, a teor do art. 193, “*A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.*”

Conquanto não previsto expressamente como um dever, o trabalho é o meio pelo qual se cria a riqueza, tanto que é resguardado por inúmeros direitos previstos na própria Constituição (art. 7º).

Ocorre que certo grupo de pessoas, fragilizadas não apenas no aspecto social, mas também no pessoal, não têm condições de exercer o trabalho por razões físicas ou psicológicas, e por isso se encontram em situação de pobreza.

Para estas pessoas, vulneráveis socialmente, há uma previsão específica contida na Constituição de modo a lhes assegurar, a elas e somente a elas, o *direito* à subsistência por meio do pagamento de um valor padrão mínimo nacional, em dinheiro, supostamente apto a sua manutenção.

Vejamos. Ao tratar da ordem social, a Constituição Federal elenca as áreas de atuação capazes de propiciar os almejados bem-estar e justiça sociais, dentre os quais, e, em primeira ordem, está a *seguridade social*, que, conforme reza o art. 194, 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 assistência social, assim sendo, enquanto política pública integrante da seguridade social, é a técnica de proteção social mais concatenada com tais projetos, contando com *objetivos* a serem cumpridos pela sociedade e pelo Estado, conforme os termos do art. 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”.

Ademais, no *caput* do art. 6º da CF, a *assistência* é prevista para ser concedida aos *desamparados*. Já a Lei Orgânica da Assistência Social - Lei nº 8.742/1993 contempla várias ações consistentes em serviços socioassistenciais voltadas para as necessidades básicas, como projetos de enfrentamento da pobreza, benefícios eventuais prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública, além do pagamento do Benefício de Prestação Continuada - BPC, de acordo com as condições previstas em referida lei, ao qual se dedica o presente estudo.

Os titulares do direito ao benefício assistencial de prestação continuada, doravante denominado BPC, são as pessoas mencionados no art. 203, V, do Texto Magno: idosos e pessoas com deficiência, termos que foram especificados na legislação infraconstitucional.

Esse direito à subsistência – previsto tão somente a tais idosos e pessoas com deficiência – implica a concessão de um benefício mensal de um salário mínimo. Outras pessoas, porventura também fragilizadas pessoal ou socialmente, que não se subsumam a tais critérios, não farão jus ao benefício, o qual, por ser gratuito, pode ser considerado “não contributivo”.

Quem não se subsumir ao conceito legal de pessoa com deficiência ou não tiver mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, para obterem o pagamento e a manutenção de um valor mensal de um salário mínimo, terão de contribuir para o sistema de previdência social, na forma do art. 201 da Constituição.

O intuito desse trabalho é delinear um quadro para fins de definição da linha de pobreza apta a ensejar a aquisição desse direito fundamental social, inserido na assistência social (art. 6º, *caput*, e 203, V, da CF).

Mas, não é uma atividade fácil definir graus de pobreza, por envolver múltiplos critérios baseados em fatores sociais e individuais. O primeiro passo, portanto, é tratar, perfunctoriamente embora, do fenômeno da pobreza.

1. DA POBREZA

A pobreza existe desde os primórdios da civilização e muitas tentativas de minorar seus efeitos têm sido infrutíferas, inclusive no Brasil, um país extremamente desigual.

Segundo Venturi, pobreza é um estado em que o indivíduo ou sua família encontrem-se expostos a privações e sofrimentos como consequência da carência, incluindo a temporária privação de meios para satisfazer suas próprias necessidades essenciais (VENTURI, 1994, p. 21).

Destaque-se que a pobreza é um fenômeno complexo, que pode ser classificado em termos absolutos ou relativos. A pobreza absoluta estaria vinculada à questão da própria sobrevivência (mínimo vital), ao passo que a pobreza relativa há de ser definida em função de cada sociedade, conforme seus aspectos socioeconômicos e culturais, inclusive. No último caso, cite-se como exemplo a inclusão do chá na cesta básica alimentar da Inglaterra (ROCHA, 2011, pp. 11-12). A complexidade do fenômeno e a dificuldade de traçar a linha distintiva da pobreza absoluta e relativa certamente refletem-se nas controvérsias sobre o conceito legal de miserabilidade, a ser visto adiante.

Ademais, a pobreza pode vista como decorrente de dois tipos de causas: individuais e sociais. Aquelas estão ligadas à existência de limitações físicas ou intelectuais inerentes aos indivíduos, de caráter temporário (como doenças ou acidentes) ou permanente (como o ócio, o esbanjamento de bens). Estas seriam resultado dos desequilíbrios de dada organização social, como a destruição causada pelas guerras, as depressões econômicas, a discriminação racial, sexual e religiosa, a insuficiência do salário etc (VENTURI, 1994, pp. 21-23).

Seja qual for a causa da pobreza, geradora sempre de necessidades sociais, o Estado, para além de prestar serviços de educação, saúde e segurança pública, passou a atuar na *ajuda social* aos indigentes, já que o problema do pobre envolve consequências sociais, isto é, atingem toda a coletividade. Essa ajuda social é prestada, segundo a Constituição, pela assistência social.

O art. 23, II, do Texto Magno estabelece que é da competência comum dos entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) cuidar da *assistência pública*. Porém, cabe à esfera federal, além de

elaborar normais gerais, conceder o benefício assistencial de um salário mínimo mensal devido a pessoas com deficiência e idosos, nos termos do art. 203, V, da Constituição.

O BPC é disciplinado na Lei n.º 8.742/93, conhecida por Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, a qual dispõe sobre sua organização e operacionalização. As prestações previstas são benefícios (arts. 20 a 22), serviços socioassistenciais (art. 23), programas (art. 24) e projetos de enfrentamento da pobreza (arts. 25 e 26).

O BPC é previsto nos arts. 20 e 21 da mesma LOAS, consistindo no pagamento de um salário mínimo mensal a idosos e pessoas portadoras de deficiência considerados hipossuficientes ou miseráveis, segundo certos critérios objetivos.

Antes de avançarmos, exatamente por tratarmos de um benefício não contributivo, destinado a certo nicho de pessoas, urge tecer algumas considerações sobre o custo dos direitos sociais.

2. SOBRE O CUSTEIO DOS DIREITOS SOCIAIS

A despeito de o Estado assegurar a algumas pessoas o direito à subsistência, não há propriamente uma relação entre a necessidade e a proteção oferecida, já que, para Wladimir Novaes Martinez, essa última “*cinge-se ao mínimo oferecível pelo Estado na medida de suas forças*” (MARTINEZ, 1995, p. 217). Tal se dá porque a necessidade humana não tem limites conhecidos, mas a capacidade de custeio do Estado tem.

Quanto maior a hipossuficiência do indivíduo, maiores são as suas necessidades, porém a assistência social encerra o conjunto de meios *apenas* supletivos de amparo. O art. 1º da Lei n.º 8.742/93 já adianta que a assistência social se presta a garantir as necessidades básicas, ou seja, apenas as necessidades básicas. Já no art. 2º, parágrafo único, da mesma lei, o legislador esclareceu que a assistência social visa, entre outros escopos, à garantia dos mínimos sociais.

Por outro lado, o art. 195 da CF/88 estabelece que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta. Os recursos da assistência social são oriundos do orçamento da seguridade social, conforme reza o art. 204 da CF/88, pois os assistidos não têm capacidade financeira para contribuírem.

Da mesma forma, deve ser considerado custeio indireto a imunidade a tributos conferida às entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei, consoante a dicção do § 7º do art. 195 da Constituição Federal.

Enfim, a Constituição da República estabelece *solidariedade financeira*, na medida em que utiliza a contribuição dos que podem pagar para auxiliar aqueles que não podem, nos exatos termos do espírito de solidariedade e de justiça social já referidos.

Com efeito, o problema da pobreza gera consequências em todo o corpo social, inclusive nos mais ricos. Celso Barroso Leite escreveu, há tempos, acerca desse aspecto da assistência social:

Sua prestação também pode variar desde o apoio individual, mais próximo da filantropia, até o auxílio coletivo, menos pessoal e menos direto, de grupos ou da comunidade; e mesmo quando a sociedade assume esse encargo, por intermédio de órgãos públicos próprios, temos a assistência social. Nota-se, entretanto, que ela não se prende apenas a motivos altruísticos, humanitários, caritativos. As necessidades básicas dos indivíduos carente acabam repercutindo sobre os demais indivíduos e em última análise sobre a sociedade; esta, então, se antecipa racionalmente a elas, se prepara para supri-las. As providências nesse sentido são hoje um imperativo de ordem socioeconômica e até já se vão tornando objeto de um Direito Assistencial (LEITE, 1997, p. 533).

Ainda em relação ao *custo dos direitos sociais*, conveniente referir as ponderações de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, para quem todos os direitos, não apenas os sociais, são de alguma forma prestacionais, porquanto demandam aportes financeiros significativos por parte do Estado (2019, pp. 23, 61, 109 e 173).

Para assegurar mesmo os direitos de primeira geração ou primeira dimensão, relativos às liberdades e direitos civis, exige-se que o Estado dispenda grandes valores. Exemplos de gastos usados na garantia dos direitos individuais são a aquisição de estrutura material a garantir o direito ao voto (prédios, servidores, bens móveis) ou mesmo os aportes essenciais à manutenção do direito de propriedade, como uma Polícia atuante no papel de assegurar a segurança pública.

Alertam os referidos autores que os pobres, por não terem qualquer propriedade, não são beneficiados com tais vultosos investimentos.

Mesmo os gastos destinados ao orçamento do Poder Judiciário, dispêndios essenciais para o julgamento de litígios em torno de bens materiais, os miseráveis, por não possuírem quaisquer bens, estão excluídos desse investimento do Estado.

Enfim, o gasto em direitos sociais é de ser enxergado como um investimento do Estado em benefício não só dos percipientes, mas de todo o corpo social. Apenas a título ilustrativo, há diversos estudos relacionando o decréscimo de benefícios sociais com a criminalidade. Loïc Wacquant, estudando a supressão da *General Assistance*, no Estado de Michigan, nos Estados Unidos, constatou que, no mesmo ano do término do programa, que deixou sem assistência cerca de 82.000 adultos, o Estado gastou US\$ 1,32 bilhão para encarcerar 44.000 condenados, sendo que “o custo estimado de cada prisioneiro foi 11 vezes superior à quantia média destinada a um beneficiário do sistema de bem-estar social.” (WACQUANT, 2019, p. 100).

Para finalizar esse tópico, é de se registrar que o custeio da assistência social vem da contribuição vertida por toda a sociedade, incluindo o *próprio assistido*, enquanto contribuinte consumidor. Fato notório que é, o sistema tributário é considerado bastante *regressivo* por obter enorme parcela das receitas de tributos que incidem sobre o consumo, como o ICMS, implicando sobrecarga aos mais pobres, quando da comparação do comprometimento do valor desse tributo em relação às suas escassas rendas.

3. PERCIPIENTES

O art. 203, V, da Constituição de 1988 estabelece *dois requisitos* para a concessão do BPC, um de natureza subjetiva (tratar-se de pessoa com deficiência ou idoso com mais de 65 anos), outro de natureza objetiva (enquadrar-se na situação de miserabilidade ou estado de necessidade).

Segundo o art. 20, caput, da Lei n. 8.742/93, para fazer jus ao benefício, a pessoa deve ter mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou enquadrar-se no conceito de pessoa com deficiência hospedado no § 2º do mesmo artigo 20. A atual redação do referido parágrafo foi dada pela Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, Lei n. 13.146/2015.

Quando se fala em requisito subjetivo, trata-se do idoso com mais de 65 (sessenta e cinco) anos e da pessoa com deficiência.

Na definição dos requisitos subjetivo e objetivo, não poderá o legislador infraconstitucional, quando proceder à *distributividade* das prestações da Assistência Social, excluir parcelas significativas da população necessitada, porque implicaria afronta à norma contida no 194, parágrafo único, III, do Texto Superior.

Somente serão válidos os critérios (de definição dos requisitos objetivo e subjetivo) se compatíveis com o desígnio traçado pelo Constituinte, visto que a distribuição há de ser inspirada na Justiça Social. Beneficiários são os *desamparados* referidos no art. 6º da Constituição Federal.

Quanto à denominação, Cesarino Júnior consagrara a palavra *hipossuficiente*, bastante utilizada até hoje para denominar as pessoas necessitadas, carentes e pobres (CESARINO JÚNIOR, 1970, p. 417).

Tanto na doutrina quanto na jurisprudência, os percipientes, quando miseráveis, são chamados de hipossuficientes. Contudo, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) utiliza tal expressão em outro contexto, razão pela qual preferimos a palavra *percipientes* a hipossuficientes.

Outrossim, tanto o idoso quanto a pessoa com deficiência podem ser chamados de *beneficiários*, mas entendemos que a palavra *percipientes* é mais adequada por ser mais técnica, haja vista não denotar a ideia de “benefício” visto como “benesse”, já que se trata de legítimo direito social.

4. NÚCLEO FAMILIAR

A análise do significado da expressão “núcleo familiar” é imperiosa porquanto será com base nela que se apurará a renda mensal *per capita*, estabelecido pelo legislador ordinário como critério objetivo de aferição da miserabilidade.

O art. 226 da Constituição Federal estabelece que a família é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Tanto o casamento quanto a união estável poderão caracterizar a família, para os fins específicos do art. 203, inciso V, da Constituição. A propósito, em 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

Mas não apenas o conjunto de pessoas formado pelos cônjuges ou companheiros e seus filhos poderá ser caracterizado como família, para fins assistenciais, nos termos do § 4º do art. 226 da Constituição de 1988, que reza: “§ 4º – *Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”.

Essa definição de quais pessoas integram o “núcleo familiar” é de grande importância, porque somente terá direito a receber o BPC quem não possuir meios de prover a própria manutenção pelo trabalho, nem tiver provida por sua *família*, razão pela qual o número de pessoas influi na consideração da miserabilidade, como se verá adiante.

Muito bem.

O art. 20, § 1º, da Lei n.º 8.742/93 estabelecia, em sua redação original, que se entende por família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivessem no mesmo teto. Cuidava-se de um conceito criado exclusivamente para fins de assistência social.

Discutiu-se nos tribunais se era possível computar a renda obtida por um integrante da família em sentido amplo, que resida no mesmo teto, mas não estivesse dentre os elencados no art. 16 da Lei n. 8.213/91.

A Turma Nacional de Uniformização, ao apreciar o Tema 73, afetou a seguinte questão: “*Saber qual a composição do grupo familiar para concessão do benefício assistencial, no período anterior à Lei n. 12.453/2011.*” A tese firmada, em acórdão publicado em 31.8.2012, foi a seguinte: “*O grupo familiar deve ser definido a partir da interpretação restrita do disposto no art. 16 da Lei n. 8.213/91 e no art. 20 da Lei n. 8.742/93, esta última na sua redação original.*”

O julgado da TNU, portanto, não admitiu a inclusão de pessoas estranhas ao rol restrito contido no art. 16 da Lei n. 8.213/91 e no art. 20, § 1º, da Lei n. 8.742/93. Mais recentemente a Turma Nacional de Uniformização proferiu julgados em sentido um pouco diverso, como se verá adiante.

Seguindo com a evolução legislativa, vê-se que a Lei n. 12.435/2011 alterou a regra do § 1º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, a partir de quando

o núcleo familiar passou a ser o composto pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Já foi registrado que conceito legal de núcleo familiar causa enormes *distorções* na avaliação da capacidade de a família prover sua própria manutenção (ZACHARIAS, 2021, p. 288).

De fato, inúmeros casos levados a julgamento na Justiça Federal evidenciam situações em que pessoas da família residem em casas anexas, no mesmo terreno, ou são vizinhas em terrenos diversos, circunstâncias que devem ser levadas em conta na aferição da miserabilidade. Noutros casos, o requerente é sustentado por pessoa da família que ostenta boas condições econômicas, mas não reside no mesmo teto.

4.1. SUBSIDIARIEDADE DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL

A questão da dimensão do núcleo familiar está diretamente relacionada com o princípio da subsidiariedade (BARACHO, 2000, p. 28; ZACHARIAS, 2021, p. 284), que se revela na noção de que o Estado só deve intervir nas relações sociais e econômicas quando as pessoas, elas próprias, não forem capazes de lidar com os desafios e problemas enfrentados.

A valoração desse princípio doutrinário não deve ser vista do ponto de vista exclusivamente liberal, com intuítos de redução do Estado. Para José Alfredo de Oliveira Baracho a subsidiariedade é noção intermediária entre o Estado Liberal⁴ e o Estado Social (BARACHO, 2000, p. 95).

Ipsa facto, se o indivíduo em situação de necessidade social está sendo amparado pela família ou pela comunidade local, não se justifica a concessão de medida assistenciais. Nesse diapasão, valoriza-se a distribuição de deveres entre o Estado e a sociedade (AJOUZ, 2012; MARQUES, 2009, p. 26-27).

4 Importante doutrina rechaça a aplicação do princípio da subsidiariedade na assistência social, por entender que implica agravamento da condição social de pessoas já vulneráveis (WAILLA, 2018, p. 180-192; PASSOS, 2018, p. 19-27).

No mesmo sentido, a súmula n. 23 da Turma Regional de Uniformização do Juizado Especial Federal da 3ª Região: “*O benefício de prestação continuada (LOAS) é subsidiário e para sua concessão não se prescinde da análise do dever legal de prestar alimentos previsto no Código Civil*”.

A Turma Nacional de Uniformização entendeu que a interpretação da norma que disciplina o requisito da miserabilidade, exigido para a concessão do BPC:

“deve ser no sentido de que a assistência social estatal não deve afastar a obrigação de prestar alimentos devidos pelos parentes da pessoa em condição de miserabilidade socioeconômica (arts. 1694 e 1697, do Código Civil), em obediência ao princípio da subsidiariedade” (Pedido de Uniformização n. 0511978-42.2015.4.05.8300, DJ 22.02.2018, DP 28.02.2018).

Nessa ótica, há necessidade de aferição de outros fatores, como o patrimônio do requerente, eventual poupança e a capacidade financeira de filhos e pais, atados por obrigações alimentares recíprocas, à luz do art. 229 da Constituição Federal.

Em favor de tal entendimento, pode ser evocada a lição de Eros Roberto Grau, para quem o Direito não pode ser interpretado em “tiras” (GRAU, 2021, p. 86), cabendo a análise do direito fundamental à assistência social mediante a análise lógico-sistemática dessa outra norma constitucional, conformada no art. 229 do Texto Magno.

Em outro precedente da Turma Nacional de Uniformização, decidiu-se que a renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não induz presunção absoluta quanto ao estado de miserabilidade, razão pela qual:

“(…) tem se admitido que o Magistrado alcance o benefício em situações nas quais a renda supera o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, e do mesmo modo, parece razoável também negá-lo, ainda que a renda comprovada seja inferior ao indicado limite, quando presentes elementos fáticos que demonstram a inexistência de necessidade premente de sua concessão” (PEDILEF 50004939220144047002, Relator Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, data de julgamento: 14/04/2016, data de publicação 15/04/2016).

E a tese firmada no Tema 122 – TNU foi exatamente no sentido de que o critério objetivo consubstanciado na exigência de renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo gera uma presunção relativa de miserabilidade, que pode, portanto, ser afastada por outros elementos de prova.

Entendemos que a subsidiariedade não atenta contra o caráter programático e social da Constituição de 1988, na medida em que a assistência social constitui *técnica de proteção social* restrita aos “desamparados” (art. 6º). Se aplicada com parcimônia no julgamento dos casos, afastando-se a concessão do BPC somente quando comprovada a capacidade econômica do núcleo familiar, não se cogita de inconstitucionalidade.

5. DO GRAU DE MISERABILIDADE

O presente item finalmente aborda o problema de dimensionar a miserabilidade para definir quem são os potenciais percipientes do BPC. Trata-se do problema da elegibilidade ao BPC no tocante ao *grau de pobreza* imposto pela lei como requisito à aquisição do direito.

Como já visto, o BPC será devido tão-somente a quem comprovar “*não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família*”, a teor do inciso V do art. 203 da CF/88.

A Lei n.º 8.742/93 estabeleceu, no § 3º do art. 20, um conceito normativo de pobreza (*rectius*: miserabilidade) para fins assistenciais: “*Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.*”

O legislador ordinário optou por caracterizar a miserabilidade mediante a utilização do salário mínimo, instituto jurídico inserto no próprio corpo da Constituição Federal, no art. 7º, IV.

Desde o início da vigência da lei, a doutrina discutiu se o critério expresso no § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 é constitucional ou não. Uma vertente doutrinária entendeu que a regra criadora do conceito jurídico da miserabilidade, introduzida pelo § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93, não é compatível com o inciso IV do art. 7º da CF/88, por restringir o direito social demasiadamente.

Luiz Alberto David Araujo, partindo da premissa de que somente a pessoa que recebe o salário mínimo teria condições de ter atendidas suas necessidades vitais básicas, concluiu que não poderia a Constituição escolher metodologia mais restritiva para caracterizar a pessoa como pobre (ARAUJO, 2011, p. 88).

A restrição inconstitucional ao alcance do art. 203, V, do Texto Supremo realmente ocorreu porque, embora a pobreza possa ser mensurada em degraus e conquanto alguém possa ser considerado miserável segundo outros critérios, um número expressivo de necessitados estará excluído da elegibilidade ao BPC. Nas linhas seguintes veremos como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal evoluiu.

Noutro passo, o parágrafo 11 do art. 20 da LOAS, incluído pela Lei n. 13.146/2015, trouxe importante inovação legislativa acerca do problema da renda: Para concessão do benefício de que trata o *caput* deste artigo, poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.

Isso significa dizer que, a despeito do critério estabelecido no § 3º do art. 20 da LOAS, a pobreza assistencial não se mede por método puramente aritmético.

De certa forma, o § 11 colide com o § 3º, ambos do art. 20, porque entendeu o legislador infraconstitucional que o cálculo estritamente aritmético não é capaz de aferir o grau de pobreza necessário à aquisição do direito ao BPC. O § 11º acima referido, portanto, transmuda uma análise matemática em verdadeiro “teste de meios” ou *means test* ou *means testing*, consoante definição de Maurício Mota Saboya Pinheiro (2012, p. 41):

Means testing é um método para a determinação de elegibilidade para programas sociais, em que se utilizam várias variáveis (indicadores) de condição de vida (meios), tais como o acesso a bens e serviços, as condições de moradia, a saúde e a educação. Essa forma multidimensional de avaliação se contrapõe àquela de utilização da renda como critério único.

Tal cenário não passou despercebido por grande parte dos tribunais do país, tema a ser tratado nos subitens seguintes.

5.1. OS ENTENDIMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal teve diferentes posições acerca do critério a miserabilidade contido no § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93, que serão analisados seguinte ordem cronológica dos acórdãos⁵.

5.1.1. ADI N.º 1.232-2

No julgamento da ADIN n.º 1.232-2, o STF não reputou inconstitucional a restrição conformada no § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93. É o que podemos inferir da leitura da ementa (BRASIL, 2001):

Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V, art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente.

O Tribunal teria partido do pressuposto de que a norma do art. 203, V, da CF/88 não teria aplicabilidade imediata, demandando regulamentação legislativa. Por isso, a eventual declaração da inconstitucionalidade da lei impediria a eficácia da norma constitucional. É o que se deduz da leitura da ementa do julgamento da liminar (BRASIL, 1995):

Medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade. Conceito de família incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, dado pelo § 3º do art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n.º 8.742 de 07/12/93) para regulamentar o art. 203, V, da Constituição Federal.

1— Arguição de Inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que prevê o limite máximo de ¼ do salário mínimo de renda mensal per capita da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que se esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição.

5 Na análise da jurisprudência do STF, sugerimos ao leitor conferir, por todos: FIGUEIREDO, 2018, p. 138-150.

2 – A concessão da liminar suspendendo a disposição legal impugnada faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

3 – O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico.

4 – Pedido cautelar indeferido.

Ao ratificar o comando do legislador ordinário, o julgamento fez com que apenas os extremamente miseráveis atendessem ao *requisito objetivo*, de recebimento de renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal não proclamou a constitucionalidade do inciso 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 (MORO, 2001, p. 27).

Ademais, a decisão da Adin n.º 1232-2 não possuía, na época, efeito vinculante, que era exclusivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, a teor da regra do § 3º do art. 102, pela Emenda n.º 3/93.

Digno de nota que, em controle difuso de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal manteve o entendimento em alguns julgados (vide RE 213.736-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, informativo STF n.º 179; RE 256.594-6, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 28/4/2000, Informativo STF n.º 186; RE n.º 280.663-3, São Paulo, j. 06/09/2001, relator Maurício Corrêa).

5.1.2. TEMA 312

A entrada em vigor da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) alterou profundamente a questão da elegibilidade ao BPC. Em seu artigo 34, parágrafo único, determinou que o BPC percebido por um membro da família não pode ser computado na aferição da miserabilidade:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

A entrada em vigor da Lei n. 10.741/2003 faz aumentar significativamente a possibilidade de concessão do BPC e nesse aspecto evidentemente merece aplausos o legislador.⁶

Além disso, a novel legislação discriminou as pessoas com deficiência, que não tiveram o privilégio de ter excluído da renda *per capita* um BPC recebido por algum membro do núcleo familiar. Também discriminou os que possuem em seu núcleo familiar alguém que receba benefício previdenciário no valor mínimo.

Seja como for, ao julgar o Tema 312, o Tribunal Pleno do STF (BRASIL, 2013a), resolveu a questão, ao estabelecer as seguintes teses:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente.
Art. 203, V, da Constituição.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que: “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

O requisito financeiro estabelecido pela Lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente

6 Noutro viés, há que entenda que o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso fez com que a *racionalidade* do critério da miserabilidade ficasse comprometida. Isso porque, na análise do poder de compra e das possibilidades reais de inclusão social de uma família pobre, não importaria de onde será obtida a renda. Não faz sentido considerar que permanece a necessidade social, em situações em que concretamente ela não está presente (ZACHARIAS, 2021, pp. 321/322).

miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS.

Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos.

Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003.

O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS.

Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos.

Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo.

Omissão parcial inconstitucional.

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003.

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Pois bem, o recebimento de um benefício de um salário mínimo por algum membro do núcleo familiar faz grande diferença na qualidade de vida do requerente. E, do ponto de vista da própria Constituição, o salário mínimo é valor que juridicamente serve para o sustento de uma família, não apenas de uma pessoa (art. 7º, IV, da CF/88).

Entendemos, de todo modo, que, da maneira com que a questão foi resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, a assistência social poderá atuar inconstitucionalmente, mediante a concessão do BPC a pessoas que não poderão ser consideradas *desamparadas*, segundo a dicção do art. 6º da Constituição Federal.

Ao menos certa coerência da proteção assistencial restou comprometida, cabendo uma análise mais aprofundada dos efeitos de incentivo como a ociosidade, por exemplo (BASTOS; MARTINS, 2000, p. 429) e desincentivo (como à busca de trabalho) da concessão do BPC em tais contextos sociais.

5.1.3. TEMA 27

Ao analisar o Tema 27, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE 567.985 e, à semelhança do entendimento acerca do Tema 312, considerou que o BPC recebido por PCD e a aposentadoria do valor de um salário mínimo devem ser excluídos da renda familiar, na análise da miserabilidade.

Eis a ementa do julgado (BRASIL, 2013b):

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente.
Art. 203, V, da Constituição.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232.

Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”.

O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS.

3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS.

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003,

que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993.

5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

A ementa é autoexplicativa. Desde a publicação desse acórdão, não há como considerar o critério do artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 como absoluto e único para a aferição do estado de miserabilidade, cabendo a aferição *in concreto*.

Vale dizer, segundo o STF a regra do § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93 não impede o julgador de investigar outros elementos na aferição da miserabilidade, desprestigiando o critério matemático.

Por um lado, os acórdãos ampliaram o acesso ao BPC. Por outro, ao atribuírem ao juiz a análise particular de cada caso, talvez tenha dado margem à insegurança jurídica, já que os juízes naturalmente possuem convicções diversas a respeito da linha de miserabilidade.

6. LEGISLAÇÃO NA PANDEMIA DO COVID-19

Em razão da pandemia do Covid-19, milhões de brasileiros perderam o emprego e suas fontes de renda, tendo sido criado outro benefício de natureza assistencial, denominado Auxílio Emergencial.

Além disso, foi elaborada nova legislação sobre o BPC. O art. 1º da Lei n. 13.982/2020 alterou o § 3º e incluiu outros parágrafos do art. 20 da Lei n. 8.742/93:

Art. 20.....

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja:

I - igual ou inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo, até 31 de dezembro de 2020;

II - (VETADO).

§ 14. O benefício de prestação continuada ou o benefício previdenciário no valor de até 1 (um) salário-mínimo concedido a idoso acima de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou pessoa com deficiência não será computado, para fins de concessão do benefício de prestação continuada a outro idoso ou pessoa com deficiência da mesma família, no cálculo da renda a que se refere o § 3º deste artigo.

§ 15. O benefício de prestação continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos nesta Lei.” (NR)

Nota-se que o teor dos §§ 14 e 15 reitera os termos do julgamento do STF no RE 580.963 (Tema 312), já abordado, ao equiparar a desconsideração da renda de um salário mínimo oriunda da previdência social e estender a regra à pessoa com deficiência. A esse respeito, Wladimir Novaes Martinez recorda julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em que o Desembargador Paulo Domingues considerou possível a acumulação do BPC com o Bolsa-Família (MARTINEZ, 2021, p. 77).

Ainda no contexto da Pandemia do Covid-19, acerca da questão da miserabilidade necessária à concessão do BPC, foi introduzido o art. 20-A na Lei n. 8.742/93, pela Lei n. 13.982/2020, com o seguinte teor:

Art. 20-A. Em razão do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), o critério de aferição da renda familiar mensal per capita previsto no inciso I do § 3º do art. 20 poderá ser ampliado para até 1/2 (meio) salário-mínimo.

§ 1º A ampliação de que trata o caput ocorrerá na forma de escalas graduais, definidas em regulamento, de acordo com os seguintes fatores, combinados entre si ou isoladamente:

I - o grau da deficiência;

II - a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária

III - as circunstâncias pessoais e ambientais e os fatores socioeconômicos e familiares que podem reduzir a funcionalidade e a plena participação social da pessoa com deficiência candidata ou do idoso;

IV - o comprometimento do orçamento do núcleo familiar de que trata o § 3º do art. 20 exclusivamente com gastos com tratamentos de saúde, médicos, fraldas, alimentos especiais e medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ou com serviços não prestados pelo Serviço Único de Assistência Social (Suas), desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida

§ 2º O grau da deficiência e o nível de perda de autonomia, representado pela dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária, de que tratam, respectivamente, os incisos I e II do § 1º deste artigo, serão aferidos, para a pessoa com deficiência, por meio de índices e instrumentos de avaliação funcional a serem desenvolvidos e adaptados para a realidade brasileira, observados os termos dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015.

§ 3º As circunstâncias pessoais e ambientais e os fatores socioeconômicos de que trata o inciso III do § 1º deste artigo levarão em consideração, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei n. 13.146, de 2015, entre outros aspectos:

I - inferior a um quarto do salário mínimo;

II - a acessibilidade e a adequação do local de residência à limitação funcional, as condições de moradia e habitabilidade, o saneamento básico e o entorno familiar e domiciliar;

III - a existência e a disponibilidade de transporte público e de serviços públicos de saúde e de assistência social no local de residência do candidato ao benefício;

IV - a dependência do candidato ao benefício em relação ao uso de tecnologias assistivas; e

V - o número de pessoas que convivem com o candidato ao benefício e a coabitação com outro idoso ou pessoa com deficiência dependente de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária

§ 4º O valor referente ao comprometimento do orçamento do núcleo familiar com gastos com tratamentos de saúde, médicos, fraldas, alimentos especiais e medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência, de que trata o inciso IV do § 1º deste artigo, será definido pelo Instituto Nacional do Seguro Social, a partir de valores médios dos gastos realizados pelas famílias exclusivamente com essas finalidades, conforme critérios definidos em regulamento, facultada ao interessado a possibilidade de comprovação, nos termos do referido regulamento, de que os gastos efetivos ultrapassam os valores médios.

O intuito do legislador foi fazer com que tais medidas ampliem o rol dos beneficiados com o BPC. Contudo, note-se que se trata de uma espécie de lei temporária, estabelecendo que, durante o período da pandemia do COVID-19, o critério da renda mensal per capita poderá ser ampliado até 1/2 do salário mínimo, o que fatalmente poderá renovar a discussão, ao final da pandemia, se o legislador não teria reforçado o critério anterior. De todo modo, ainda que isso seja cogitado, pode-se argumentar que a mera reiteração da lei não invalida o julgamento de constitucionalidade já feito pelo Supremo Tribunal Federal, que permitiu a aferição em concreto da miserabilidade.

Os novos §§ 14 e 15 do art. 3º da LOAS tornam obrigatório ao INSS o respeito a tais regras, registrando-se que o Judiciário já as tem observado, por conta dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal acima referidos.

Porém, a ampliação da renda mensal *per capita* para 1/2 (meio) salário mínimo, segundo o § 1º, dependia de regulamento, que não foi editado.

Ocorre que a Lei nº 14.176, de 22.6.2021 novamente disciplinou o requisito da miserabilidade. Além de revogar o inciso I do § 3º da Lei n.

8.742/93, a lei nova introduz o § 11-A ao art. 20, estabelecendo que um regulamento poderá ampliar o limite de renda mensal familiar per capita previsto no § 3º deste artigo para até 1/2 (meio) salário-mínimo, observado o disposto no art. 20-B desta Lei⁷.

A novel lei prestigia a constatação de que o critério matemático não basta à aferição da miserabilidade, mostrando-se mais consentânea com as diretrizes de um *means test*.

Cumpre registrar, conforme acima mencionado, que o parágrafo único do art. 6º da Lei n. 14.176, de 22.6.2021, reza que a ampliação do limite de renda mensal de 1/4 (um quarto) para até 1/2 (meio) salário-mínimo mensal, de que trata o § 11-A do art. 20 da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, mediante a utilização de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade do grupo familiar, na forma do art. 20-B da referida Lei, fica condicionada a decreto regulamentador do Poder Executivo, em cuja edição deverá ser comprovado o atendimento aos requisitos fiscais.

Digno de nota, por fim, que, segundo o inciso I da art. 6º da Lei n. 14.176/2021, o art. 1º, na parte que acrescenta o § 11-A no art. 20 e o art. 20-B na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 só entram em vigor em 1º de janeiro de 2022.

7 Eis a redação do referido artigo: Art. 20-B. Na avaliação de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade e da situação de vulnerabilidade de que trata o § 11 do art. 20 desta Lei, serão considerados os seguintes aspectos para ampliação do critério de aferição da renda familiar mensal per capita de que trata o § 11-A do referido artigo: I - o grau da deficiência; II - a dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida diária; e III - o comprometimento do orçamento do núcleo familiar de que trata o § 3º do art. 20 desta Lei exclusivamente com gastos médicos, com tratamentos de saúde, com fraldas, com alimentos especiais e com medicamentos do idoso ou da pessoa com deficiência não disponibilizados gratuitamente pelo SUS, ou com serviços não prestados pelo Suas, desde que comprovadamente necessários à preservação da saúde e da vida. § 1º A ampliação de que trata o caput deste artigo ocorrerá na forma de escalas graduais, definidas em regulamento. § 2º Aplicam-se à pessoa com deficiência os elementos constantes dos incisos I e III do caput deste artigo, e à pessoa idosa os constantes dos incisos II e III do caput deste artigo. § 3º O grau da deficiência de que trata o inciso I do caput deste artigo será aferido por meio de instrumento de avaliação biopsicossocial, observados os termos dos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), e do § 6º do art. 20 e do art. 40-B desta Lei. § 4º O valor referente ao comprometimento do orçamento do núcleo familiar com gastos de que trata o inciso III do caput deste artigo será definido em ato conjunto do Ministério da Cidadania, da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do INSS, a partir de valores médios dos gastos realizados pelas famílias exclusivamente com essas finalidades, facultada ao interessado a possibilidade de comprovação, conforme critérios definidos em regulamento, de que os gastos efetivos ultrapassam os valores médios.

É de se esperar, no entanto, conforme bem anotado por Wladimir Novaes Martinez que, ao menos durante a pandemia, fique amenizada a discussão diante do 1/4 ou 1/2 do salário mínimo (MARTINEZ, 2021, p. 77).

7. O CADASTRO ÚNICO

Instituído por meio do Decreto n. 3.877, de 24 de julho de 2001, o Cadastro Único para Programas Sociais – CadÚnico é instrumento de identificação e caracterização socioeconômica das famílias brasileiras de baixa renda, a ser obrigatoriamente utilizado para seleção de beneficiários e integração de programas sociais do Governo Federal voltados ao atendimento desse público, nos termos do art. 2º do Decreto 6.135/2007, regulamento que o disciplina.

O cadastramento das famílias é executado pelos municípios, segundo o art. 6º do decreto e a base de dados do *CadÚnico* pode ser usada pelos governos municipais, estaduais e federal a fim de propiciar o diagnóstico socioeconômico das famílias cadastradas.

A redação original do § 2º do art. 1º do Decreto 6.135/2007 permitia que, na operacionalização do BPC, era facultada a utilização do *CadÚnico*. Mas, a regra, que previa o carácter facultativo do *CadÚnico*, foi revogada pelo Decreto n. 9.462/2018.

E a Lei n. 13.846/2019 incluiu o parágrafo 12 no art. 20 da LOAS, tornando obrigatório, para a concessão, a manutenção e a revisão do benefício as inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal - Cadastro Único, conforme previsto em regulamento.

A consequência disso é que o BPC será indeferido pelo INSS se o requerente não proceder à inscrição no CadÚnico.

Entendemos não haver inconstitucionalidade nessa regra, haja vista caber ao legislador ordinário estabelecer as condições para a concessão do BPC, dentro dos limites do art. 203, V, da CF/88.

Contudo, deve ser observada a dificuldade de acesso da população pobre à internet. Muitos estão simplesmente excluídos e não têm como atender a tal requisito forma, sem a ajuda de terceiros.

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, há problemas a serem resolvidos na regulamentação do CadÚnico, como a

falta de comunicabilidade entre todos os cadastros de programas sociais e bancos de dados públicos. Propõem a criação de um cadastro realmente único, que conteria os dados de todas as informações contidas nos bancos de dados públicos, a saber, Receita Federal, Receita dos Estados, DF, Municípios, Justiça Eleitoral, Programas Sociais, Banco Central e INSS. Tal medida facilitaria o combate à sonegação fiscal, a satisfação dos créditos da Fazenda Pública, bem assim serviria ao “*mapeamento preciso da situação dos indivíduos perante a Seguridade Social*” (CASTRO; LAZZARI, 2021, p. 1174).

Se o INSS indeferir o benefício por motivo formal, ou seja, porque o requerente não estava incluído no CadÚnico, terá de ingressar em juízo, onde as dificuldades continuam.

Segundo José Antônio Savaris, o litigante numa ação previdenciária deve ser considerado um hipossuficiente:

O autor de uma ação previdenciária é presumivelmente hipossuficiente. Trata-se de uma hipossuficiência econômica e informacional, assim considerada a insuficiência de conhecimento acerca de uma situação jurídica, seus direitos e deveres. Em face da grande complexidade dos mecanismos de proteção e respectiva legislação, os indivíduos não se encontram em situação de tomar decisões de forma informada e responsável, tendo em conta as possíveis consequências (SAVARIS, 2019, p. 63).

Temos dúvidas se todos os litigantes em ações previdenciárias devem ser considerados hipossuficientes, porque certa parcela da população, ainda que pequena, é abastada. Mas os litigantes das ações assistenciárias certamente o são.

O que não deve ser aceito é o ingresso de ação judicial por meio de advogado, quando o indeferimento se der somente pela ausência de inscrição no Cadastro Único. Para configurar o *interesse de agir*, é preciso primeiramente proceder à regularização no CadÚnico e, com isso, permitir ao INSS a análise do caso em todos os aspectos objetivo e subjetivo.

De todo modo, a Turma Nacional de Uniformização parece ter entendimento diverso, uma vez que, ao julgar a questão analisada sob o Tema 217, firmou a seguinte tese:

Em relação ao benefício assistencial e aos benefícios por incapacidade, é possível conhecer de um deles em juízo, ainda que não seja o

especificamente requerido na via administrativa, desde que preenchidos os requisitos legais, observando-se o contraditório e o disposto no artigo 9º e 10 do CPC.

Discordamos de tal posição, porquanto o efetivo teste de meios, quando da análise do caso pela Administração, integra o procedimento de concessão do BPC, não podendo ser afastado e entregue diretamente ao Judiciário, ante a ausência de prévio litígio.

Entendemos que a ausência de provocação ou a mera provocação formal da via administrativa, com intuito deliberado de obter o indeferimento, fere a inteligência do acórdão proferido no RE 631240, com repercussão geral, no julgamento do Tema 350-STF.

CONCLUSÃO

O BPC ocupa uma posição de grande importância no sistema de direitos e garantias constitucionais, porque garante o direito à subsistência de pessoas que vivem em vulnerabilidade dos pontos de vista pessoal e social.

Somente em agosto de 2021, o Portal da Transparência do Governo Federal informa que 4.832,617 (quatro milhões, oitocentos e trinta e dois mil e seiscentos e dezessete) pessoas receberam o BPC⁸.

O requisito da miserabilidade, estabelecido na Constituição Federal de 1988 e no artigo 30, § 3º, da Lei n. 8.742/93 como condição à concessão do benefício, é objeto de posições divergentes na jurisprudência, mesmo que o legislador ordinário tenha optado por estabelecer um critério aritmético, baseado na renda familiar *per capita*, para sua aferição.

Nesse momento da jurisprudência nacional, há praticamente consenso acerca da necessidade de, na análise da miserabilidade, não se restringir ao critério legal (art. 20, § 3º, da LOAS) pois, além do já constatado pela TNU no julgamento do Tema 122, há pessoas em situação de vulnerabilidade social cuja renda mensal *per capita* é superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Os precedentes do Supremo Tribunal Federal citados neste artigo podem ser interpretados no sentido de que um limite razoável de renda

8 <http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios>. Acesso em 21.8.2021.

seja o de ½ (meio) salário mínimo, limite esse que pode ser positivado através de decreto presidencial, segundo a Lei n. 14.176/2021.

Nada obstante, há casos em que qualquer critério baseado em renda *per capita* familiar será inadequado à avaliação da real situação financeira do núcleo familiar. Cabe, assim, o teste de meios (*means test*), enquanto análise de outras circunstâncias relevantes na avaliação da elegibilidade ao BPC, na esteira da regra introduzida no art. 20-B da Lei n. 8.742/93, pela Lei nº 14.176, de 22.6.2021.

Somente mediante a aferição da realidade concreta do núcleo familiar se terá possibilidade de operar a elegibilidade ao benefício assistencial de prestação continuada, de modo a ser concedido a quem dele realmente necessite.

REFERÊNCIAS

AJOUZ, Igor. *O direito fundamental à assistência social e a distribuição de deveres entre o estado e a família*. Florianópolis: Conceito, 2012.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. 4ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade. Conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Comentários à Constituição do Brasil*. Vol. VIII. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. *Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm.

_____. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. ADI nº 1.232 MC/DF. Relator Maurício Corrêa. Brasília, julgamento em 22.3.1995. disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur21875/false>. Acesso em 15.6.2021.

_____. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. ADI n.º 1.232-2/DF. Brasília, julgamento em de 27/08/98, publicada no DJU de 1/6/2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur102876/false>. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Decreto n.º 3.877, de 24 de julho de 2001*. Institui o Cadastramento Único para Programas Sociais do Governo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3877.htm.

_____. *Decreto n. 6.135, de 26 de junho de 2007*. Dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6135.htm.

_____. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. Tema 312. RE 580963. Processo 200770950011651. Relator Gilmar Mendes. Brasília, julgamento em 16.10.2010. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20580963&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Supremo Tribunal Federal (Plenário)*. Tema 27. RE 567985. Processo 200736007030200. Relator Marco Aurélio. Brasília, julgamento em 03.10.2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=RE%20567985&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true&origem=AP. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 3ª Região*. Súmula n.º 23. São Paulo, julgamento em 28.8.2015. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/gaco/Sumulas_20_a_23.pdf. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Turma Nacional de Uniformização*. PEDILEF 0517397-48.2012.4.05.830. Relator Boaventura João Andrade. Brasília, julgamento em 23.02.2017. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em 18.6.2021.

_____. *Decreto n.º 9.462, de 8 de agosto de 2018*. Altera o Regulamento do Benefício de Prestação Continuada, aprovado pelo Decreto n.º 6.214, de 26 de setembro de 2007, e o Decreto n.º 6.135, de 26 de junho de 2007, que dispõe sobre o Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal – CadÚnico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9462.htm.

_____. *Lei 13.982, de 2 de abril de 2020*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113982.htm.

_____. *Lei nº 14.176, de 22 de junho de 2021*. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14176.htm.

_____. *Portal da Transparência*. <http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios>. Acesso em 08.6.2021.

CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito Social Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970.

CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2021.

FIGUEIREDO, Ana Claudia Mendes de. “Critérios para Aferição da Vulnerabilidade Social Necessária à Concessão do Benefício de Prestação Continuada: A Jurisprudência do STF nas Duas Últimas Décadas.” In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (coord.). *Benefício Assistencial. Teoria Geral – Processo – Custeio*. São Paulo: LTr, 2018, p. 138-150.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2021.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

LEITE, Celso Barroso. “Filantropia e Assistência Social.” In: *Revista de Previdência Social*, n. CXCIX. São Paulo: LTr, junho de 1997.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 1995.

MARQUES, Carlos Gustavo Moimaz. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada. Reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social*. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários às leis do auxílio emergencial: estudo prático sobre o coronavoucher*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2021.

Rodrigo Zacharias
Cristiane Fátima Grano Haik
Paulo Bueno Azevedo

MORO, Sérgio Fernando. “*Benefício da Assistência Social como Direito Fundamental*”. In: Boletim dos Procuradores da República, n. XXXIX, ano IV. São Paulo: s.e., julho de 2001., p. 27 e seguintes.

PASSOS, Fabio Luiz dos. “*O Limbo da Proteção Social: entre a Assistência e a Previdência.*” In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (coord.). *Benefício Assistencial. Teoria Geral – Processo – Custeio.* São Paulo: LTr, 2018, p. 19-27.

PINHEIRO, Maurício Mota Saboya. *As liberdades humanas como bases do desenvolvimento: uma análise conceitual da abordagem das capacidades humanas de Amartya Sen.* Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2012.

ROCHA, Sonia. *Pobreza no Brasil: afinal do que se trata?* 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário.* Curitiba: Alteridade, 2019.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (coord.). *Benefício Assistencial.* Teoria Geral – Processo – Custeio. São Paulo: LTr, 2018.

VENTURI, Augusto. *Los Fundamentos Científicos de la Seguridad Social.* Tradução: Gregorio Tudela Cambronero. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, 1994.

WAILLA, Liane de Alexandre; COSTA, José Ricardo Caetano. “Deixando os Pobres à Própria Sorte: A Tese da Responsabilidade Subsidiária do Estado na Promoção da Assistência Social e a Não Efetivação deste Direito”. In: SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; COSTA, José Ricardo Caetano (coord.). *Benefício Assistencial.* Teoria Geral – Processo – Custeio. São Paulo: LTr, 2018, p. 180-192.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva].* Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª edição, revista e ampliada. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

ZACHARIAS, Rodrigo. *Da seguridade social na proteção do idoso e da pessoa com deficiência e além: uma crítica do benefício assistencial de prestação continuada.* São Paulo: Dialética, 2021.

