

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 172 • Dezembro 2014

FLAVIO CROCCE CAETANO
SECRETÁRIO DE REFORMA DO JUDICIÁRIO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

OS DEZ ANOS DA REFORMA DO JUDICIÁRIO

Editorial: Roube grande

O benefício da LOAS em relação à vulnerabilidade de grupos familiares de estrutura familiar não prevista em lei

O princípio da dignidade da pessoa humana

José Arthur Diniz Borges | Juiz federal
Diretor de Relações Institucionais da Ajufe

Em uma concepção universalista, a dignidade da pessoa deve ser considerada de forma desvinculada de qualquer doutrina religiosa, respeitando-se a diversidade cultural e étnica de cada grupo e de seus integrantes, não podendo ser vista apartada dos direitos humanos fundamentais. Nesse sentido, as palavras de Jürgen Habermas:

Como promessa moral de igual respeito a todos precisa ser traduzida em linguagem jurídica, os direitos humanos exibem uma face de Jano, voltada simultaneamente para a moral e para o Direito. Apesar de seu conteúdo exclusivamente moral, eles têm a forma de direitos individuais aplicáveis. (apud BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 75)

No exercício da Magistratura, o juiz, algumas vezes, depara-se com situações em que se faz necessária a ponderação de bens ou valores em face da interpretação literal da letra fria da lei. Nesse contexto, ter como fonte norteadora de seu decidir o princípio da dignidade da pessoa humana justifica e, até mesmo, mostra-se necessário proceder à restrição das demais normas infraconstitucionais, haja vista que, na apreciação de alguns casos concretos, a interpretação literal do dispositivo legal pode levar a uma decisão de injustiça social.

Entre os casos concretos referidos, situam-se algumas ações judiciais, cujos fatos traduzem uma realidade



Foto: Arquivo pessoal

que abrange a vulnerabilidade social do grupo familiar integrado por aqueles que pleiteiam o Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS, Lei nº 8.742/1993). Sendo assim, não há como o Juízo fazer uma interpretação literal da lei desconsiderando os princípios maiores dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana, elevados pela Constituição brasileira de 1988 à posição de fundamento de nossa República.

A título de exemplo, foi apreciada a demanda judicial (Processo n. 0000794-05.2014.4.02.5152) em que o autor, na condição de deficiente mental, pleiteou o BPC. Após análise dos elementos probatórios dos autos (laudo de verificação sócio econômica *in loco*, depoimentos de testemunhas e demais documentos), restou comprovado que o demandante (autor deficiente físico) residia sob mesmo teto com sua mãe (curadora), o companheiro desta (o pai do autor nunca deu amparo financeiro), mais duas irmãs maiores solteiras, ambas possuindo, cada uma, dois filhos menores (quatro crianças sobrinhas do autor), perfazendo um total de nove pessoas (grupo familiar), frise-se todos sob o mesmo teto.

Em relação à subsistência desse grupo, constatou-se que a única fonte de renda mensal regular é a do salário mínimo percebido pela curadora do autor (mãe), laborando como empregada doméstica, já que as irmãs do autor (mães solteiras) nunca tiveram amparo financeiro dos pais/companheiros para sustento dos filhos. Ressalte-se, portanto, que todos os demais adultos integrantes desse grupo familiar auferem renda variável e incerta, por oriunda de trabalhos esporádicos realizados pelo companheiro da mãe do autor (pedreiro) e de uma de suas filhas (diarista) já que a outra filha não tinha condições de trabalhar porque permanecia em casa para cuidar do autor (doente mental) e mais as quatro crianças, todas com idade inferior a 12 anos de idade.

Nessa situação de miserabilidade, mesmo tendo sido constatada a percepção de renda *per capita* superior a ¼ do salário-mínimo, que motivou o indeferimento administrativo do benefício pelo INSS, por não computados as quatro crianças netas da curadora do autor e desconsiderada a situação de instabilidade salarial apontada, coube ao magistrado determinar a concessão do BPC, como medida exigível e necessária de Justiça individual, de proteção ao ser humano, e também social, de reguardo da família.

No contexto acima descrito, mostra-se em desacordo com nossa realidade social a opção do legislador que, na alteração do texto original do § 1º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 feita pela Lei nº 9.720/1998, deixou de considerar como sendo do mesmo grupo familiar as pessoas “vivendo sob o mesmo teto” e passou a especificar as pessoas que devem ser consideradas como pertencendo a um grupo familiar. Essa mesma técnica foi reproduzida na alteração mais recente desse dispositivo feita pela Lei nº 12.435/2011.

De acordo com o dispositivo legal apontado, somente poderão ser consideradas na apuração da renda do grupo familiar, as pessoas (com o mesmo domicílio) arroladas de forma expressa e exhaustiva (não exemplificativa) no art. 20, §1º, da Lei nº 8.742/1993, que são: cônjuge ou companheiro, os pais (ou padrastos), os irmãos (ou irmãs) solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados.

No caso concreto descrito nesse processo, nos termos da lei supracitada, não poderiam os netos menores,

desamparados pelos pais, ser considerados no cômputo da renda *per capita* desse grupo, impedindo a obtenção do BPC pelo autor incapaz, mesmo que façam parte de um grupo familiar (todos convivendo sob o mesmo teto), dele necessitando amparo emocional e financeiro. É evidente que, da situação descrita nos autos, a renda familiar de todo esse grupo não garante o mínimo existencial, tudo comprovado por oficial de justiça e certificado nos autos, ou seja, há situação específica de miserabilidade.

O Ministério Público Federal (MPF) ratifica os termos da decisão judicial: muito embora a legislação específica não faça menção expressa a sobrinhas, entende o MPF, diante do caso concreto, que não há como deixar de considerá-las na composição do núcleo familiar já que os mesmos reclamam despesas que são geridas pelo referido núcleo.

Ressalto, ainda, que em julgamento recente o Supremo Tribunal Federal (STF), ao se negar a modular a declaração de inconstitucionalidade do disposto no artigo 20, § 3º da Lei nº 8.742/1993 relativa a adoção de apenas um critério objetivo, qual seja renda *per capita* familiar inferior a ¼ do salário mínimo, para fins de concessão do benefício da LOAS, delega ao magistrado no caso concreto aferir as condições fáticas e julgar se existe ou não situação de miserabilidade, o que à luz do princípio da dignidade da pessoa humana pode analogicamente também ser empregada para afastar o rol exaustivo do que se entenderia por grupo familiar, senão vejamos.

O STF, em sede de julgamento de recursos representativos da controvérsia (RE nº 567.985/MT e RE nº 580.963/PR), pela sistemática da repercussão geral, pacificou sua jurisprudência e declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993, e do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do idoso).

Ressalte-se que não foi alcançado, naquela Sessão, o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão, no sentido de que os preceitos impugnados tivessem validade até 31/12/2015, como requerido pela Advocacia-Geral da União, portanto, os efeitos das referidas declarações de inconstitucionalidade serão *ex tunc*.

A respeito do tema, confira-se:

Benefício de prestação continuada: tutela constitucional de hipossuficientes e dignidade humana – 11

O Plenário, por maioria, negou provimento a recursos extraordinários julgados em conjunto — interpostos pelo INSS — em que se discutia o critério de cálculo utilizado com o intuito de aferir-se a renda mensal familiar *per capita* para fins de concessão de benefício assistencial a idoso e a pessoa com deficiência, previsto no art. 203, V, da CF — v. Informativo 669. Declarou-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 [“Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou

mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família ... § 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”] e do parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003. (RE 567985/MT, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 17 e 18.4.2013. (RE-567985) RE 580963/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 17 e 18.4.2013. (RE-580963)

Benefício de prestação continuada: tutela constitucional de hipossuficientes e dignidade humana – 12

Prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes, relator do RE nº 580963/PR. Ressaltou haver esvaziamento da decisão tomada na ADI 1232/DF – na qual assentada a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 –, especialmente por verificar que inúmeras reclamações ajuizadas teriam sido indeferidas a partir de condições específicas, a demonstrar a adoção de outros parâmetros para a definição de miserabilidade. Aduziu que o juiz, diante do caso concreto, poderia fazer a análise da situação. Destacou que a circunstância em comento não seria novidade para a Corte. Citou, no ponto, a ADI nº 223 MC/DF (DJU de 29.6.90), na qual, embora declarada a constitucionalidade da Medida Provisória nº 173/1990 — que vedava a concessão de medidas liminares em hipóteses que envolvessem a não observância de regras estabelecidas no Plano Collor —, o STF afirmara não estar prejudicado o exame pelo magistrado, em controle difuso, da razoabilidade de outorga, ou não, de provimento cautelar. O Min. Celso de Mello acresceu que, conquanto excepcional, seria legítima a possibilidade de intervenção jurisdicional dos juízes e tribunais na conformação de determinadas políticas públicas, quando o próprio Estado deixasse de adimplir suas obrigações constitucionais, sem que isso pudesse configurar transgressão ao postulado da separação de Poderes. RE 567985/MT, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 17 e 18.4.2013. (RE-567985) RE 580963/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 17 e 18.4.2013. (RE-580963)

Benefício de prestação continuada: tutela constitucional de hipossuficientes e dignidade humana - 13

O Min. Gilmar Mendes aludiu que a Corte deveria revisitar a controvérsia, tendo em conta discrepâncias, haja vista a existência de ação direta de inconstitucionalidade com efeito vinculante e, ao mesmo tempo, pronunciamentos em reclamações, julgadas de alguma forma improcedentes, com validação de decisões contrárias ao que naquela decidido. Enfatizou que a questão seria relevante sob dois prismas: 1º) a evolução ocorrida; e 2º) a concessão de outros benefícios com a adoção de critérios distintos de 1/4 do salário mínimo. O Min. Luiz Fux considerou que, nos casos em que a renda *per capita* superasse até 5% do limite legal em comento,

os juízes teriam flexibilidade para conceder a benesse, compreendido como grupo familiar os integrantes que contribuíssem para a sobrevivência doméstica. No tocante ao parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, o Min. Gilmar Mendes reputou violado o princípio da isonomia. Realçou que, no referido estatuto, abria-se exceção para o recebimento de dois benefícios assistenciais de idoso, mas não permitira a percepção conjunta de benefício de idoso com o de deficiente ou de qualquer outro previdenciário. Asseverou que o legislador incorrera em equívoco, pois, em situação absolutamente idêntica, deveria ser possível a exclusão do cômputo do benefício, independentemente de sua origem. RE 567985/MT, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 17 e 18.4.2013. (RE-567985) RE 580963/PR, rel. Min. Gilmar Mendes, 17 e 18.4.2013. (RE-580963)

É evidente que, diante de situações de miserabilidade comprovada, como no caso concreto descrito, o princípio da dignidade da pessoa humana alçado a postulado constitucional maior emerge como farol para o magistrado decidir e efetivá-lo, objetivando ampliar o princípio da solidariedade humana e da justiça social.

Versando sobre o princípio constitucional em comento (dignidade da pessoa humana), merecem destaques as reflexões extraídas das obras de autoria dos eminentes juristas Ingo W. Sarlet e do Mestre e Ministro do STF, Luiz Roberto Barroso, aos quais peço vênia para transcrevê-las a seguir:

Cabe aos operadores do Direito esse papel de transformação, utilizando a dignidade da pessoa humana como hermenêutica, a partir da Constituição Federal, sempre objetivando a ampliação do princípio da solidariedade humana para além das fronteiras das palavras, reconhecendo que a civilização só evoluiu e evoluirá quando todos, juntos, pudermos assumir um projeto de vida que leve em consideração nossa essência: seres sociais que somos, a caminho de um mundo sempre melhor e todos em busca do maior direito de todos: o direito à felicidade. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32-33) [grifo nosso]

A prova viva da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana é a sua aplicabilidade nos casos concretos que são trazidos aos Juizados Especiais Federais, como o mencionado neste artigo.

Finalizando, cumpre observar que o BPC, pela sua própria natureza, deve ser revisto pelo INSS a cada dois anos, sob justificativa de fatos novos, supervenientes, que modifiquem para melhor a situação familiar que fundamentou sua concessão, ou a qualquer tempo se as condições garantidoras do benefício forem superadas (artigo 21, parágrafos 1º a 4º da Lei nº 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social). 