



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

NAARA KATHARINE BATISTA DE FRANÇA

**ATIVISMO JUDICIAL E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA:
SUBJETIVISMO *VERSUS* OBJETIVISMO NA AFERIÇÃO DO CRITÉRIO
SOCIOECONÔMICO PARA FINS DE CONCESSÃO DO BPC-LOAS**

RECIFE

2019

NAARA KATHARINE BATISTA DE FRANÇA

**ATIVISMO JUDICIAL E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA:
SUBJETIVISMO *VERSUS* OBJETIVISMO NA AFERIÇÃO DO CRITÉRIO
SOCIOECONÔMICO PARA FINS DE CONCESSÃO DO BPC-LOAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para Conclusão
do Curso de Bacharelado em Direito pela UFPE.

Área de Conhecimento: Direito Constitucional.

Orientadora: Maria Lúcia Barbosa

RECIFE

2019

Naara Katharine Batista de França

Ativismo judicial e o benefício de prestação continuada: subjetivismo *versus* objetivismo na aferição do critério socioeconômico para fins de concessão do BPC-LOAS

Monografia Final de Curso

Para Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Universidade Federal de Pernambuco/CCJ/FDR

Data de Aprovação:

Prof.

Prof.

Prof.

Ao Senhor, Aquele que me concedeu a vocação à justiça e aos
meus pais, com amor.

AGRADECIMENTOS

A Deus, autor de toda esse história, por ter direcionado o meu caminho, em sua sábia providência, à Faculdade de Direito do Recife. Dele advém, ademais, a minha admiração pela Defensoria Pública, o anseio por assistir o hipossuficiente a obter a condição de dignidade suficiente para a plenitude de vida, bem como a sabedoria necessária para tal fim. Dedico a minha vocação, bem como toda minha vida, a Ele, posto que me trouxe até aqui com um único propósito: glorifica-lo e alegrar-me nEle para sempre.

A meus pais, por terem educado a mim e ao meu irmão com tanta sensibilidade e me preparado e direcionado ao Direito com a convicção de que, segundo ao ensinamento das Escrituras, utilizaria-o como instrumento para abençoar pessoas.

Ao meu irmão que, nos momentos de tensão e desafios de estudos para as provas, sempre me alegrava com suas brincadeiras. Melqui, sem dúvidas, você deixou a caminhada da graduação mais leve.

Aos meus amigos queridos da graduação por terem, ao longo desses 5 anos e meio, se tornado irmãos. Só de lembrar como o curso começou e como nossa amizade foi estabelecida, percebo a fidelidade de Deus! Tanto conhecimento foi construído, tantas tensões pré provas e madrugadas de sono em claro só me mostraram uma coisa: tudo ficava mais agradável ao lado de vocês. Meu gabinete!

A Emanuel Rufino, amor e amigo, por acompanhar o nascimento e o crescimento do meu amor pela Defensoria, por ouvir os meus relatos sobre os casos que, diariamente, me desafiavam e, ainda, por incentivar a perquirir a minha vocação. Ao meu companheiro de planos, sigamos juntos em busca dos ideais pela justiça!

À Prof^a Maria Lúcia Barbosa pela disponibilidade, compreensão e tranquilidade na hora de compartilhar o conhecimento.

À Dra. Luaní Melo, defensora pública federal e minha tutora, por sempre ter se mostrado disponível e acessível na minha passagem enquanto estagiária do 7º Ofício Previdenciário da DPU. Todas as orientações e todo conhecimento compartilhado só fez crescer o amor pela Instituição.

À Camila Falcão, assessora do núcleo BPC-LOAS da DPU, por ter me acompanhado e me apresentado à realidade dos assistidos quando do conhecimento das nuances do BPC.

Aos assistidos da DPU os quais, com suas experiências de vida, transformaram a minha vida.

RESUMO

Este presente trabalho apresenta uma análise acerca das decisões judiciais de procedência e improcedência do pedido de concessão do benefício de prestação continuada (BPC) nas 14^a, 15^a, 19^a e 30^a varas federais dos juizados especiais federais em Recife e Jaboatão dos Guararapes, partir da Reclamação nº 4.374/PE e o PEDILEF nº 5009459-52.2011.4.04.7001, ambos julgados, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal e Turma Nacional de Uniformização, no âmbito dos JEFs. A LOAS, em seu art. 20, §3º, ao regulamentar o benefício assistencial previsto no art. 203, V da Constituição Federal de 1988 destinado ao idosos ou deficientes que comprovarem não terem meios de suprir a própria subsistência ou de tê-la suprida por sua família, criou o BPC, estabelecendo requisitos objetivos para a sua concessão. Além do critério idade ou deficiência, o critério socioeconômico de renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo é de suma importância para a caracterização da situação de vulnerabilidade social. Tal requisito objetivo legal, o qual é nosso objeto de estudo, fora flexibilizado a partir do julgamento dos precedentes supramencionados, sob o argumento da inconstitucionalidade do dispositivo da LOAS, sendo adotando o parâmetro subjetivo, para além do critério objetivo legal, com vistas a verificar a real existência da condição de vulnerabilidade social. A partir de tais precedentes, passaram a ser comuns decisões em que, apesar do requerente atender ao critério objetivo legal de vulnerabilidade social e econômica, o juiz, pautado no que entende por ser “miserabilidade”, ao verificar que a residência do indivíduo dispunha de condições mínimas de habitação, julgara improcedente o pedido com base na ausência de hipossuficiência. Portanto, à luz da melhor doutrina acerca do ativismo judicial, buscou-se perquirir se as decisões supracitadas podem ser caracterizadas como produto de expansão da atividade jurisdicional no contexto da judicialização da política e quais as consequências advindas destas aos destinatários do BPC.

Palavras Chaves: BPC. STF. TNU. Ativismo judicial. Subjetividade.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

BPC – Benefício de Prestação Continuada

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNIS – Cadastro Nacional de Informações Sociais

CTPS – Carteira de Trabalho e Previdência Social

DER – Data de Entrada do Requerimento

DPU – Defensoria Pública da União

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

JEFs – Juizados Especiais Federais

LOAS – Lei Orgânica da Assistência Social

MVF – Mandado de Verificação

PEDILEF – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TNU – Turma Nacional de Uniformização

SUMÁRIO

1. Introdução.....	8
2. Benefício de Prestação Continuada como um direito constitucional	9
2.1.Caracterização da deficiência para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada	10
2.2.Pessoa idosa	12
2.3.Caracterização da hipossuficiência (miserabilidade) para satisfação do critério econômico para fins de concessão do BPC	13
3. Decisão judicial e “miserabilidade”: objetividade <i>versus</i> subjetividade na aferição do critério socioeconômico nos Juizados Especiais Federais	18
3.1.A pesquisa empírica como método de análise das decisões judiciais concessivas do Benefício de Prestação Continuada no que concerne à aferição do critério legal de hipossuficiência nos Juizados Especiais Federais de Pernambuco.....	18
3.2.Do preenchimento do critério legal “renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”	21
3.3.O mandado de verificação social e a definição de “miserabilidade” a partir da perspectiva subjetiva do magistrado: condições mínimas de sobrevivência e improcedência do pedido do BPC	28
4. Ativismo judicial e judicialização da política: breves considerações acerca dos conceitos à luz da jurisdição constitucional	37
4.1.Judicialização da política	39
4.2.Ativismo judicial.....	42
5. STF, TNU e flexibilização do critério socioeconômico do art. 20, §3 da LOAS: expressão de ativismo judicial?	45
5.1.Jurisprudência consolidada na Reclamação nº 4.374/PE e PEDILEF nº 5009459-52.2011.4.04.7001: uma análise dos precedentes à luz da doutrina no ativismo judicial.....	46
6. Conclusão	54
REFERÊNCIAS	56

1. Introdução

A assistência social, direito social constitucionalmente assegurado no art. 203 da Carta Magna de 1998, tem como fim precípua o amparo a quem dela necessitar, independente de contribuições dos seus destinatários. Neste contexto, o inciso V do supramencionado artigo dispõe que é assegurado o direito a um salário mínimo mensal a idosos e pessoas com deficiência que comprovarem não possuírem meios de prover a própria subsistência ou, ainda, de tê-la provida por sua família, deixando a cargo do legislador ordinário estabelecer os critérios para concessão de tal benefício.

À vista disso, a Lei nº 8.742/1993, Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) regulamentou o dispositivo constitucional, constituindo, em seu art. 20, requisitos objetivos para que o deficiente e o idoso façam jus à percepção do benefício, instituindo, por conseguinte, o Benefício de Prestação Continuada. Tais requisitos, nesta senda, dizem respeito à idade (65 anos) ou deficiência (pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho) e condição de hipossuficiência (renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo).

Com efeito, após a edição da LOAS, o Poder Judiciário fora instado a se manifestar ante as inúmeras demandas de judicialização do BPC acerca da problemática da aferição da vulnerabilidade social mediante o enquadramento dos requerentes no critério objetivo legal socioeconômico. Isto porque argumentava-se que o requisito legal estava defasado e não refletia a realidade fática do solicitante quanto à necessidade do auxílio. Consequentemente, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal em diversas ocasiões para que, se manifestando em sede de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, pusesse fim à controvérsia.

Não se pode afirmar, no entanto, que mesmo com a resposta do STF e, posteriormente, da Turma Nacional de Uniformização no âmbito dos Juizados Especiais Federais, no contexto de judicialização da política e à luz da teoria do ativismo judicial, as demandas judiciais para concessão do BPC cessaram. Percebeu-se, a partir dos precedentes que serão estudados ao longo do trabalho e os estudos de casos processuais, que os juízes passaram a decidir acerca da situação de hipossuficiência pautados na subjetividade, improcedendo, em muitos casos, o pedido, ainda que o requerente satisfizesse o requisito legal objetivo.

Neste contexto, este trabalho tem como escopo precípua se debruçar, a partir do estudo de casos, sob como a análise da aferição da situação de vulnerabilidade social tem sido feita a ponto de reverberar nas decisões de improcedência proferidas pelos magistrados das varas dos Juizados Especiais Federais de Recife e Jaboatão dos Guararapes, partindo do argumento de flexibilização do critério objetivo estabelecido pela LOAS.

Estudar-se-á, para tanto, tal movimento de relativização do critério socioeconômico enquanto produto do ativismo judicial do STF e da TNU a partir das seguintes perspectivas: i) qual a diferença entre judicialização da política e ativismo judicial?; ii) quais os fatores de propiciação do ativismo judicial?; iii) o ativismo da Suprema Corte e da TNU está em consonância com a separação dos poderes?; iv) quais os limites da atuação jurisdicional dos magistrados? e v) quais as consequências da atuação ativista?

2. Benefício de Prestação Continuada como um direito constitucional

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre a assistência social em seu art. 203, *caput* e incisos, sendo, mais especificamente, garantido no inciso V, aos idosos e pessoas com deficiência que comprovarem não possuírem meios de prover a própria subsistência ou, ainda, de tê-la provida por sua família, o direito a um salário mínimo de benefício mensal, independentemente destes terem contribuído à seguridade social.

Em sede infraconstitucional, o dispositivo supramencionado fora regulamentado pela Lei 8.742/93, a Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), a qual, consoante MENDES (2015, p.687), estabeleceu requisitos objetivos para a concessão do benefício¹, *in verbis*:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011) (Vide Medida Provisória nº 871, de 2019) (Vigência)

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)

¹ O art. 20 da LOAS recebeu, posteriormente à sua edição, nova redação pelas Leis nº 12.435/2011 nº 13.146 e nº 12.470/2011, as quais modificaram, respectivamente, os §§ 2º e 10º, definindo o conceito de deficiência ou impedimento de longo prazo.

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011)

Em suma, para a concessão do BPC, faz-se mister a presença dos requisitos autorizadores, quais sejam, impedimentos de longo prazo ou a idade mínima de 65 anos para o idoso e a renda per capita do grupo familiar inferior a ¼ do salário mínimo.

2.1. Caracterização da deficiência para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada

No que tange ao critério deficiência ou impedimentos de longo prazo, tracemos, ainda que em linhas gerais, tendo em vista que o cerne precípua deste trabalho é a análise de como tem sido realizada a aferição do requisito econômico pelos magistrados ante à tendência da jurisprudência brasileira de flexibilização de tal critério objetivo legal, a conceituação e a implicação deste requisito na vida do solicitante ou requerente quando da concessão do BPC.

As Leis nº 12.435/2011 e nº 13.146/2015 ocasionaram mudanças e acréscimos de vários dispositivos da LOAS. Dentre as principais alterações, salientam-se os §§ 1º e 2º do art. 20 da LOAS, os quais disciplinam a abrangência do grupo familiar e o conceito de deficiência, gerando efeitos sobre a concessão do BPC.

A deficiência, requisito necessário para a concessão do BPC, era assim definida pela redação originária do art. 20, § 2º, da Lei nº 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”.

Nas lições de BITTENCOURT (2018, p. 287-288), com a referida modificação trazida pela Lei nº 13.146, considerar-se-á pessoa com deficiência, “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.” Saliente-se que esta norma está em consonância com o que apregoa o art. 1º da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual fora aprovada e recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional, conforme o procedimento previsto no art. 5º, § 3º da CF/88 (rito atinente ao

que as Emenda à Constituição são submetidas), por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, e promulgado através do Decreto nº 6.949/2009.²

Acerca da nova e atual definição, BITTENCOURT (2018, p. 288-292) destaca que tal conceito é amplo, levando em consideração dois aspectos principais, quais sejam, o biológico (impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial) e o sociológico (interação dos impedimentos biológicos com barreiras, e a obstrução da participação plena e efetiva do deficiente na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas) originariamente não adotados pela Lei. Desta feita, trata-se de conceito que considera a pessoa em sua totalidade a partir de uma perspectiva multidimensional, isto é, a incapacidade para o trabalho ou para os atos da vida independente que, quando somadas às barreiras sociais, impossibilitam ou impeçam sua participação plena na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Há que se frisar, ademais, a expressão “impedimento de longo prazo” apregoada no §2º do art. 20 da LOAS e posteriormente elucidada pelo §10 do mesmo dispositivo. Analisemos este último:

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do §2o deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Em que pese haja discussão acerca da constitucionalidade de tal prazo mínimo para fins de caracterização da deficiência, ressalte-se que o entendimento dos Juizados Especiais Federais na análise judicial do pedido de concessão do BPC é congruente ao dispositivo legal supramencionado. Em sessão de julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal (PEDILEF) nº 0073261-97.2014.4.03.6301 realizado em 25 de abril de 2019³, a Súmula nº 48 passou a vigorar⁴ com a seguinte redação:

² O Art. 1 da de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência dispõe acerca do propósito de tal tratado, dispondo: “O propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o desfrute pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por parte de todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua inerente dignidade. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas.”

³ Súmula 48 TNU. Alterada na sessão de 25/4/2019. DJe nº 40. Data: 29/04/2019. Precedentes: PEDILEF nº 0073261-97.2014.4.03.6301, julgamento: 25/04/2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=48&PHPSESSID=ufk8a99caq7lte1nrr01c82k92>. Acesso em 13/09/2019.

⁴ A súmula nº 48 dispunha: “A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício de prestação continuada”.

Para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, o conceito de pessoa com deficiência, que não se confunde necessariamente com situação de incapacidade laborativa, exige a configuração de impedimento de longo prazo com duração mínima de 2 (dois) anos, a ser aferido no caso concreto, desde o início do impedimento até a data prevista para a sua cessação.

Considerando tais nuances, CASTRO e LAZZARI (2016, p.869) destacam que a pessoa com deficiência, portanto, passará por avaliação que verificará se a enfermidade que a acomete a incapacita para a vida independente, bem como para o trabalho, devendo tal procedimento ser realizado por profissional de serviço social e por perito médico da Autarquia Previdenciária, consoante disposto no art. 16 do Regulamento da LOAS, *in verbis*:

Art. 16. A concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde - CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde no 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

§ 1º A avaliação da deficiência e do grau de impedimento será realizada por meio de avaliação social e avaliação médica. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

§ 2º A avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, a avaliação médica considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

§ 3º As avaliações de que trata o § 1º serão realizadas, respectivamente, pelo serviço social e pela perícia médica do INSS, por meio de instrumentos desenvolvidos especificamente para este fim, instituídos por ato conjunto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do INSS. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

§ 4º O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e o INSS garantirão as condições necessárias para a realização da avaliação social e da avaliação médica para fins de acesso ao Benefício de Prestação Continuada. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

§ 5º A avaliação da deficiência e do grau de impedimento tem por objetivo: (Incluído pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

I - comprovar a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial; e (Incluído pelo Decreto nº 7.617, de 2011)

II - aferir o grau de restrição para a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade, decorrente da interação dos impedimentos a que se refere o inciso I com barreiras diversas. (Incluído pelo Decreto nº 7.617, de 2011).

Dessarte, encontrando-se o requerente acometido de deficiência que impossibilita a sua participação plena na sociedade, faz jus ao benefício assistencial de prestação continuada.

2.2. Pessoa idosa

Consoante dispõe o *caput* do art. 20 da LOAS, fará jus ao BPC o idoso que, tendo preenchidos os demais requisitos legais, contar com 65 anos de idade ou mais. Ressalte-se,

porém, que tal pressuposto etário não consta da redação original do referido diploma da assistência social.

CASTRO e LAZZARI (2016, p. 866) salientam que durante o período de 1º de janeiro de 1996 a 31 de dezembro de 1997, termo de vigência original da Lei, a idade mínima para concessão do benefício era 70 anos, sendo modificada para 67 anos a partir de janeiro de 1998 devido à Medida Provisória nº 1.599-39/97, convertida, posteriormente, na Lei nº 9.720/98. Somente com o advento da Lei nº 10.741/03, o Estatuto do Idoso, a idade de 65 anos fora estabelecida.

Há que se destacar, ademais, que conforme o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, os valores percebidos à título de BPC idoso não serão considerados com vistas ao cálculo da renda per capita familiar, interpretação posteriormente concedida aos benefícios assistenciais destinados à Pessoa com Deficiência quando do julgamento do RE Nº567.985/MT (CASTRO e LAZZARI, 2016, p.321).

2.3. Caracterização da hipossuficiência (miserabilidade) para satisfação do critério econômico para fins de concessão do BPC

Ab initio, há que se frisar que quanto ao requisito econômico, a CF/88 destaca claramente no art. 203, V que o direito ao benefício assistencial mensal é assegurado àqueles que comprovarem não possuírem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família⁵. Neste sentido, a LOAS, ao regulamentar o dispositivo constitucional supramencionado, estabeleceu em seu art. 20, §3º o requisito objetivo de aferição da “miserabilidade”⁶, termo muito utilizado na jurisprudência. A partir de então, considera-se pessoa incapaz de prover o próprio sustento ou de tê-lo provido por seu núcleo familiar a pessoa deficiente ou idosa cuja a renda familiar mensal per capita seja inferior a ¼ do salário mínimo.

BITTENCOURT (2018, p. 300) acertadamente discorre que o termo “miserabilidade” não fora citado nem na CF/88, nem na LOAS para obtenção do benefício. Para ele, ambos os dispositivos demonstram que o benefício deve ser concedido àquele que não tenha condições de sozinho ou com auxílio de sua família suprir o mínimo existencial nos parâmetros do

⁵ BITTENCOURT (2018, p.319) explicita o conceito de família trazido pelo art. 20, §1º da LOAS: § 1o Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta 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. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). O autor afirma que tal norma deve ser interpretada e aplicada de maneira criteriosa pela investigação social, bem como estar atenta a todas as realidades existentes. Vide, ademais, recurso cível nº: 5007590-69.4.04.7004/PR.

princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, o termo mais propício seria “vulnerabilidade social” que há muito se distingue de “miserabilidade”⁷. Observemos:

Mínimo existencial e miserabilidade são conceitos diversos e não podem ser entendidos como sinônimos, sob pena de restringir uma garantia constitucional que, como consequência, impede a efetivação do direito da dignidade humana.

Mais coerente com a determinação constitucional, portanto, seria o termo “vulnerabilidade social” e não “miserabilidade”, como vem sendo propagado.

O critério utilizado para aferição do requisito econômico, âmago do presente trabalho, é deveras polêmico. Os Tribunais Superiores tem, recentemente, flexibilizado o critério objetivo para concessão do BPC estabelecido pela LOAS, dando lugar ao subjetivo, isto é, não somente a aplicação da lei, mas também a análise do caso concreto pelo magistrado. Decerto, tal movimento pode ocasionar tanto garantia de direitos, quanto a restrição destes, posto que, de certa forma, corremos o risco de cairmos no subjetivismo do magistrado enquanto intérprete da lei, aplicador do direito e identificador, no caso concreto, da hipossuficiência, como tem determinado a jurisprudência. A insegurança jurídica, de igual modo, instalar-se-ia como veremos ao longo deste trabalho.

Desde o estabelecimento do critério financeiro estabelecido objetivamente pela LOAS, frisa MENDES (2016, p. 688), que sua constitucionalidade fora contestada, pois, segundo ele, “permitia que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente.” Desse modo, as decisões administrativas denegatórias do benefício pelo INSS que evidenciavam tal realidade foram sendo judicializadas, requerendo, assim, do poder judiciário uma solução ao que aparentava ser uma antinomia entre normas constitucionais e infraconstitucionais. (PONTES, 2015, p.33)

Decerto, a casuística é complexa, rica em particularidades. A realidade socioeconômica da população brasileira dotada de carências distintas, bem como de oportunidades díspares, fez com que tal critério objetivo fosse relativizado posteriormente.

Tal questão, *a priori*, chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232/DF no ano de 1998. De iniciativa do Procurador Geral da República (PGR), requeria-se a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo a fim de que fosse permitida uma interpretação ampliativa do §3º do art. 20 da LOAS, pelo que seria possível flexibilizar o meio de prova da “miserabilidade” do requerente (PONTES, 2015, p. 38). A incompatibilidade da norma infraconstitucional fora sustentada na

⁷ Concordando com o ilustre autor, utilizarei a expressão “vulnerabilidade social” para orientar os termos desta pesquisa pelo que seria, de fato, a situação de hipossuficiência ensejadora da concessão do benefício.

ADI, uma vez que “limitaria e restringiria o direito garantido por norma constitucional” (ADI nº 1.232/DF. Relator Ministro Ilmar Galvão).

O relator, voto vencido naquele momento, entendeu pela interpretação conforme a CF/88. Contudo, a Suprema Corte compreendeu, por maioria dos votos, que os critérios estabelecidos pela norma infraconstitucional deveriam ser respeitados. Tal critério objetivo não seria, por si só, incompatível com o texto constitucional, posto que, caso houvesse real necessidade de criação de outros requisitos para concessão do BPC no que concerne ao reconhecimento da hipossuficiência, o legislador é quem seria legítimo para avaliar (MENDES, 2015, p. 688). A vulnerabilidade social, então, continuaria a ser auferida pelo requisito objetivo, ou seja, mediante o cálculo da renda per capita familiar inferior a ¼ do salário mínimo, gerando uma presunção absoluta de “miserabilidade” (BITTENCOURT, 2018, p. 301).

As discussões acerca da prevalência do critério financeiro objetivo, contudo, não cessaram. As decisões judiciais continuavam tentando harmonizar o direito estabelecido em lei com a realidade social no caso concreto. MENDES (2015, p. 689), desta feita, explica que

Entre aplicar friamente o critério objetivo da lei e adotar a solução condizente com a realidade social da família brasileira, os juízes abraçaram a segunda opção, mesmo que significasse criação judicial de outros critérios não estabelecidos em lei e, dessa forma uma possível afronta à decisão do STF.

Neste sentido, em abril de 2013, o STF, em sede de Reclamação de nº 4.374 (no mesmo sentido dos Recursos Extraordinários 567.985/MT e 580.963 julgados em conjunto, ambos com repercussão geral, mas sem declaração da nulidade da regra), declarou, no âmbito do controle incidental ou difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, redirecionando o posicionamento contrário da ADI 1.232/DF (MENDES, 2015, p. 690) .

O Egrégio Tribunal considerou ultrapassado e, conseqüentemente, inadequado o conceito de miserabilidade instituído pela lei regulamentadora devido à incompatibilidade entre o que prescreve a lei e o que se lhe apresenta como solução mais justa para os casos particulares, admitindo-se, assim, a relativização do requisito econômico legal. O STF entendeu que a decisão da ADI 1.232/DF era significado de um contexto econômico e social específico, realidade esta modificada ao longo dos anos. MENDES (2015, p 692-693) explicita que o Excelso compreendeu que a LOAS tivera se tornado objeto de um processo de inconstitucionalização oriundo de evidentes mudanças fáticas e jurídicas (RCL 4.374/PE. Relator Ministro Gilmar Mendes).

O entendimento acima também passou a ser consagrado pela TNU no ano de 2015, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a qual compreendeu que o critério legal de renda familiar para a concessão do benefício de amparo social seria uma presunção relativa de miserabilidade que poderia ser descaracterizada por outros elementos probatórios à luz do caso concreto, isto é, a partir de um aspecto subjetivo⁸ (BITTENCOURT, 2018, p. 309).
Analisemos precedente:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO SUSCITADO PELA PARTE AUTORA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO DEFICIENTE. MISERABILIDADE. RENDA PER CAPITA INFERIOR A ¼ DE SALÁRIO MÍNIMO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE MISERABILIDADE. PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. ENTENDIMENTO DA TNU. NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

(...) 8. Diferentemente do que vem sendo decidido pelo STJ e por este Colegiado, comungo do entendimento da 3ª TR do Paraná, pois entendo que a miserabilidade não pode ser presumida, muito menos de forma absoluta, sobretudo quanto, como ocorre no caso dos autos, outros elementos de convicção apontam no sentido da sua ausência. E assim entendo porque a Seguridade Social é regida, dentre outros, pelo “princípio da seletividade” (Art. 194, II, da CF/88), traduzido na noção de que os seus benefícios e serviços devem ser oferecidos e prestados nos casos de real necessidade. É de conhecimento notório que a economia brasileira é marcada por alto percentual de informalidade, não sendo raros os casos de famílias que, a despeito de não registrarem renda formal, ostentam qualidade de vida satisfatória, de acordo com padrões internacionalmente aceitos. 9. Ademais, a adoção da presunção de miserabilidade baseada exclusivamente na renda formal, retira do juiz o livre convencimento motivado com base na prova dos autos (CPC – Art. 131 e 436) que é um dos cânones do direito processual pátrio. 10. Ante o exposto, voto no sentido de que seja o incidente conhecido e improvido. (PEDILEF nº 200870950006325. Relator: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira Barros. DOU: 21/08/2015)

No ano de 2016, o colegiado da TNU, analisando novamente a temática no PEDILEF nº 5009459-52.2011.4.04.7001 sob a relatoria do Juiz Federal Daniel Machado da Rocha, reforçou o entendimento da Turma e fixou a seguinte tese:

PEDIDO NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MISERABILIDADE. O CRITÉRIO OBJETIVO DE RENDA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO NÃO EXCLUI A UTILIZAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVA PARA AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DO REQUERENTE E DE SUA FAMÍLIA. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE MISERABILIDADE, NOS TERMOS DA MAIS RECENTE JURISPRUDÊNCIA DESTA TNU. APLICAÇÃO DA QUESTÃO DE ORDEM N.º 020 DESTE COLEGIADO. CONECTÁRIOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DO NOVO MANUAL DE CÁLCULOS DA JUSTIÇA FEDERAL. INCIDENTE FORMULADO PELO INSS CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (art. 17, incisos I e II, do RITNU).

(...) 29. Em face do exposto, tenho que o incidente nacional de uniformização de jurisprudência formulado pelo INSS merece ser conhecido e parcialmente

provido, para que: (a) nos termos da Questão de Ordem n.º 020 desta TNU, os autos retornem à Turma Recursal de Origem para adequação do julgado ao seguinte entendimento: de que a renda mensal per capita de 1/4 do salário mínimo (art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/1993) não é o único critério para aferir a miserabilidade de quem pleiteia benefício assistencial, podendo esta ser constatada por outros meios de prova constantes dos autos; e (b) em caso de procedência do pedido principal da ação (concessão de benefício assistencial), os consectários legais sigam o disposto no Novo Manual de Cálculos da Justiça Federal (Resolução CJF n.º 267 / 2013). Por derradeiro, registre que o presente representativo de controvérsia fixa a tese apenas em relação a alínea (a), ou seja, a renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo gera uma presunção relativa de miserabilidade, que pode, portanto, ser afastada por outros elementos de prova. (PEDILEF n.º5009459-52.2011.4.04.7001. Relator: Juiz Federal Daniel Machado Rocha. Data de julgamento: 14/04/2016).

Nesta toada, discorrem CASTRO e LAZZARI (2016, p. 873) que também fora possível, a partir do julgamento da Reclamação 4.374/PE, compreender que seria mais justo auferir a condição de hipossuficiência do idoso ou pessoa com deficiência, tendo em vista as mudanças sociais que a LOAS não acompanhou, por outros parâmetros mais flexíveis tais como o de meio salário mínimo (1/2 ao invés de ¼) previsto para os outros benefícios sociais do Governo Federal.

Nessa mesma linha de flexibilização do critério financeiro objetivo, a TNU tem entendimento consolidado no que concerne ao valor do benefício advindo do bolsa família por outro ente familiar que habita no mesmo núcleo familiar que o requerente do BPC. O valor percebido a título do bolsa família, destarte, não entra no cálculo da renda per capita com vistas a perquirir o critério hipossuficiência, à moda do decidido pelo STF no RE 567.985/MT (BITTENCOURT, 2018, p. 321). Neste sentido, a jurisprudência da TNU: “não pode ser computado benefício assistencial ou previdenciário de um salário-mínimo percebido por outro membro do grupo familiar”. (PEDILEF 50132130220114047001, DOU 06/11/2015; PEDILEF 05017073220104058402, DOU 09/10/2015).

Por fim, outro precedente que merece destaque no movimento de flexibilização do critério renda para fins de percepção do BPC é a Ação Civil Pública 5044874-22.2013.404.7100/RS julgada em 27 de janeiro de 2016 pela Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. No julgamento da ação supramencionada, o Tribunal determinou que o INSS excluísse do cálculo da renda dos postulantes os gastos decorrentes diretamente da deficiência, incapacidade ou idade avançada como, por exemplo, medicamentos, alimentação especial e consultas na área de saúde. Segundo a Relatora Desa. Vânia Hack de Almeida, quando o Estado, que tem por obrigação prover a saúde mediante o princípio do mínimo existencial e assim não faz, os gastos extraordinários ou especiais que o cidadão porventura vier a obter devem ser deduzidos do cálculo da renda familiar mensal per

capita para fins de concessão do BPC. (TRF-4- APELREEX: 5044874-22.2013.404.7100/RS. Relator: Vânia Hack de Almeida. Data de julgamento: 27/01/2016, Sexta Turma, data de publicação: D.E: 04/02/2016).

3. Decisão judicial e “miserabilidade”: objetividade *versus* subjetividade na aferição do critério socioeconômico nos Juizados Especiais Federais

3.1. A pesquisa empírica como método de análise das decisões judiciais concessivas do Benefício de Prestação Continuada no que concerne à aferição do critério legal de hipossuficiência nos Juizados Especiais Federais de Pernambuco

Analisaremos, neste ínterim, as decisões judiciais e os critérios utilizados para a concessão do BPC, especialmente quanto ao requisito hipossuficiência, os quais, consoante alerta BITTENCOURT (2018, p. 300), devem estar em consonância com as determinações constitucionais pertinentes.

Sem dúvidas, quando o Constituinte Originário estabeleceu a assistência social, a qual fora regulamentada, posteriormente, pela LOAS, esta teria o fito precípua de amparar o indivíduo em situação de vulnerabilidade social, sendo tal estado entendido como condição da pessoa que não lhe são assegurados, seja por si mesmo ou por sua família, o mínimo existencial, isto é, a garantia das suas necessidades básicas (MENDES, 2015, p. 687).

A tais indivíduos, portanto, a LOAS declara que é assegurada, como um dos seus objetivos estabelecidos no art. 2º, I, a proteção social, “que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção da incidência de riscos”. Neste sentido, BITTENCOURT (2018, p. 304) destaca, acertadamente, que todos os aspectos acima descritos estão inseridos no que denominamos como “necessidades básicas”.

Alerte-se, nesta toada, que a adoção dos juízes pela identificação do critério “miserabilidade”, parâmetro este, como já visto, inexistente na redação da LOAS, bem como na CF/88, conjugado ao subjetivismo perpetrado quando da análise do caso concreto, tem provocado distorções práticas demasiadamente prejudiciais aos destinatários do BPC, destoando da razão de ser da assistência social e, ao fim, instituindo a injustiça social.

Neste sentido, as decisões judiciais objeto deste estudo, como veremos, caracterizam-se por adotar a flexibilização do critério legal concernente à renda, estando, assim, pautadas, unicamente, em elementos do subjetivismo dos magistrados, os quais, mediante análise de um

mandado de verificação social destituído de profundidade suficiente para compreensão da complexa realidade social que o solicitante do BPC está inserido, restringem direitos quando a situação de vulnerabilidade social é clarividente e a concessão do benefício é medida que se impõe.

Mediante a análise de casos de indeferimento do BPC pela Autarquia Previdenciária judicializados mediante a assistência jurídica da Defensoria Pública da União (DPU) no Recife, mais especificamente, do núcleo de assessoria dos escritórios previdenciários especializado no BPC-LOAS, buscarei compreender a *ratio decidendi* dos magistrados das 14^a, 15^a, 19^a e 30^a Varas Federais dos Juizados Especiais de Pernambuco (varas de Recife e Jaboatão dos Guararapes), bem como das Turmas Recursais e TNU, em caso de reforma ou manutenção da sentença ao, adotando o critério subjetivo de verificação de hipossuficiência, decidirem pela procedência ou improcedência do pedido de concessão do benefício a partir da identificação do que estes denominam como “miserabilidade”. Há que se destacar, ademais, que os casos analisados limitam-se aos ajuizados nos JEFs, pois a grande maioria deles obtém o valor da demanda não superior a sessenta salários mínimos (valor atualmente equivalente à R\$ 59.880,00), invocando, assim, a aplicação da regra da competência absoluta destes em razão do valor da causa. Além disso, destacam-se como sendo onde as demandas da DPU foram propostas.

Há que se salientar que o interesse acerca do objeto de estudo é decorrente da minha atuação enquanto estagiária do referido núcleo na DPU sob a supervisão da assessoria e de Defensores Públicos Federais entre janeiro e setembro de 2018. Durante este período, pude ter contato com alguns casos de improcedência dos pedidos de concessão do BPC por nós formulados.

O magistrado, fundamentado na flexibilização do rigorismo legal pela jurisprudência da TNU e do STF, negava o direito ao BPC por, segundo suas razões de decidir pautadas apenas em elemento de prova colhido pelo juízo, a pessoa com deficiência ou idosa não satisfazia as condições de “miserabilidade”, apesar de preencher o critério objetivo legal, qual seja, grupo familiar com renda inferior a ¼ do salário mínimo.

Neste sentido, mediante o método de pesquisa qualitativa, prezando pela descrição da realidade encontrada nos fundamentos de decisão lastreados nas sentenças e acórdãos, analisaremos qual o padrão definidor de “miserabilidade” adotado pelos magistrados para concessão do BPC. O recorte das decisões fora realizado tendo como marco teórico temporal o PEDILEF nº 200870950006325 julgado em 2015, quando a TNU passou a entender pela

flexibilização do critério legal da renda e que, posteriormente, fora reforçado e tendo tese fixada no PEDILEF nº 5009459-52.2011.4.04.7001 em 2016, ambos já mencionados no capítulo 1. Em razão disso, os 12 processos analisados e utilizados como parâmetro de exame tem como ano de ajuizamento 2015, 2017, 2018 e 2019, os quais evidenciam a intensificação das demandas de judicialização do BPC com vistas ao reconhecimento da caracterização da condição de vulnerabilidade social para concessão do BPC.

Percebi que quando da realização do mandado de verificação pelo oficial de justiça do juízo⁹, procedimento de avaliação social em que o auxiliar da justiça analisa a realidade fática em que o requerente está inserido, ao observar a existência de condições mínimas de sobrevivência na residência deste como, por exemplo, eletrodomésticos básicos tais quais fogão, geladeira, televisão ou piso de cerâmica, já se tornava condição suficiente para o juiz negar o direito.

Com efeito, ao me debruçar sobre o tema, observei que em várias decisões judiciais, apesar de a vulnerabilidade social do núcleo familiar ser latente nos autos, as condições de habitação do solicitante do benefício eram tomadas como fundamento único a fim de basear a negativa judicial.

Apesar de termos um momento específico para a análise de tais julgados, observemos, à título de exemplo, tal argumentação:

Inobstante, a renda mensal do grupo familiar em questão apresenta-se incompatível com o imóvel e respectivas guarnições encontradas na residência da autora. O imóvel apresenta regular estado de conservação, e possui piso em cerâmica. A casa está guarneçada com móveis e utensílios domésticos em regular estado, consoante se vê nas fotografias constantes na perícia social.

Assim, afastando a lei, o juiz, baseado no subjetivismo justificado pelo ativismo da Jurisprudência, julgava o que viria a ser “miserável” ou não, quando nem a lei estabeleceu essa definição. Desta feita, a partir da análise de tais decisões, verifiquei que fora erigido um conceito ainda mais rigoroso de vulnerabilidade social do que o trazido pela norma, de modo que tais decisões consolidaram um parâmetro de miserabilidade que não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana, instituindo, de fato, a injustiça social.

Impende destacar, nesta senda, que para análise os casos, se fará necessário percorrermos o rito processual das ações previdenciárias que requerem o BPC, desde a

⁹ A perícia social, segundo art. 20, §6 da LOAS, bem como da Lei nº 8.662/93 que regulamenta a profissão do Serviço Social, deve ser realizada por assistente social, profissional habilitado na área de conhecimento a ser investigado (BITTENCOURT, 2018, P.315). As súmulas nº 79 e nº 80 da TNU também reforçam tal importância. No entanto, nas varas dos JEFs de Recife, são os oficiais de justiça os auxiliares da justiça nesse intuito, enquanto nas de Jaboatão dos Guararapes, o assistente social realiza tal procedimento.

elaboração do pedido com a apresentação da petição inicial e consequente demonstração do preenchimento do requisito econômico legal para concessão do benefício, perpassando pelo estudo da realização do mandado de verificação social procedido pelo juízo, bem como as ponderações feitas pelo oficial de justiça e, por fim, decisões e acórdãos que definirão o que vem a ser “miserabilidade” para concessão ou não do benefício. Assim, com vistas a demonstrar como o movimento de flexibilização do requisito legal tem repercutido na vida das partes, ora assistidos da DPU, trechos de algumas sentenças escolhidas como parâmetro de análise, bem como mandado de verificação e alguns acórdãos serão transcritos, os quais estão disponíveis para consulta pública no CRETA, sítio eletrônico dos Juizados Especiais da Justiça Federal de Pernambuco.

Ademais, perquiriremos: tal movimento da Jurisprudência de relativização dos requisitos objetivos para acesso ao BPC seria expressão de ativismo judicial? Estaria o magistrado, de fato, livre para afastar a norma e basear sua *ratio decidendi* em elementos destituídos de contexto? Não estaríamos diante de um movimento acentuado de restrição de direitos? O que seria miserabilidade? Tal conceito é o adequado para indicar quem faz jus ao benefício ou não? Diante desse objeto e de tais objetivos, conjugados à doutrina existente sobre ativismo judicial como o aporte necessário para análise de tal movimento, é que este trabalho se fundamenta.

3.2. Do preenchimento do critério legal “renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo”

Nos doze casos que tomo como referência para fins de demonstração das consequências da adoção da flexibilização do critério socioeconômico objetivo legal, a realidade social é a mesma: vulnerabilidade social evidente. Os assistidos da DPU, naquela ocasião, requerentes do BPC pela via judicial, sustentam pontos em comum, quais sejam, deficientes ou idosos sem renda ou com renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente à época do requerimento administrativo perante o INSS. Conforme a lei, tal fato geraria sinônimo de presunção absoluta de “miserabilidade” (PEDILEF nº 201070500195518), entendimento que fora modificado no julgamento da já mencionada Reclamação de nº 4.374 pelo STF. Assim, a partir de tal precedente, o STF flexibilizou tal critério, de modo que os juízes passaram a ser legitimados a julgar os casos de concessão do benefício levando em consideração outros elementos que estes julgarem caracterizadores da situação de “miserabilidade”, não havendo que se falar, portanto, em presunção absoluta, mas sim relativa. (PEDILEF nº 5009459-52.2011.4.04.7001)

Analisemos, neste íterim, cada caso em particular.

Caso 1

BPC Deficiente

- Processo nº 0519762-70.2015.4.05.8300
- Vara: 19ª Vara Federal
- Benefício indeferido na via administrativa com base na ausência de preenchimento do requisito econômico (“renda per capita igual ou superior a ¼ do salário mínimo”)
- Grupo familiar composto pelo autor (7 anos, deficiente e sem renda), genitora (32 anos, desempregada, percebe R\$ 70 proveniente do programa bolsa família), genitor (33 anos, motorista autônomo e irmão (5 anos). O núcleo familiar sobrevive do valor de R\$ 800,00 referente à atividade de realizar fretes em carro particular, sem registro na CTPS, de maneira informal.

O núcleo familiar do requerente, como se verifica mediante as informações constantes dos autos e acima dispostas, vive em situação de vulnerabilidade social patente. Isto porque, procedendo aos cálculos, o grupo familiar satisfaz o requisito econômico objetivo estabelecido em lei, sendo a renda per capita claramente inferior a ¼ do salário mínimo, isto é, R\$200. É fato notório que tal valor não é suficiente para custear todas as despesas extraordinárias que o quadro de saúde do requerente, menor e deficiente, exige.

Repise-se que o valor oriundo do programa bolsa família não deve integrar o cálculo da renda per capita.

Caso 2

BPC Idoso

- Processo nº 0515794-61.2017.4.05.8300
- Vara: 19ª Vara Federal
- Benefício indeferido na via administrativa com base na ausência de preenchimento do requisito econômico (“renda per capita igual ou superior a ¼ do salário mínimo”)
- Grupo familiar composto por 3 integrantes: autor (65 anos) e duas irmãs solteiras, sendo uma desempregada (63 e 58 anos). O núcleo familiar sobrevive da aposentadoria de uma das irmãs no valor de 1 salário mínimo (R\$957,00 à época do requerimento).

No caso em análise resta evidente que o solicitante vivencia situação de vulnerabilidade social. Ao adotar-se o entendimento firmado pela TNU¹⁰ de que “não pode

¹⁰ (PEDILEF 50132130220114047001, DOU 06/11/2015; PEDILEF 05017073220104058402, DOU 09/10/2015).

ser computado benefício assistencial ou previdenciário de um salário-mínimo percebido por outro membro do grupo familiar”, entende-se que a renda familiar per capita é zero. Satisfaz-se, portanto, o requisito hipossuficiência.

Caso 3

BPC Deficiente

- Processo nº 0516683-78.2018.4.05.8300
- Vara: 14ª Vara Federal
- Benefício suspenso na via administrativa com base na “apuração de irregularidade em benefício”, em razão de suposta existência de renda per capita superior a ¼ do salário mínimo
- Grupo familiar composto por 4 integrantes: autora (6 anos e portadora de síndrome de down), pai (49 anos, motorista de transporte coletivo), mãe (48 anos, desempregada) e irmão (25 anos, desempregado). O núcleo familiar sobrevive da renda do genitor da autora no valor líquido R\$ 901,33.

No caso em apreço, o núcleo familiar da requerente (menor, 6 anos) preenche o requisito socioeconômico estabelecido em lei. A menor recebeu o BPC durante 5 anos, sendo cessado no ano de 2018 por suposta renda per capita inferior ao limite legal. No entanto, padece de equívoco a decisão da Autarquia Administrativa, pois a renda per capita familiar restou inalterada.

Em que pese a leitura do contracheque do genitor da requerente indicar o valor de R\$ 2.534,10 de renda mensal (verifica-se que o salário base do Sr. Jozenildo corresponde a R\$ 2.167,10, acrescido de verbas decorrentes de pagamento de Abono pecuniário, horas extras e feriados trabalhados, atingindo, após estes acréscimos, o valor de R\$ 2.534,10), após descontos realizados em folha, a remuneração do genitor da autora alcança parcos R\$ 901,33 (valor líquido). Tal valor é o que a família efetivamente pode contar para o seu sustento e o custeio das necessidades especiais da menor. Faz jus, dessa forma, ao restabelecimento do BPC.

Caso 4:

BPC Deficiente

- Processo nº 0517163-56.2018.4.05.8300
- Vara: 14ª Vara Federal
- Benefício suspenso na via administrativa com base na “apuração de irregularidade em benefício”, em razão de suposta existência de renda per capita superior a ¼ do salário mínimo
- Grupo familiar composto pela autora (50 anos) e dois irmãos (64 e 52 anos, ambos desempregados).

No presente caso, o parecer social da DPU expôs de forma detalhada a complexa realidade social que a requerente está inserida. A assistida teve deferido o BPC deficiente em 2009. Em tal época, seu núcleo familiar era composto pela sua filha, seus dois irmãos e sua mãe. Com o valor oriundo do benefício e da ajuda da mãe e de amigos, ergueu a casa em que hoje reside (duplex em cima da casa da mãe) e passou a morar sozinha com a filha. Quando sua mãe adoeceu no ano de 2017, voltou a morar com ela para cuidar das suas necessidades especiais. O indício de irregularidade apontado pelo INSS diz respeito ao BPC Idoso também percebido pela mãe da requerente, hoje falecida. Após o seu retorno à casa da mãe, a filha da autora passou a residir com o companheiro. Os irmãos, ademais, não mais residiam com ela. Em junho de 2017, quando do falecimento da mãe idosa, voltou a residir sozinha, sendo, no entanto, o núcleo familiar composto pela solicitante e os irmãos (todos desempregados) após a cessação do seu benefício em 11/05/2018.

Verifica-se, portanto, a vulnerabilidade da solicitante a qual necessita da ajuda de amigos e parentes para satisfazer as necessidades mais básicas como, por exemplo, alimentar-se.

Caso 5

BPC Deficiente

- Processo nº 0511509-88.2018.4.05.8300
- Vara: 15ª Vara Federal
- Benefício suspenso na via administrativa com base na “apuração de irregularidade em benefício”, em razão de suposta existência de renda per capita superior a ¼ do salário mínimo
- Grupo familiar atualmente composto por 6 pessoas: autor (17 anos, deficiente), genitores (ambos desempregados. O pai realiza “bicos”) e 3 irmãos. À época da cessação do benefício (DER 19/02/2010 e DIB 01/06/2018), 8 pessoas integravam o núcleo familiar do autor.

Conforme documentação anexada aos autos do processo, o núcleo familiar à época da cessação do benefício era composto por 8 pessoas. A renda familiar era composta unicamente pelo benefício do autor e, eventualmente, por bicos realizados pelo pai do requerente o qual está desempregado desde dezembro de 2017.

De acordo com o CNIS do genitor do requerente, é possível verificar que são indicados curtos vínculos empregatícios, auferindo o valor de aproximadamente R\$ 2.000,00 e que sua última remuneração remonta ao mês de dezembro de 2017. Logo, divido o salário

do pai (R\$2.000,00) pelos 08 membros, tem-se uma renda per capita de R\$250,00, valor este muito próximo do $\frac{1}{4}$ do salário mínimo da época (R\$234,25) e bastante inferior à metade do salário mínimo da época (R\$468,00) (Reclamação nº 4.374/ STF).

Caso 6

BPC Idoso

- Processo nº 0506555-62.2019.4.05.8300
- Vara: 19ª Vara Federal
- Benefício indeferido na via administrativa com base na ausência de preenchimento do requisito econômico (“renda per capita igual ou superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo”)
- Grupo familiar composto por autor (idoso e sem renda), esposa e dois filhos menores.

Consoante as informações acima descritas, bem como análise dos documentos anexados aos autos processuais, o requerente sobrevive do valor de R\$ 181,00 percebido à título de bolsa família pela esposa. No entanto, conforme lições já dispostas no capítulo 1, segundo o regulamentado pelo artigo 4º, § 2º, inciso II, do Decreto 6.214/07, valores oriundos de programas sociais de transferência de renda (como o Programa Bolsa Família) não devem figurar no cálculo da renda familiar per capita para fins de concessão do BPC.

Isso significa dizer que, objetivamente, a citada família dispõe de renda per capita mensal inferior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo – presunção absoluta de hipossuficiência. Cf.: PEDILEF nº 201070500195518

Caso 7

BPC Idoso

- Processo nº 0501062-75.2017.4.05.8300
- Vara: 15ª Vara Federal
- Benefício indeferido na via administrativa com base na ausência de preenchimento do requisito econômico (“renda per capita igual ou superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo”)
- Grupo familiar composto por 5 pessoas: autora (66 anos), esposo da autora (63 anos e percebe BPC deficiente), 2 filhas (39 anos e 41 anos, ambas desempregadas) e 1 neto (10 anos).

Consoante se vê dos dados acima dispostos, a vulnerabilidade social do núcleo familiar da autora é inequívoca. O único rendimento da família é o BPC percebido pelo esposo da requerente. Contudo, considerando o entendimento jurisprudencial de que os valores percebidos à título de benefício assistencial ou previdenciário em 1 salário mínimo deverão ser excluídos do cálculo da renda per capita pra, conclui-se que a renda familiar per

capita familiar é igual a zero. A autora, dessarte, preenche o requisito legal para a percepção do BPC.

Caso 8

BPC Idoso

- Processo nº 0500515-02.2017.4.05.8311
- Vara: 30ª Vara Federal
- Benefício indeferido na via administrativa com base na ausência de preenchimento do requisito econômico (“renda per capita igual ou superior a ¼ do salário mínimo”)
- Grupo familiar composto unicamente pela requerente. Divorciada. Filhos casados que não residem com a assistida. Não possui renda formal. Sobrevive da venda de cosméticos (avon e natura) e auferir mensalmente cerca de R\$180, valor extremamente inferior ao mínimo legal.

Mediante as informações acima dispostas e os documentos anexados aos autos processuais (CNIS e CTPS), verifica-se que a requerente se enquadra no requisito de renda per capita familiar inferior a ¼ do salário mínimo, tendo em vista que não possui nenhuma renda formal. Apesar de o INSS ter indeferido o benefício sob a alegação de que a renda per capita familiar seria igual ou maior do que ¼ do salário mínimo, o que se observa a partir do laudo social da DPU é que, claramente, não existe nenhuma outra pessoa com renda em sua casa. A requerente é separada de fato do esposo desde 14/05/1991, sendo o divórcio homologado em 16/03/2012. A situação de vulnerabilidade social, portanto, é flagrante.

Caso 9

BPC Deficiente

- Processo nº 0505608-42.2018.4.05.8300
- Vara: 15ª Vara Federal
- Benefício indeferido na via administrativa com base na ausência de incapacidade (“não constatação de incapacidade laborativa”)
- Grupo familiar composto por autor (16 anos e sem renda) e genitora (52 anos, desempregada, percebe bolsa família no valor de R\$ 124,00).

O caso em análise demonstra situação de vulnerabilidade social manifesta. Isto porque o requerente sobrevive do valor de R\$ 124,00 percebido à título de bolsa família pela sua mãe. No entanto, como é cediço, tal valor não há que ser considerado para fins de cômputo da renda per capita familiar, segundo art. 4º, § 2º, inciso II, do Decreto 6.214/07.

A renda familiar, portanto, é zero, sendo presumida absolutamente sua condição de “miserabilidade”.

Caso 10

BPC Deficiente

- Processo nº 0506012-93.2018.4.05.8300
- Vara: 15ª Vara Federal
- Benefício indeferido na via administrativa com base na ausência de incapacidade (“não constatação de incapacidade laborativa”)
- Grupo familiar composto por autor (33 anos, deficiente e sem renda), genitora (59 anos, desempregada) e irmã (28 anos). O núcleo familiar sobrevive do valor de R\$ 400,00.

Ora, assim como nos demais casos, verifica-se que a situação de hipossuficiência econômica é manifesta. Isto porque, procedendo aos cálculos, resta evidente que o valor da renda per capita familiar correspondente a R\$ 133,00 é insuficiente para custear todas as despesas médicas e básicas do requerente e de sua família. Presume-se, desta feita, absoluta a condição de vulnerabilidade social.

Caso 11

BPC- Deficiente

- Processo nº 0503098-90.2017.4.05.8300
- Vara: 19ª Vara Federal
- Benefício indeferido na via administrativa com base na ausência de incapacidade
- Grupo familiar composto por 3 integrantes: autora (44 anos e incapacitada para o trabalho) e 2 filhos solteiros (estudantes e sem renda). Sobrevivem com o valor do bolsa família da autora (R\$85,00) e com ajudas de amigos e familiares.

Quanto ao critério de hipossuficiência econômica, cumpre aduzir que o núcleo familiar da requerente, como acima explicitado, é composto por ela e seus dois filhos, sendo a renda familiar mensal equivalente a zero. Isto porque em que pese a solicitante receba bolsa família, consoante dispõe o art. 4º § 2º, II do Decreto nº 6.214 que regulamenta o LOAS¹¹, bem como entendimento jurisprudencial da TNU elucidado no capítulo 1, tal verba não pode integrar o cálculo da renda per capita familiar. A natureza do aludido benefício é meramente assistencial e não se configurando, de forma alguma, fonte de renda salarial.

Por não desenvolver nenhuma atividade laborativa em virtude da incapacidade, a autora não possui renda alguma, sobrevivendo, ela e seus filhos, apenas da caridade de terceiros, seja para medicamentos quanto para alimentos, o que comprova o estado de vulnerabilidade social. Restaria caracterizada, portanto, a presunção absoluta de “miserabilidade”.

¹¹ “Art. 4º Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

§ 2º Para fins do disposto no inciso VI do **caput**, não serão computados como renda mensal bruta familiar:

II - valores oriundos de programas sociais de transferência de renda;”

Caso 12

BPC Idoso

- Processo nº 05159346120184058300
- Vara: 19ª Vara Federal
- Benefício indeferido na via administrativa com base na ausência de preenchimento do requisito econômico (“renda per capita igual ou superior a ¼ do salário mínimo”)
- Grupo familiar composto por 2 pessoas: autor (67 anos) e esposa da autor (65 anos, desempregada). O núcleo familiar do requerente sobrevive da renda mensal informal de R\$ 200 oriunda da venda de doce japonês no comércio ambulante.

Resta evidente, no caso em análise, o preenchimento do requisito econômico para fins de concessão do BPC-LOAS. Tal fato fica explícito quando do cálculo da renda familiar per capita que redundava em R\$100. Como é sabido, a renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo é expressão de presunção absoluta de “miserabilidade”, fazendo, assim, jus, o requerente, ao benefício.

Pelo exposto, a partir de tais casos, foi possível verificar as condições inequívocas de vulnerabilidade social em que os requerentes do BPC estão inseridos a partir do viés objetivo legal. Ante ao preenchimento do critério renda mediante as informações processuais colhidas, analisemos, neste ínterim, os mandados de verificação social procedidos pelos oficiais de justiça, nas 14ª, 15ª, 19ª Varas Federais de Recife, e pelos assistentes sociais, na 30ª Vara Federal de Jaboatão dos Guararapes.

3.3. O mandado de verificação social e a definição de “miserabilidade” a partir da perspectiva subjetiva do magistrado: condições mínimas de sobrevivência e improcedência do pedido do BPC

Consoante desenvolvido anteriormente, tanto a LOAS como a Lei nº 8.662/93, lei que regulamenta a profissão do serviço social, estabelecem que a avaliação, perícia ou estudo social judicial deve ser realizado por assistente social, profissional habilitado¹² que detém o conhecimento técnico específico para realizar de maneira criteriosa a aferição do caso

¹²Art. 20. §§6º e 7º da LOAS: A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011)

§ 7º Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura. (Incluído pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

concreto e identificar a existência ou não de vulnerabilidade social (BITTENCOURT, 2018, p. 315).

Ocorre que tal exigência não se verifica na prática das 14^a, 15^a e 19^a Varas dos JEFs em Recife. Além de ser possível verificar inércia com relação ao cumprimento da determinação legal de realização da avaliação social por meio do profissional habilitado (assistente social), constatou-se, outrossim, uma imprecisão/confusão entre o conceito de avaliação social com a mera estimativa da renda familiar per capita para fins de concessão do benefício (SOUZA, 2014, p. 94). Em tais varas, em extremo prejuízo aos requerentes do BPC assistidos pela DPU, o profissional do juízo que procede à realização da verificação social é o oficial de justiça.

BITTENCOURT (2018, p. 316-317) acertadamente leciona que existe distinção entre a perícia social que deve ser realizada pelo assistente social e o auto de constatação ou mandado de verificação levado a cabo pelo oficial de justiça. A legislação é clara ao destacar que deve ser realizada pelo assistente social, pois este é o profissional competente para sopesar os fatos narrados com a realidade apresentada e, a partir disso, realizar as conclusões hábeis a fundamentar, de forma acertada, a decisão do juiz.

Enquanto o assistente social realiza o laudo social a partir da investigação, entrevista e exposição de conclusões, o oficial de justiça, no auto de constatação, procederá, somente, à realização de fotografias, não podendo fazer maiores digressões acerca do caso, cabendo ao magistrado, quando da sentença, valorar tais fatos e definir o que viria a ser a condição de vulnerabilidade social (BITTENCOURT, 2018, p. 317).

Neste ínterim, destaque-se: no caso nº 8 do Processo nº 0500515-02.2017.4.05.8311 que tramitou 30^a Vara Federal de Jaboatão dos Guararapes, houve avaliação social realizada por assistente social, sendo a situação fática semelhante aos dos casos das 14^a, 15^a e 19^a Varas, qual seja, condições de habitação que fornecem o mínimo de dignidade aos requerentes. Em tal contexto, o profissional, analisando a complexidade do contexto social que a requerente estava inserida, concluiu pela existência de vulnerabilidade social. No entanto, no que concerne aos demais casos procedidos pelo oficial de justiça, o juiz, apenas pautado nas fotografias, decidiu pela ausência de hipossuficiência e, conseqüentemente, improcedência do pedido.

Dos doze casos estudados, em onze não houve perícia social, mas sim mandado de verificação realizado pelo oficial de justiça. Nos MVFs para comprovação do requisito renda, fora verificado que o oficial de justiça somente descreve os fatos extraídos das condições de

habitação do requerente do BPC, preenchendo um formulário exarado pelo juízo e o instruindo com fotos da residência. Analisemos, à título de exemplo, o caso nº 9 do processo nº 0505608-42.2018.4.05.8300 que tramitou na 15ª Vara Federal:


PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
Seção Judiciária de Pernambuco
Juizado Especial Federal
15ª VARA FEDERAL

MANDADO DE VERIFICAÇÃO N.º MVF.0102.000360-2/2018

PROCESSO Nº 0505608-42.2018.4.05.8300S

AUTOR:

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

Identificação:

CPF: 014.767.414-09

Rep. Legal:

CPF: 492309304-82

Endereço: Rua abdias de Oliveira, nº 301 C. ZUMBI - RECIFE/PE

Referência: Vide documento virtual anexo nº 19

A MM. JUÍZA FEDERAL DA 15ª VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE PERNAMBUCO, DRA. LIZ CORRÊA DE AZEVEDO, NA FORMA DA LEI, ETC.

MANDA a qualquer Executante de Mandados (Oficial de Justiça) deste Juízo, a quem o presente for entregue, que, em seu cumprimento e a despacho exarado nos autos, proceda à diligência no(a) local acima identificado e relate, minuciosamente, o que for verificado, fazendo uso de imagens/fotografias, de forma suficiente para responder os seguintes quesitos:

1. O(a) Autor(a) vive em companhia de outras pessoas? Especificar nome, estado civil, idade, profissão, escolaridade e renda de tais pessoas.
2. A moradia é própria ou alugada? Caso seja alugada, informar valor do aluguel.
3. Informar quais são as despesas fixas mensais do grupo familiar (água, luz, medicação, transporte e alimentação). Em caso de despesas com medicamentos, esclarecer se houve tentativa de obtê-los junto ao SUS.
4. Quais as condições da moradia (quantidade de cômodos, dimensões, conservação da mobília, higiene, descrição dos bens, entre outros)?
5. Algum integrante da família do(a) Autor(a) recebe benefício ou assistência dos governos federal, estadual e/ou municipal?
6. Existem pessoas integrantes do grupo familiar em tratamento médico ou psicológico regular? Especificar.
7. Informar a existência de pais, filhos ou irmãos que não residam mais com a parte autora, apontando sua profissão e rendimentos mensais, bem como nome e endereço. Saliente-se que deve ser mencionado o auxílio desses ao grupo familiar em estudo, caso prestado.

Quesitos do INSS:

1. Os gastos mensais da família com alimentação, habitação, educação, saúde, lazer, transporte, vestuário e higiene foram comprovados ou declarados?
2. Qual a renda per capita do grupo familiar?

ADVERTA-SE a quem este mandado for apresentado que a conduta de se "opor à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio" configura crime de resistência previsto no artigo 329 do Código Penal.

DADO e PASSADO pela Secretária da 15ª Vara Federal, aos 30 de julho de 2018. Este Juízo funciona no endereço inframencionado, com expediente no horário das 09h às 18h de segunda a sexta-feira. Eu, Marcos Victor Ferreira Silva (COLABORADOR), digitei e a Diretora de Secretaria, subscrevi.


ADELIA MARIA CAVALCANTE VIANA
Diretora de Secretaria

Av. Dantas Barreto, nº 1.080, 6º andar, São José, Recife-PE
Fones: (81) 3213-6535 / 6536 / 6537, E-MAIL: direcao15@tjpe.jus.br

Processo n.º 0505608-42.2018.4.05.8300S

Autor:

Réu: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS

QUESTIONÁRIO ACERCA DA CONDIÇÃO SÓCIO-ECONÔMICA DO AUTOR

1. O autor vive em companhia de outras pessoas? SIM ou () NÃO
2. Quantas pessoas residem com o autor? uma (1) pessoa
3. Quais são essas pessoas?
- 3.1. NOME: Maria Betânia Nicomedes Silva de Almeida
Estado Civil: () Solteiro () Casado () União estável
 Viúvo () Separado () Divorciado
Identidade: 3.069.613 CPF: 492.309.304-82

() Viúvo () Separado () Divorciado
 Identidade: 3.069.613 CPF: 492.309.309-82
 Data nascimento: 16/01/1967 Profissão: _____
 Grau de parentesco com o autor: Mãe
 Renda Mensal: _____
 Escolaridade: _____

3.2. NOME: _____

Estado Civil: () Solteiro () Casado () União estável
 () Viúvo () Separado () Divorciado
 Identidade: _____ CPF: _____
 Data nascimento: _____ Profissão: _____
 Grau de parentesco com o autor: _____
 Renda Mensal: _____
 Escolaridade: _____

3.3. NOME: _____

Estado Civil: () Solteiro () Casado () União estável
 () Viúvo () Separado () Divorciado
 Identidade: _____ CPF: _____
 Data nascimento: _____ Profissão: _____
 Grau de parentesco com o autor: _____
 Renda Mensal: _____
 Escolaridade: _____

3.4. NOME: _____

Estado Civil: () Solteiro () Casado () União estável
 () Viúvo () Separado () Divorciado
 Identidade: _____ CPF: _____
 Data nascimento: _____ Profissão: _____
 Renda Mensal: _____
 Escolaridade: _____

4. O autor ou alguma das pessoas que reside com o autor percebe benefício ou assistência dos Governos Federal, Estadual ou Municipal? () SIM, () NÃO () Bolsa Família, no valor de R\$ 130,00 (cento e trinta reais).
5. A moradia é () própria ou () alugada? () Outro: Foi cedida pela sogra que faleceu.
6. Qual o valor do aluguel: R\$ _____
7. Há quanto tempo mora no imóvel? mais de dez (10) anos

Av. Dantas Barreto, n.º 1060, São José - Recife/PE - CEP 50020-000 - Fone: (81) 3213-6506 - e-mail: direcao15@fpe.jus.br

8. O(a) autor(a) ou outro integrante do núcleo familiar possui outro(s) imóvel(eis)?
 Especificar: não conhece dizer

9. Estado de conservação da moradia: **Vide fotografias**. Observações adicionais:

Analisemos, a seguir, fotos da residência do autor contidas no MVF.





Percebe-se, portanto, que o mandado de verificação social apenas descreve, sem muito aprofundamento, o que é visto pelo oficial de justiça na residência do autor (a) da ação. Não faz, portanto, nenhum cotejo acerca do que está sendo verificado na residência dos requerentes do benefício e a realidade social que lhes circunda. Atente-se, desta feita, para o seguinte fato constatado nos onze casos que o MVF fora realizado por oficial de justiça: o simples fato de a casa ter cerâmica ou ser guarneçada de eletrodomésticos essenciais para que o demandante obtenha condições dignas de vida (tais como geladeira e fogão), isto é, o mínimo de condições compatíveis com a dignidade da pessoa humana, já é condição

suficiente para que o magistrado, fundamentando unicamente nas fotografias e invocando o entendimento da jurisprudência de que é possível constatar a “miserabilidade” por outros elementos, afaste a aplicação da lei e argumente que existem inconsistências entre o “alegado” e o “constatado”. Vejamos, neste íterim, como o magistrado fundamentou o *decisum* do referido caso:

Por fim, registre-se que o STF recentemente declarou a inconstitucionalidade do critério legal de 1/4 do salário mínimo para aferição da miserabilidade do núcleo familiar, entendendo-o defasado (RE 567.985 e RE 580.963). Embora não haja outro parâmetro objetivo a ser considerado para tal finalidade (mencionando alguns Ministros a possibilidade de consideração de 1/2 salário mínimo), o certo é que o limite de 1/4 positivado não poderá ser adotado de forma isolada, podendo a hipossuficiência do grupo ser comprovada por quaisquer outros meios, ainda que ultrapassado o referido patamar.

Analisando-se o caso dos autos, verifica-se que, segundo informa a avaliação socioeconômica (anexos 29 e 30), o grupo familiar em questão, nos moldes da fundamentação supra, é composto pelo menor- requerente e por sua genitora (a Sra. Maria Betânia Nicomedes Silva de Almeida).

Consoante o laudo social, foi informado ao Oficial de justiça que a renda mensal do grupo familiar em questão é proveniente do benefício Bolsa Família, no valor de R\$ 130,00 (cento e trinta) reais. Registre-se, por oportuno, que a casa na qual reside – há 10 anos – foi cedida pela sogra da genitora do autor.

Todavia, observa-se que as condições de moradia da demandante são incompatíveis com os ganhos auferidos pelo núcleo (verifica-se, por meio da análise da documentação fotográfica apensada aos autos e pela descrição fidedigna do Oficial, a existência de móveis em bom estado de conservação, tais como: fogão, geladeira, TV em tela plana, bem como piso em material cerâmico), mormente quando se tem em conta a alegação autoral de que se vive em condições de miserabilidade.

Reitera-se, por oportuno, a existência do dever de prestar alimentos entre os parentes, de modo que a primeira obrigação alimentar ocorre no seio dos agrupamentos familiares e de que, somente na ausência de sua devida satisfação em seu âmbito, é que incumbe ao Estado atuar, pela via das políticas assistenciais.

Diante de tais dados, não caracterizada, na hipótese, a situação socioeconômica precária (miserabilidade) e considerando que a parte autora tem tido a sua subsistência satisfatoriamente garantida por seus familiares, resta inviabilizado o deferimento da prestação postulada, não havendo ilegalidade no ato administrativo que indeferiu o benefício.

EM FACE DO EXPOSTO, julgo improcedente o pedido, extinguindo o processo com a resolução do mérito na forma do art. 487, I, do CPC.

Ressalte-se, neste íterim, que a vulnerabilidade social do núcleo familiar do autor é evidente. O autor e sua genitora sobrevivem com a renda mensal oriunda do programa bolsa família a qual, segundo entendimento jurisprudencial, não deve ser computado para fins de percepção do benefício. Mesmo que tal valor fosse computado na renda familiar é flagrante a miserabilidade pela ínfima quantia recebida (R\$130,00) para 2 pessoas – valor bastante inferior a ¼ do salário mínimo e completamente insuficiente para a subsistência da família, principalmente quando são levadas em conta as necessidades do autor (incapaz para o auto

entendimento e vida independente com consequentes prejuízos laboral e social, desde a infância, em virtude da sua patologia).

Em verdade, o grupo familiar do Recorrente reside em uma casa que, embora organizada, é deveras modesta e guarnecida com mobiliário simples e compatível com sua situação socioeconômica declarada. No entanto, quando decidiu, o magistrado não considerou o esclarecido pelo oficial de justiça: a casa em que reside o autor e sua genitora fora cedida pela avó deste, demonstrando ainda mais a situação de risco social que estes estão inseridos.

Saliente-se que em todos os casos anteriormente destacados, os móveis foram adquiridos em momento anterior quando o requerente não estava inserido em situação de risco social. E ainda, muitos deles foram herdados, cedidos ou adquiridos com o valor percebido pelo benefício, quando estava ativo, nos casos de cessação indevida.

Considere-se, a partir da decisão analisada, que considerar as fotografias destituídas de contexto é, certamente, legitimar a injustiça social quando a situação de vulnerabilidade social salta aos olhos. Percebe-se, portanto, que corremos o risco iminente de o juiz, a partir de sua concepção, julgar o que vem a ser “miserável” ou não. Sucede que tais tipos de decisões tem sido recorrentes do âmbito dos JEFs, inclusive pelo fato de existir entendimento consolidado da TNU que permite ao juiz aferir no caso concreto, em que pese haja o enquadramento legal no que concerne ao requisito renda, a existência ou não da “miserabilidade”. Analisemos, nesta senda, o entendimento consagrado no PEDILEF N° 0515794-61.2017.4.05.8300/PE requerido pela DPU no processo n° 0515794-61.2017.4.05.8300 (caso n° 2 deste trabalho):

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI (PRESIDÊNCIA) N° 0515794-61.2017.4.05.8300/PE

O STF, em regime de repercussão geral, no RE n. 567.985/MT, Tema n. 27, decidiu:

"É inconstitucional o § 3º do artigo 20 da Lei 8.742/1993, que estabelece a renda familiar mensal per capita inferior a um quarto do salário mínimo como requisito obrigatório para concessão do benefício assistencial de prestação continuada previsto no artigo 203, V, da Constituição."

Outra não é a posição da TNU, cuja Tema n. 122 (PEDILEF n. 5000493-92.2014.4.04.7002) traz a tese:

"O critério objetivo consubstanciado na exigência de renda familiar per capita inferior a ¼ do salário-mínimo gera uma presunção relativa de miserabilidade, que pode, portanto, ser afastada por outros elementos de prova."

Vale dizer, a renda é apenas um dos fatores a serem analisados para a aferição do cumprimento do requisito econômico.

A partir de tal entendimento, faz-se necessário a seguinte reflexão: qual o padrão definidor de “miserabilidade” para fins de concessão do BPC? Com base nas decisões

proferidas nos casos anteriormente explicitados foi possível perceber que o poder judiciário erigiu um padrão muito mais rigoroso de vulnerabilidade social do que o estabelecido em lei, qual seja “miserabilidade”. Reitere-se, neste íterim, que nem a lei, tampouco a CF/88 instituíram tal requisito exigido pelos tribunais. Como elucidado no início deste capítulo, a assistência social é devida àqueles que evidenciam situação de vulnerabilidade social, situação esta existente em todos os casos estudados.

O subjetivismo do magistrado está tão permeado nas decisões de improcedência do BPC quanto à caracterização de “miserabilidade” que a insegurança jurídica se faz presente. Isto porque, verificou-se que tal conceito pode variar de juiz para juiz. Por oportuno, observemos excerto do acórdão da 1ª Turma Recursal da Seção Judiciária de Pernambuco que modificou a sentença do juízo *a quo*, a 15ª Vara Federal, uma vez que entendeu, no caso nº 9 do processo nº 0505608-42.2018.4.05.8300, restar configurada a situação de vulnerabilidade social:

VOTO-EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. MANDADO DE CONSTATAÇÃO EXPEDIDO. MISERABILIDADE CONFIGURADA. INCAPACIDADE ATESTADA POR LAUDO MÉDICO-PERICIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AMPARO SOCIAL. RECURSO DO PARTICULAR PROVIDO.

- Trata-se de Recurso Inominado interposto pela parte autora contra Sentença de improcedência, proferida em sede de Ação Especial Cível com a qual se objetivou a concessão de benefício assistencial ao deficiente.

A controvérsia da lide reside quanto à existência ou não de miserabilidade por parte do demandante, (...)

O requisito da miserabilidade é regulado nos termos do § 3º, do preceptivo mencionado, consoante o qual “se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”.

No caso dos autos foi expedido mandado de verificação em que restou comprovado que o recorrente reside com sua genitora, viúva, sobrevivendo do benefício do bolsa família no valor de R\$ 130,00 (cento e trinta reais).

Analisando a residência do recorrente percebe-se que a parte Autora vive em imóvel simples e com móveis antigos. O chão é em cerâmica, mas o imóvel possui grandes rachaduras que revelam, a falta de recursos para o necessário conserto. O imóvel foi cedido pela avó, atualmente falecida. A renda familiar per capita da parte Autora é inferior a ¼ do salário mínimo. No Mandado de Verificação Social consta, ainda, a informação que a família recebe ajuda da Igreja Adventista que frequenta e que faz a parte Autora faz uso de medicação que não “é custeado pelo Estado. Assim, entendo que a miserabilidade encontra-se configurada.

O benefício assistencial se caracteriza como medida de proteção social às pessoas que não podem, sob nenhuma condição, ser colocadas no mercado de trabalho (pessoas com deficiência, idosos ou que, por razões particularíssimas, necessitam de cuidados especiais de familiares, os quais, em razão disso, não podem trabalhar, de modo que provoque a redução da renda familiar para patamar que acarreta a violação à noção de dignidade humana (menores com deficiência). Entendo que o requisito da miserabilidade se encontra atendido.

Assim, dou provimento ao recurso do particular para conceder o benefício de amparo social, nos termos do art. 20, da Lei nº 8.742/93, a partir do

requerimento administrativo. Os valores em atraso deverão ser majorados por juros de mora, nos termos do art. 1º-F, da Lei nº 9494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09 e correção monetária pelo IPCA-E, nos termos do posicionamento do STF RE(870947).

Perceptível, destarte, é o subjetivismo perpetrado em ambas as decisões estudadas, dado que o elemento de prova utilizado para formar a razão de decidir dos juízes colegiados da 1ª Turma Recursal favorável à procedência do pedido de concessão foi o mesmo que fundamentou a sentença de improcedência do juízo da 15ª Vara Federal. O magistrado, portanto, teve a leitura do caso consoante interpretação subjetiva de estado de vulnerabilidade social, situação que, sem dúvidas, pode promover a insegurança jurídica.

Ante ao exposto, foi possível perceber que a adoção do critério subjetivo para aferição da vulnerabilidade social do requerente do BPC pode legitimar a injustiça social, quando deveria amparar aqueles que necessitam. Restou evidenciado, ademais, a insuficiência das análises dos mandados de verificação social a partir de aspectos meramente de renda, destituídos de compreensão dos riscos sociais que os requerentes estão inseridos. Neste sentido, alerta-se para o risco de os critérios extremamente rigorosos produzirem uma visão estigmatizante do que deve ser “miserabilidade”, dissonante do que é preceituado pela CF/88.

4. Ativismo judicial e judicialização da política: breves considerações acerca dos conceitos à luz da jurisdição constitucional

Para melhor compreensão da tendência atuante dos Tribunais pátrios no que concerne ao que se denominou de “ativismo judicial”, faz-se imprescindível estudá-lo à luz do conceito de “judicialização da política” (LIMA, 2014, p. 131). Além de serem expressões de conceitos distintos, destaca TASSINARI (2013, p. 26) que a diferenciação de ambas é indispensável para que o direito não seja reduzido a, tão somente, um produto das decisões judiciais.

Antes de tecermos quaisquer abordagens acerca de tais fenômenos crescentes na atividade jurisdicional, saliente-se que o contexto em que ambas as expressões estão inseridas é o mesmo: déficit de efetividade de direitos fundamentais¹³ e a crença dos sujeitos políticos de que o poder judiciário terá a solução para os problemas sociais (LEITE, 2017, p. 215). Alerta-se, no entanto, que a problemática do ativismo judicial, para alguns, já se tornou

¹³ LEITE (2017, p. 112), citando Neal Tate, leciona que a existência de direitos fundamentais formalmente reconhecidos, o que se denominou de “*politics of rights*”, é condição suficiente para a expansão do Poder Judiciário. Assim, a positivação destes culminaria no fortalecimento do papel das Cortes (em outras palavras, no ativismo judicial) como agentes ou atores políticos no contexto do sistema democrático. Não somente isso, mas, também, o autor elenca como “condições gerais facilitadoras do poder judicial” a democracia, a separação dos poderes, a inefetividade das instituições majoritárias, a utilização das Cortes por grupos sociais e pela oposição.

característica intrínseca à atuação do poder judiciário, de modo que este passou a ser considerado como instância necessária para o cumprimento do texto constitucional (TASSINARI, 2013, p.26). Nesta toada, LEITE (2017, p.215-216) escreve:

(...) o discurso prevalecente na teoria constitucional costuma reconhecer o poder judiciário como uma instituição contramajoritária especialmente responsável pela proteção dos direitos e liberdades individuais. Mais que isso, e por inúmeras razões que variam desde o distanciamento abissal entre a classe política e a sociedade civil, o déficit de efetividade de direitos fundamentais básicos, passando pelo maior acesso aos tribunais e a crença de que estes compensarão as disfunções dos poderes políticos, a construção do conteúdo do direito constitucional tem sido normalmente vinculada ao teor das decisões de tais Cortes. Ao final, temos um cenário representativo da juristocracia, que pode resvalar num indesejável esquema institucional baseado na supremacia judicial e que converte a jurisprudência em principal fonte do direito constitucional.

Há que se frisar, ademais, que tanto a judicialização da política, como o ativismo judicial encontram-se alicerçados numa jurisdição constitucional, a qual, de acordo com as lições de BARROSO (2013, p. 228), caracteriza-se pela possibilidade de, em um Estado Constitucional de Direito tal qual o brasileiro, os órgãos judiciais procederem à interpretação e aplicação da Constituição, seja diretamente, quando aplica-se a norma constitucional ao caso concreto, ou indiretamente, mediante o controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais e a utilização da interpretação conforme à Constituição¹⁴. À Corte Constitucional, por sua vez, nas lições de BARROSO, erigida no topo de tal sistema de jurisdição, incumbe a interpretação final e vinculante das normas constitucionais, papel desempenhado, no âmbito do poder judiciário brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal.

Pois bem. LEITE (2017, p. 10) destaca que a origem da jurisdição constitucional, tal qual vislumbramos hoje no Brasil, é norte-americana¹⁵, oriunda do primeiro caso de controle de constitucionalidade na esfera federal procedida pela Suprema Corte estadunidense no ano de 1803 a partir do *leading case Marbury vs Madison*. Tal caso tem suma significância para a consolidação da revisão judicial (*judicial review*) no âmbito federal, tendo em vista que fora o primeiro caso em que a Corte analisou um ato normativo de um Ministro de Estado em face da Constituição Federal.

Segundo ele,

¹⁴ LEITE (2017, p.112-113) assevera, neste sentido, que a jurisdição constitucional vigente no constitucionalismo pós 1988 é considerada “locus de proteção” dos direitos fundamentais, retomando a ideia de que a positivação destes elevaria as possibilidades de intervenção judicial em questões julgadas como moralmente controvertidas ou de acentuado caráter político.

O constitucionalismo estadunidense propiciou o surgimento de um sistema político republicano pautado na supremacia de uma constituição escrita e rígida, bem como na vinculação dos poderes estatais a essa constituição. Pode-se afirmar que um dos seus aspectos mais marcantes desde o início tem sido a competência do Poder Judiciário para fiscalizar os atos dos outros poderes, inclusive do próprio legislador democrático. A inserção da judicial review no rol das atribuições inerentes à função jurisdicional confere um inegável poder político às Cortes. Mais interessante ainda é notar que essa prerrogativa nunca esteve prevista textualmente na Constituição de 1787. Coube à Suprema Corte em 1803, então presidida pelo Chief Justice John Marshall, anunciar um modelo de jurisdição constitucional que, mais tarde, seria implementado em vários países no mundo.

Faz-se necessário ressaltar, no entanto, que o controle de constitucionalidade norte-americano pautado na supremacia da constituição já existia e era procedido pelas Cortes estaduais sobre as leis locais. LEITE (2017, p. 15), neste sentido, ressalta que a novidade estava no “alargamento do controle de constitucionalidade sobre as leis e decisões políticas do Congresso Nacional e o do Presidente”.

Frise-se, portanto, que àquela época, segundo LEITE (2017, p. 12) o qual explicita o Artigo 78 escrito pelo Federalista Alexander Hamilton apresentando as doutrinas iniciais a favor do controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, as Cortes desempenhariam a função de intermediadoras entre o povo e os seus representantes. Destaquemos:

O controle jurisdicional do legislador foi visto como necessário perante a supremacia da Constituição, evitando que os representantes transitórios da maioria da coletividade terminassem por confundir sua vontade com aquela consagrada primeiramente no texto constitucional. Por isso, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo Poder Judiciário não deveria ser interpretada como uma invasão no raio de atuação do Poder Legislativo ou do Executivo, mas como um mecanismo de contenção dos excessos da atividade política. Em outras palavras, os Tribunais serviram aos ideais do Estado de Direito na medida em que fiscalizavam eventuais abusos praticados pelos representantes do povo.

Conquanto compreenda-se a imprescindibilidade da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, alerta LEITE (2017, p. 10) que o avanço do comportamento atuante das Cortes é um fato preocupante, posto que, possivelmente, poderia implicar na fragilização do equilíbrio e da harmonia existente entre os poderes, consoante estabelecido no art. 2º da CF/88. A problemática da atuação judicial, portanto, neste contexto, revela-se controversa, haja vista que padece de diretrizes constitucionais e de amparo democrático (LIMA, 2014, p. 138).

4.1. Judicialização da política

Mediante uma análise inicial acerca do assunto, LIMA (2014, p. 132) conceitua a expressão judicialização da política como sendo o “fenômeno de transferência das decisões

políticas à arena judicial”. No mesmo sentido, BARROSO (2013, p. 229) entende que tal movimento significa que o Poder Judiciário tem sido instado a se manifestar, em caráter final, acerca de questões de grande relevância da perspectiva social, política ou moral, resultando em uma “transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.”

TASSINARI (2013, p. 28-32), por sua vez, explicita que a judicialização da política é a intensa interação entre Política, Direito e Judiciário. Tendo como cenário o constitucionalismo, a judicialização da política está intimamente ligada às transformações ocorridas no Direito após o advento do texto constitucional de 1988, quais sejam, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a legitimação de direitos fundamentais dos cidadãos. Quanto a este último, havemos de destacar que, embora o texto constitucional os reconheça e os assegure em ampla gama, a ineficiência do Estado em implementá-los desencadeia no aumento da litigiosidade e a busca da resposta judicial à tal problemática¹⁶, dando vazão, assim, à configuração da judicialização. Portanto, para ela, tal fenômeno não é originariamente decorrente de fatores intrínsecos ao Judiciário, mas sim produto de condições externas a ele, caracterizando-se como uma questão social.

Nesta toada, TASSINARI (2014, p. 32) sustenta:

É possível perceber, portanto, que a judicialização é muito mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um número maior de demandas, que, em maior ou menor medida, desaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada (como positiva ou negativa). Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido.

Ora, é inegável que a mudança do campo de discussão acerca da efetividade das políticas públicas para o Poder Judiciário resultou na expansão da sua atividade jurisdicional e, conseqüentemente, no fortalecimento das Cortes¹⁷. LIMA (2014, p.132-138) salienta que o fortalecimento da atividade jurisdicional teria se dado tendo em vista o enfraquecimento do

¹⁶ Neste sentido, LIMA (2014, p. 133) assevera que é mediante a judicialização da política que os direitos fundamentais previstos em nosso texto constitucional são demandados na via judicial, posto que carecem de efetivação.

¹⁷ Exatamente no que concerne a tal fortalecimento dos Tribunais em detrimento dos poderes Executivo e Legislativo, LEITE (2013, p. 20) destaca que “a desconfiança nas instâncias políticas majoritárias, a centralidade dos direitos fundamentais no sistema jurídico e o reconhecimento da força normativa das Constituições contemporâneas e de seus princípios impulsionaram uma atuação mais intensa por parte dos órgãos judiciais, afastando-se da ortodoxia do “legislador negativo”, o que tem dado ensejo a um intenso debate sobre o ativismo judicial e sua adequação ao regime democrático.”

Parlamento. Assim, a possibilidade de que o Judiciário decida questões ideológicas e partidárias moldadas por uma fundamentação jurídica técnica e “imparcial”¹⁸ tem se acentuado em detrimento da atuação do Poder Legislativo, o que soa, para esta, como preocupante. Vejamos, desta feita, o que esclarece (2014, p. 134):

A percepção de revisão judicial, dentre os juristas, colabora para a manutenção e fortalecimento deste processo de judicialização da política e das relações sociais. Nos Estados Unidos, por exemplo, a cultura de formação jurídica permite que praticamente todas as posições ideológicas ou partidárias mais ou menos defensáveis – dependentes, certamente, do preparo técnico e da competência dos juristas envolvidos. Esse processo de expansão da linguagem jurídica, chamado de “revolução de direitos”, é atribuído a diversas causas, desde as juridicamente aceitas – como as garantias constitucionais dos direitos individuais – mas, a outros fatores, como a conscientização jurídica da população e a independência e liderança dos juízes ativistas.

Ademais, leciona que o movimento de expansão judicial sobrepuja a discussão judicial de políticas públicas, dos direitos fundamentais ou “o redesenho judicial das fronteiras legais entre os órgãos estatais” (LIMA, 2014, p. 138). O fato é que, como também fora destacado por TASSINARI em linhas anteriores, os Tribunais tem sido responsáveis por pôr termo a algumas das mais importantes e polêmicas questões demandadas pela sociedade. Dessarte, para LIMA (2014, p. 144), com o avanço da judicialização da política, fora criado um senso de que é o Poder Judiciário o âmbito propício para a resolução das “grandes disputas políticas nacionais”.

Há que se frisar, neste ínterim, que o conceito de judicialização da política evidencia um “circuito institucional”¹⁹, tal qual desempenha um papel instrumental com vistas a explicitar as novas relações sociais construídas a partir das decisões dos Tribunais (LIMA, 2014, p. 144). Em outras palavras, tal ciclo resta evidenciado quando é demandado dos Tribunais soluções acerca de temas sobre os quais pairam tensões sociais em áreas de decisões políticas e é completado ao assumirem, quando da decisão, uma posição contrária à predominante nas instituições majoritárias, satisfazendo os interesses dos agentes políticos (em linhas outras, as partes processuais).

Assim, os agentes políticos, ao requererem do magistrado resposta ao desafio político por eles apresentado, estão a perquirir, na verdade, uma solução política de um órgão imparcial que, debruçado em análise particularizada do caso concreto, fundamenta-se em

¹⁸ Acerca disso, LIMA (2014, p. 145) afirma que para os estudiosos acerca da judicialização da política, o Poder Judiciário tem se fortalecido politicamente devido à crença em seus aspectos institucionais como, por exemplo, a imparcialidade e a atuação particularizada.

¹⁹ O ciclo institucional da judicialização da política, segundo LIMA, compõe-se da seguinte maneira: “juízes - tribunal – decisão” (2014, p. 170).

argumentos jurídicos que satisfaçam os seus interesses (LIMA, 2014, p. 145). Saliente-se, de igual modo, que este também é o entendimento de Glauco Salomão Leite (2017, p. 104) quando ressalta que os grupos e atores políticos, em sendo vencidos no processo decisório majoritário, veem no Poder Judiciário a possibilidade de, mediante a revisão da decisão, obterem o resultado desejado.

Oportunamente, analisemos excerto da obra *Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF* de Flávia Santiago Lima que descreve bem o intento dos agentes políticos na judicialização da política (2014, p. 145):

Entendo, portanto, que as condições de intervenção das cortes constitucionais nas questões políticas (judicialização) estão relacionadas com as possibilidades de resposta judicial (confirmação ou não de um ativismo judicial). Seguramente, a oportunidade de sucesso na via judicial constitui um incentivo para que os interessados ajuízem ações. Nisso, o ativismo judicial – amparado nas condições de judicialização da política – acaba por aprofundar esse processo. Todavia, são questões distintas e que merecem abordagens diferentes.

Como visto, é exatamente em tais respostas das Cortes que encontra lugar o ativismo judicial (LIMA, 2014, p. 145). LEITE (2017, p. 104), de igual modo, destaca que é nesse movimento de provocação do Poder Judiciário, instituição contramajoritária²⁰, que os Tribunais decidem, seja em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade em se tratando do STF, sobre questões políticas majoritárias, sendo elevada a possibilidade de intervenção em assuntos que são de atribuição de outros poderes decidir.

4.2. Ativismo judicial

Partindo do pressuposto que LIMA destaca, qual seja, de que o ativismo judicial refere-se às respostas judiciais dentro do contexto da judicialização da política, LEITE (2017, p.105), acertadamente, afirma que:

(...) se existem condições que viabilizam a judicialização da política, o mesmo pode ser dito em relação ao ativismo judicial. Práticas ativistas dependem da existência de determinados elementos institucionais, políticos ou culturais e, muitas vezes, são respostas a esses estímulos. Em outros termos, o ativismo judicial tende a se manifestar em um ambiente político-institucional favorável à expansão dos poderes decisórios das Cortes, especialmente quando tal expansão não põe em risco a sua própria independência institucional.

²⁰ LEITE (2017, p. 214-215) sustenta que o Poder Judiciário seria instituição contramajoritária, uma vez que estaria atuando na “fiscalização” dos atos de outros poderes, procedendo à invalidação e decidindo, consoante muitos críticos apregoam, de maneira excessiva e ilegítima. Nessa perspectiva, sustenta que tal movimento seria “inversamente proporcional” à democracia.

Assim, entende-se que a expressão “ativismo judicial” seria, *a priori*, utilizado para explicar o comportamento judicial, seja de juízes, Tribunais ou da Suprema Corte²¹ quando, instados a se manifestar acerca de temas políticos e ideológicos controvertidos, interpreta a norma de modo contramajoritário, intervindo em esferas que não seria da sua competência. Pode ser caracterizado, portanto, como uma expressão da “expansão dos poderes decisórios de uma Corte em detrimento do espaço de deliberação das instituições político-representativas” (LEITE, 2017, p. 216).

Segundo LEITE (2017, p. 36-37), a expressão fora utilizada pela primeira vez no ano de 1947 em um artigo publicado em uma revista norte-americana para evidenciar divisões ideológicas entre os membros da Suprema Corte estadunidense. Em tal artigo, foram enfatizados aspectos subjetivos dos juízes que personificavam o movimento de ativismo e autocontenção num contexto de ampla tomada de decisões liberalistas. No entanto, foi a partir do ano de 1953 que a Suprema Corte passou a, de fato, decidir questões constitucionais de alta carga política e moral, sendo a expressão largamente utilizada para criticar o Tribunal. Assim, no senso comum, a expressão é utilizada para questionar a atuação dos magistrados, de modo que entende-se, por tal movimento, que os juízes estariam julgando com base em suas preferências políticas e valores pessoais, o que deturparia o sistema democrático.

Ora, de fato, o movimento ativista dos Tribunais é alvo de muitas críticas doutrinárias e, comumente, tal expressão tem sido utilizada no sentido pejorativo. Isto porque, consoante LEITE (2017, p. 91) sustenta, é usual a compreensão de que práticas ativistas são consideradas contrárias à ordem constitucional, posto que representaria uma espécie de desnaturação da função jurisdicional. É, pois, comumente caracterizado como afronta à separação dos poderes e responsável pela fragilidade da legitimidade do processo democrático decisório (LEITE, 2017, p. 32).

Lênio Streck, por sua vez, severo crítico do ativismo judicial, entende que tal comportamento abre espaços para o subjetivismo do magistrado, uma vez que, segundo ele, é pressuposta uma discricionariedade do intérprete judicial que não existe, transformando a hermenêutica em um ato de vontade. Assim, LEITE (2017, p. 92) destaca que, para Streck:

Para o autor, esse fenômeno se relaciona com decisionismos e subjetivismos verificados no âmbito da interpretação jurídica, isto é, a substituição do direito produzido democraticamente por juízos particulares dos magistrados

²¹ LIMA (2014, p. 168), neste sentido, dispõe que o termo “ativismo judicial” pode ser direcionado a um determinado juiz, a um grupo de juízes ou a um Tribunal.

como razões para decidir os casos concretos. O autor denuncia, ainda, os excessos praticados em nome de um suposta aplicação de princípios, os quais, muitas vezes, sequer possuem normatividade, servindo apenas para encobrir as opções políticas e morais do juiz no momento da decisão.

No mesmo sentido que Lênio Streck, TASSINARI (2013, p. 57-59), ademais, conceitua o ativismo dentro da questão da vontade na Teoria Pura de Hans Kelsen. Ao explicar que o ativismo judicial é um tema do âmbito da teoria do direito, mais precisamente da teoria da interpretação, TASSINARI expõe que a análise da problemática apresentada depende da forma como se interpreta o Direito, sendo a “interpretação como ato de vontade”.

Em que pese as críticas, outra parte da doutrina defende a atuação ativista do Poder Judiciário quando, por exemplo, em se tratando da eficácia mínima dos direitos fundamentais. Em tal contexto, o ativismo judicial seria defensável com vistas torna-los aplicáveis enquanto direitos subjetivos. Neste sentido, BRANCO (2013, p. 397) afirma:

De seu turno, a prestigiosa doutrina da eficácia mínima dos direitos fundamentais anima também uma ação do Judiciário em setor de ação indevidamente relegado pelos poderes políticos. Essa doutrina confere sentido prático ao dogma do constitucionalismo atual de que não há na Constituição disposições despidas de eficácia jurídica, ao menos num grau mínimo – medida em que esses direitos, mesmo que, em princípio, dependentes de densificação por parte dos poderes políticos, podem ser exigidos em juízo, configurando, de imediato, direitos subjetivos.

Nesta toada, BRANCO (2013, p. 398) assevera que o ativismo judicial faz parte do papel dos Tribunais no contexto da Constituição que temos pós 1988. Assim, não há que se falar em usurpação de competência ou de que o magistrado estaria ultrapassando o limite da atuação jurisdicional quando a própria Constituição criou a solução para a problemática. Em outras palavras, se a nossa CF/88 assumiu valores políticos e morais como princípios jurídicos norteadores do sistema constitucional democrático e o Tribunal, adotando soluções que a própria ordem constitucional estabeleceu, prestigiá-los, não estar-se-ia falando de violação à separação de poderes, tampouco em “ativismo reprovável”. Analisemos trecho cirúrgico em que BRANCO, em seu artigo “*Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial*” (2014, p. 398) discorre acerca de tal fenômeno:

Como se vê, se é ativismo que o Judiciário interfira em alguma medida na execução de políticas públicas, se em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões supre omissões dos poderes políticos que ofendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes é levado a ir além da mera função do legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência de atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia representativa. Ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior status, àquela que elaborou a Constituição. O Tribunal exerce, assim, função que se

justifica no Estado democrático de Direito, ajustando-se ao modelo de distribuição de competências plasmado na Constituição. Não há, por essas razões, que rotulá-las, pejorativamente, de ativistas.

Outrossim, BARROSO (2013, p. 233) defende que o ativismo está intimamente ligado a uma maior e mais intensa participação do Poder Judiciário na concretização de valores e finalidades constitucionais, implicando, em virtude disso, maior interferência do espaço de atuação do Executivo e Legislativo. Segundo ele, em muitas situações vislumbram-se espaços vazios sem, sequer, confronto entre estes.

A despeito das críticas ou argumentos que defendem o comportamento ativista do Judiciário, o fato é que o ativismo judicial não se limita ao controle abstrato de constitucionalidade das leis. LEITE (2017, p. 94) bem explica que tal fenômeno tido como “disfunção da atividade jurisdicional” pode atingir qualquer setor da atividade judicial. Portanto, seja no controle concentrado ou difuso procedido pelo STF, magistrados singulares ou pelos Tribunais, existe a possibilidade de excesso judicial e podendo restar caracterizado o ativismo judicial.

Há que se alertar, por fim, que, de acordo com LEITE (2017, p. 137-138), não há que se falar, na perspectiva do ativismo judicial, em decisão acertada ou desacertada, mas sim se a decisão é ou não produto do ativismo do Judiciário. De igual modo, consoante sustentado por BRANCO em linhas anteriores, LEITE assevera que uma decisão, à primeira vista, considerada ativista não pode ser, de logo, caracterizada como tal. Isto porque o próprio Constituinte quando estabeleceu o texto constitucional pode ter estimulado ou dado vazão ao comportamento ativista nos termos outrora explicitados. No capítulo seguinte, portanto, analisaremos se a atuação jurisdicional do STF na Reclamação de nº 4.374 e da TNU no PEDILEF nº 5009459-52.2011.4.04.7001 podem ser caracterizadas produto do ativismo judicial no que concerne à flexibilização do critério socioeconômico para fins de concessão do BPC.

5. STF, TNU e flexibilização do critério socioeconômico do art. 20, §3 da LOAS: expressão de ativismo judicial?

Depreende-se da leitura do capítulo anterior que a expressão “ativismo judicial” encontra lugar nas respostas das Cortes, uma vez que, quando provocadas a se manifestarem acerca de questões ideológicas, políticas ou morais, decidem de maneira contramajoritária, ocupando os espaços de competência do Executivo e Legislativo.

À vista disso, oportunamente neste capítulo, analisaremos se na atuação jurisdicional do STF e TNU, quando do julgamento dos precedentes que flexibilizaram o critério socioeconômico para concessão do BPC e que, conseqüentemente, são tomados como fundamento para as decisões das Turmas Recursais e Varas Federais, restam caracterizados os elementos estudados no capítulo 3 com vistas a evidenciar o comportamento ativista destes.

5.1. Jurisprudência consolidada na Reclamação nº 4.374 e PEDILEF nº 5009459-52.2011.4.04.7001: uma análise dos precedentes à luz da doutrina no ativismo judicial

Ab initio, reforçemos a ideia defendida por LEITE (2017, p. 112-113) de que o ativismo judicial tem lugar em nossa jurisdição constitucional haja vista a positivação dos direitos fundamentais na CF/88, fato este que considera, consoante estudo realizado por Neal Tate, “condição bastante relevante para a expansão judicial”. Não se pode negar, portanto, de acordo com tal entendimento, que, como resultado, temos uma Corte Suprema que tem sido provocada em última instância a proferir decisões de cunho político majoritário, sendo utilizada, assim, como âmbito de reivindicações de direitos a despeito dos poderes Legislativo e Executivo.

Este é, pois, o panorama de fundo da atuação do STF, enquanto Tribunal Constitucional, e da TNU, órgão responsável pela uniformização de entendimento no âmbito dos Juizados Especiais Federais, no que concerne a consolidação jurisprudencial da flexibilização do critério renda para a concessão do BPC.

Na Reclamação nº 4.374/PE, o STF, em 2013, fora instado a se manifestar, mais uma vez, após a declaração de constitucionalidade do art. 20, §3º da LOAS na ADI 1.232²², acerca da constitucionalidade do mesmo dispositivo, o qual define, objetivamente, o critério da renda com vistas a concessão do BPC. No julgamento, consoante outrora salientado no capítulo 1, o Relator Min. Gilmar Mendes compreendeu que o critério objetivo de renda per capita familiar inferior a ¼ do salário mínimo estabelecido em lei para aferir a condição de vulnerabilidade social não mais refletia a realidade social que estava sendo apresentada nos inúmeros casos ao Poder Judiciário. Assim, o Excelso compreendeu pela superação da tese consagrada no

²² Pode-se afirmar que no julgamento da ADI 1.232 em 1998, o STF, ao declarar a constitucionalidade do art. 20, §3º da LOAS por entender ser de competência do Legislativo criar novo requisito de aferição de vulnerabilidade social para concessão do BPC, adotou uma postura de autocontenção, pois compreendeu que só cabia ao legislador criar outros critérios legais, e não ao Judiciário. (Reclamação 4.374/PE. Rel. Ministro Gilmar Mendes. ACÓRDÃO ELETRÔNICO. P.24. Data de julgamento: 18/04/2013)

juízo da ADI com base em dois argumentos de extrema relevância para o estudo do seu comportamento ativista: “a) a possível omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V, da Constituição; b) o processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93” (Reclamação 4.373/PE. Rel. Ministro Gilmar Mendes. ACÓRDÃO ELETRÔNICO. P.24. Data de julgamento: 18/04/2013).

Começamos a análise pelo argumento de omissão inconstitucional parcial.

Ora, no que concerne à omissão inconstitucional parcial do art. 20, §3º da LOAS para efetivação do direito à assistência social previsto no art. 203, V da CF/88, qual seja, o direito a um salário mínimo mensal àqueles deficientes ou idosos em situação de vulnerabilidade social, pode-se afirmar que reforça a ideia de que a inefetividade dos direitos fundamentais, consoante as lições expostas no capítulo 3, é fator propiciador da judicialização do BPC ao STF por meio da Reclamação 4.374/PE e, conseqüentemente, do seu ativismo na decisão proferida. Assim, é forçoso concluir que é exatamente a noção de inefetividade dos direitos fundamentais no âmbito do Legislativo que fortalece a ideia de que o Judiciário é o caminho para que tais direitos sejam assegurados²³, até porque, como já fora visto, a própria ordem constitucional tivera estabelecido mecanismos hábeis a refutar a omissão e a inércia do legislador mediante, por exemplo, o mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (LEITE, 2014, p.18).

Neste sentido, analisemos trecho do acórdão em que o Min. Gilmar Mendes justifica o comportamento ativista do STF ante ao que ele chama de um “estado de proteção insuficiente do direito fundamental”:

A violação, pelo legislador, dessa proibição de proteção insuficiente decorrente do direito fundamental gera um estado de omissão inconstitucional submetido ao controle do Supremo Tribunal Federal. Isso ocorre não exatamente em razão da ausência de legislação, ou tendo em vista

²³ Saliente-se, nesta toada, que a inefetividade do Congresso Nacional, conforme as lições de LEITE (2017, p. 116), no que concerne à tomada de decisões políticas as quais, disfuncionalmente, estão sendo procedidas pelo Judiciário se dá em virtude de 3 fatores, quais sejam: desconfiança na condução dos processos eleitorais, a descrença de que o Legislativo atue em prol da vontade geral e a inércia dos representantes eleitos. Desta feita, leciona que: “Quando as instituições políticas majoritárias se mostram incapazes de responder satisfatoriamente às demandas sociais, há uma maior propensão para buscar apoio no Poder Judiciário. O indesejado descolamento entre as instituições representativas e a sociedade, além de diminuir a já abalada confiança na política, pode resultar no fortalecimento das Cortes.”

eventual mora do legislador em regulamentar determinada norma constitucional, mas quando o legislador atua de forma insuficiente, isto é, edita uma lei que cumpre apenas de forma parcial o comando constitucional. Tendo em vista o direito fundamental ao benefício assistencial previsto no inciso V do art. 203 da Constituição, parece sensato considerar a omissão legislativa parcial no tocante ao § 3º do art. 20 da LOAS.

(...)

Em tema de omissão inconstitucional, o Tribunal já vem adotando, inclusive, típicas sentenças de perfil aditivo, tal como ocorreu no conhecido caso do direito de greve dos servidores públicos.

(...)

Portanto, o Supremo Tribunal Federal já dispõe de um arsenal diversificado de técnicas de decisão para enfrentar os problemas de omissão inconstitucional. Hoje, a ADI 1.232 poderia ter sido decidida de forma completamente diferente, sem a necessidade da adoção de posturas de autocontenção por parte da Corte, como ocorreu naquele caso. (Reclamação 4.373/PE. Rel. Ministro Gilmar Mendes. ACÓRDÃO ELETRÔNICO. P.24. Data de julgamento: 18/04/2013).

A despeito da nossa jurisdição constitucional positivar tantos direitos fundamentais e mecanismos judiciais para sua efetivação, este fato não pode ser utilizado como argumento em defesa da atividade desbordante das competências da Corte. Isto porque o ativismo do STF na resposta judicial concedida à problemática do BPC esbarra em uma questão deveras sensível: a separação de poderes.

Sabe-se que o Constituinte Originário estabeleceu como poderes independentes e harmônicos entre si o Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais atuariam, nos moldes do desenvolvido por Montesquieu, em um sistema de “freios e contrapesos”, cada qual com suas atribuições típicas e atípicas (SILVA, 2013, p.112-113) . À vista disso, consoante destaca LIMA (2014, p. 187-189), não se pode negar que é da atribuição do Poder Judiciário a invalidação dos atos dos demais poderes que sejam contrários à Constituição, incumbência realizada mediante o controle de constitucionalidade, conforme vislumbramos na Reclamação 4.374/PE.

Contudo, a problemática se evidencia quando as Cortes adentram na esfera de competência dos outros poderes, “substituindo sua atuação quanto a determinados temas, ou suprimindo omissões no cumprimento dos deveres constitucionais” (LIMA, 2014, p. 189). Tal fato, portanto, fica clarividente no acórdão da reclamação supracitada.

Ao analisar o acórdão é possível perceber que o STF criou “solução” que não estava estabelecida na legislação pertinente à política de assistência social, isto é, assumiu posicionamento *contra legem*. Sob o argumento de que o legislador atuou de forma insuficiente ao editar lei que cumpre parcialmente o comando constitucional previsto no art. 203, V da CF/88, consoante demonstrado anteriormente no excerto do julgado, o Supremo

adentrou em área de competência do Legislativo ao flexibilizar o critério econômico objetivo de concessão do BPC, bem como trouxe consequências consideráveis ao Executivo, direcionando a política de assistência social à estrutura legal distinta da qual fora estabelecida (PONTES, 2015, p. 52).

Consoante explanado quando da ADI 1.232 pelo Min. Nelson Jobim, não cabe ao STF criar outros mecanismos de comprovação do estado de vulnerabilidade social e econômica quando se compreendeu como adequado ao legislador estabelecer da forma como foi disposta no texto legal. Não cabe ao magistrado, portanto, na análise do caso concreto, definir se há vulnerabilidade social ou não a despeito do critério objetivo legal, posto que ocasionaria insegurança jurídica no que concerne ao que viria a ser o padrão de vulnerabilidade social e econômica, na prática, erigido por estes como definidor da concessão do BPC, bem como indefinição da política pública de assistência social àqueles que necessitam (BICCA, 2011, p. 151).

Analisemos, neste ínterim, trecho do voto do Min. Nelson Jobim na ADI 1.232 que revela a ingerência do Judiciário ante à flexibilização do critério renda:

(...) compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. o gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto, não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição. (ADI nº.1.232, Relator: Min. Ilmar Galvão; Relator p/ acórdão: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001)

A atuação do STF na Reclamação, por conseguinte, demonstra o que LIMA (2014, p. 188) discorre como sendo “ativismo remedial”, uma vez que, investido na função judicial, impôs ao Poder Executivo uma obrigação afirmativa a ser desempenhada, qual seja a concessão do BPC mediante a aferição da vulnerabilidade social por outro parâmetro que não seja o legal. Além disto, com vistas ao cumprimento de tal determinação, o mantém sob a sua supervisão judicial, uma vez que, se assim não fizer, a demanda poderá ser judicializada e a concessão judicial será medida a ser imposta pelos magistrados com base nos precedentes da Corte.

Neste sentido, esta ainda discorre (LIMA, 2014, p. 189):

Assim, haveria ativismo quando o tribunal utiliza prerrogativas típicas dos ramos legislativo e executivo, como a tomada de decisões políticas e determinação de garantias para a sua efetivação, no processo de interpretação da lei à luz da constituição.

Ter-se-ia, aqui, duas manifestações de ativismo, combinadas. Na primeira versão, o judiciário, nas liberdades civis (processo penal e prisão, reforma da saúde mental e outros) propõe um remédio que é ativamente administrado pelos tribunais. Na segunda, os magistrados se aproximam da função

legislativa, ao reinterpretarem a norma para promover uma alteração substancial da intenção do Congresso, como teria ocorrido nos casos de ação afirmativa e direitos de voto.

Outrossim, não é raro ver na doutrina o argumento de que o ativismo judicial é um “impulso natural” de um maior protagonismo da Corte, como, por exemplo, defende BARROSO (2013, p. 259). LEITE (2017, p. 242-243) adverte que, muitas vezes, tal entendimento parte da compreensão de que ao STF, em virtude do previsto no art. 102 da CF/88, incumbe a guarda da Constituição, isto é, a função de interpretação constitucional quando lhe for exigida, em última instância, a hermenêutica necessária para assegurar os princípios e regras nela insculpidas. No entanto, há que se ficar claro que essa compreensão padece de desacerto, pois todos os poderes constitucionalmente instituídos devem interpretar a Constituição, uma vez que, nas palavras de LEITE, todos possuem a “responsabilidade político institucional de justificar suas decisões com base em regras e princípios constitucionais”.

É exatamente a partir desta interpretação incorreta do dispositivo constitucional supramencionado que o STF tem sido sustentado em uma espécie de “pedestal”, de modo que parece-nos que somente a Corte é responsável por tal papel (LEITE, 2017, p. 243). Legitima-se, portanto, o desvirtuamento da função jurisdicional em prejuízo da função legislativa (LIMA, 2014, p. 266), tal qual vemos na Reclamação nº 4.374.

De fato, há que se sopesar que a flexibilização do critério legal de renda abranda, de certa forma, o rigor normativo nos casos em que, conquanto haja situação de evidente vulnerabilidade social, o BPC é indeferido administrativamente ou julgado improcedente em virtude da renda per capita ser infimamente superior ao limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. No entanto, o inverso também é problemático: a despeito de o requerente satisfazer o requisito econômico de renda estabelecido pela LOAS, o juiz, com base naquilo que julga ser caracterizador de “miserabilidade”, nega a concessão do benefício. Percebe-se, portanto, que a flexibilização do requisito legal produto do ativismo judicial pode ser utilizada tanto em benefício do requerente, quanto em prejuízo deste, ocasionando, sem dúvida, insegurança jurídica.

Foi igualmente neste sentido, destaque-se, a decisão da TNU, no âmbito dos JEFs, que consolidou no PEDILEF nº 5009459-52.2011.4.04.7001 tal tese. Ponderemos, a seguir, o trecho do acórdão:

14. De um lado, temos assistido a consagração do entendimento de que o requisito econômico é apenas um parâmetro, dentre outros, a fim de verificar a situação do cidadão que pleiteia o benefício assistencial. Dessa forma, torna-se fundamental perquirir a real situação de miserabilidade, a ser aferida

em cada caso, de acordo com o conjunto probatório. Se o objetivo fundamental perseguido na prestação jurisdicional é a concretização da justiça no caso concreto, situação que inclusive tem permitido ao magistrado superar as limitações legais para conceder prestações previdenciárias e de assistência social, revela-se contraditório a aceitação de quaisquer presunções, a favor ou contra os cidadãos, como de caráter absoluto. Por isso, 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.

(...)

16. Assim, sendo a miserabilidade no seu contexto global, o elemento relevante para a concessão do benefício, a renda gera em favor dos cidadãos uma presunção do atendimento do requisito legal, mas que pode ser afastada quando o conjunto probatório, examinado globalmente, demonstra que existe renda não declarada, ou que o requerente do benefício tem as suas necessidades amparadas adequadamente pela sua família. Em suma, entendo que a presunção absoluta não é compatível com a exigência de avaliação de todo o contexto probatório. ((PEDILEF nº5009459-52.2011.4.04.7001. Relator: Juiz Federal Daniel Machado Rocha. Data de julgamento: 14/04/2016).

Consideremos, à vista disso, que a partir do entendimento supramencionado, a relativização do critério legal fruto do ativismo deixa à discricionariedade ou à subjetividade do juiz, quando da análise do caso concreto, o preenchimento ou não do critério vulnerabilidade social e econômica para concessão do BPC.

Acerca da discricionariedade do julgador no ato de decidir, Lênio Streck (2013, p. 94-95) afirma que há o risco de que o juiz venha a julgar conforme a sua consciência, como se legisladores fossem, e depois fundamente a sua decisão em elementos que lhe pareçam razoáveis para justificar a sua “*ratio decidendi*”. Atentemos:

Na verdade, o “drama” da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juizes em legisladores. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (intérprete lato senso). Consequências disso? Inúmeras.

Corroborando o quão prejudicial é o desenvolvimento do subjetivismo no ato de decidir demonstrado acima na ideia desenvolvida por Lênio Streck, faz-se imprescindível trazer à baila, devidamente, as lições de LEITE (2017, p. 195):

Por vezes nota-se o recurso a uma miscelânea de postulados e regras hermenêuticas que podem refletir uma simples preferência subjetiva do intérprete judicial, que optou por combinar critérios distintos, muitas vezes incompatíveis entre si, buscando ocultar suas valorações individuais. Em outros termos, parece inadequado que o magistrado, em nome de uma suposta liberdade diante da vagueza dos direitos e garantias, primeiro escolha a maneira como pretende resolver o caso e depois busque apoio nos mais variados critérios interpretativos para acomodar as opções feitas desde o

começo. Com isso, aumenta-se a insegurança jurídica, porque o direito positivo, expresso no documento constitucional e nas leis, passa a depender muito mais de quem o aplica. Os textos normativos não passariam de palavras vazias a serem preenchidas por juízes a partir de suas inclinações ideológicas. Ter-se-ia puro subjetivismo judicial, que consideramos uma forma arbitrária de exercício da função jurisdicional.

Não bastassem todos os elementos anteriormente expostos, o comportamento ativista do STF, ademais, mostra-se mais uma vez presente no argumento acerca da inconstitucionalidade superveniente do art. 20, §3º da LOAS.

O Supremo, quando da análise acerca da constitucionalidade do critério econômico estabelecido pela LOAS, compreendeu que o dispositivo tivera passado por um processo de inconstitucionalização superveniente, uma vez que compreendeu que o cenário fático de conformação da lei à realidade social existente entre 1998 e 2013, período entre o julgamento da ADI e da Reclamação, fora modificado. Segundo a Corte, os padrões de necessidade do auxílio se elevaram com as conseqüentes mudanças política, socioeconômica e jurídica da sociedade brasileira, o que requeria um novo parâmetro de aferição da vulnerabilidade social. Vejamos:

(...) constitui um fato revelador de que o próprio legislador vem reinterpretando o art. 203 da Constituição da República segundo parâmetros econômico-sociais distintos daqueles que serviram de base para a edição da LOAS no início da década de 1990. Esses são fatores que razoavelmente indicam que, ao longo dos vários anos desde a sua promulgação, o § 3º do art. 20 da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização.

(...)

Trata-se de uma inconstitucionalidade que é resultado de um 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). (Reclamação 4.373/PE. Rel. Ministro Gilmar Mendes. ACÓRDÃO ELETRÔNICO. P.24. Data de julgamento: 18/04/2013).

O STF, desta feita, decidiu que a norma revelava-se defasada e insuficiente para “para aferir a miserabilidade das famílias que, de acordo com o art. 203, V, da Constituição, possuem o direito ao benefício assistencial”. (Reclamação 4.373/PE. Rel. Ministro Gilmar Mendes. ACÓRDÃO ELETRÔNICO. P.24. Data de julgamento: 18/04/2013). Como solução ativista, a Suprema Corte entendeu que as legislações referentes à seguridade social fazem parte de um todo sistemático, “consistente e coerente” e, por isso, poderia ser aplicado o critério de renda definido pelos programas de assistência social posteriores à edição da LOAS

como, por exemplo, o adotado para fins de concessão do Bolsa Família, renda per capita inferior a ½ do salário mínimo.²⁴

Percebe-se aqui que a Corte adentrou, novamente, na competência do Legislativo, visto que, apesar das leis citadas pelo Supremo como base para tal decisão regulamentarem programas de assistência social, cada uma delas tem sua *ratio legis* e, conseqüentemente, são direcionadas a beneficiários distintos (BICCA, 2011, p. 153). Ainda que se argumente que a Corte tenha agido de maneira supletiva com vistas a ocupar, mediante tal decisão, o espaço vazio deixado pelo legislador quanto à caracterização da vulnerabilidade social e que, frise-se mais uma vez, cabe a ele o papel de preenchê-lo, inequívoco é o fato de que ela estendeu um regramento legal previsto pelo legislador para uma situação específica a outra situação jurídica sensivelmente diferente (LEITE, 2014, p. 18).

Neste sentido, vejamos trecho cirúrgico em que BICCA (2014, p. 154) demonstra as discrepâncias existentes nas especificidades de cada benefício:

Os titulares dos benefícios concedidos em outros programas assistenciais, entre eles o Programa Bolsa Família, são diversos daqueles beneficiários do BPC e as suas necessidades não são tão acentuadas quanto às do idoso e do deficiente, tendo o legislador, nesses casos, cuja carência é mais branda, o objetivo de abarcar um número maior de beneficiários, o que é mais viável do ponto de vista orçamentário por que o valor do benefício pago é bem menor, motivo pelo qual a respectiva lei adota critérios mais elásticos.

Há que se atentar para o fato de que essas questões são levadas em conta pelo legislador quando da conformação das políticas públicas, sendo que o Poder Judiciário, com suas decisões voltadas basicamente a proteger o direito nos casos individuais que lhe são submetidos, acaba por subverter a política pública em si, com o comprometimento dos seus objetivos.

Ante a tudo o que fora exposto, não se pode negar o comportamento ativista do STF e da TNU nos precedentes estudados. A desconformidade dos julgados ao tênue limite existente entre a atuação dos poderes constitucionalmente instituídos é evidente. Considerar o alargamento ou expansão da atividade jurisdicional como uma forma de fortalecer o papel do Judiciário que, muitas vezes usa de tal argumento para decidir com base em concepções

²⁴ Neste sentir, trecho do acórdão: “Nesse contexto de significativas mudanças econômico-sociais, as legislações em matéria de benefícios previdenciários e assistenciais trouxeram critérios econômicos mais generosos, aumentando para ½ do salário mínimo o *valor padrão* da renda familiar *per capita*. (...) Em todo caso, o legislador deve tratar a matéria de forma sistemática. Isso significa dizer que todos os benefícios da seguridade social (assistenciais e previdenciários) devem compor um sistema consistente e coerente. Com isso, podem-se evitar incongruências na concessão de benefícios, cuja consequência mais óbvia é o tratamento anti-isonômico entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de assistência social.” (Reclamação 4.373/PE. Rel. Ministro Gilmar Mendes. ACÓRDÃO ELETRÔNICO. P.24. Data de julgamento: 18/04/2013).

particularistas, consoante expõe LEITE (2017, p. 196), é legitimizar a ilegitimidade deste em detrimento do papel do Legislativo e Executivo, conforme visto ao longo do capítulo.

Não se sustenta aqui, no entanto, que o Judiciário deve se submeter a legislações que não tenham compromisso com cumprir princípios e regras constitucionais erigidos, mas sim, nas lições de Lênio Streck (2013, p. 112)

Combater a discricionariedade, o ativismo, o positivismo fático etc. – que, como se sabe, são algumas das várias faces do subjetivismo – quer dizer com *o compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente construída* no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético morais da sociedade.

6. Conclusão

Ante a toda discussão acerca da flexibilização do critério socioeconômico previsto no art. 20, §3º da LOAS sob o enfoque da judicialização da política e do ativismo judicial dos Tribunais pátrios, fora possível perceber a problemática existente entre a dificuldade de concretização dos direitos fundamentais estabelecidos pela CF/88 e o limite da atuação jurisdicional.

No presente trabalho, para análise do fenômeno do ativismo, partimos da noção de que a inefetividade de concretização dos direitos fundamentais no âmbito do Legislativo e do Executivo é fator que fortalece a ideia do Judiciário como a via para que tais direitos sejam assegurados, o que não tem sido diferente com o BPC. Noutra banda, não se pode utilizar tal argumento com vistas a justificar o “protagonismo judicial” da Corte e legitimar o desbordamento da competência do Poder Judiciário em detrimento dos demais poderes.

Esse fora o contexto de propiciação da Reclamação de nº 4.374/PE, a qual consideramos pelas razões outrora expostas que é, indubitavelmente, produto do ativismo judicial existente nas decisões do STF. No julgamento da Reclamação, a Suprema Corte tomou para si incumbência inerente à atividade do legislador. Entendendo pela inconstitucionalidade do critério legal objetivo para fins de aferição da situação de vulnerabilidade socioeconômica para concessão do BPC, a Corte adentrou nas esferas de competência do Legislativo, ao afastar a aplicabilidade do art. 20, §3º da LOAS e adotar parâmetro distinto deste último, o qual fora democraticamente estabelecido pelo legislador para identificação da hipossuficiência, bem como do Executivo, ao redirecionar os termos da política de assistência social concernente ao BPC.

Ademais, fora possível perceber que, foi a partir de tal decisionismo ativista do STF que, no âmbito dos JEFs, no PEDILEF nº 5009459-52.2011.4.04.7001, fora consolidado o

mesmo entendimento: cabe ao juiz, na análise do caso concreto, verificar, para além do preenchimento do critério legal, a real existência da condição de hipossuficiência. Evidenciaram-se, portanto, as consequências nas decisões analisadas: o subjetivismo imperou, a discricionariedade fora legitimada e a restrição de direitos restou demonstrada nas decisões de improcedência. Assim, o “*decido de acordo com a minha consciência de julgador e o meu entendimento pessoal*”, como sustenta Lênio Streck (2013, p. 25), mostrou-se fato notório.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Et. Al. **As novas faces do ativismo judicial**. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Salvador: Juspodium, 2013.
- BICCA, Carolina Scherer. **O “ativismo judicial” no controle das políticas públicas: o caso da assistência social no Brasil**. Dissertação de mestrado em Direito na Universidade de Brasília, 2011.
- BITTENCOURT, André Luiz Moro. **Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência**. 2ª Ed. Curitiba: Alteridade editora, 2018.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Et. Al. **As novas faces do ativismo judicial. Em busca de um conceito fugidio: o ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2013.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de set. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 8.742**, de 7 de dezembro de 1993. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília/ DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em 14 de set. 2019.
- BRASIL. **Decreto legislativo nº 186**, de 9 de julho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em 14 de set. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.232/DF**. Reclamante: Instituto Nacional do Seguro Social. Reclamado: Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Estado de Pernambuco. Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 18 de abril de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385450>. Acesso em 14 de set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação constitucional nº 4.374/PE**. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 27 de agosto de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>. Acesso em 14 de set. 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal 5009459-52.2011.4.04.7001**. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social. Requerido: Hilda Garcia Pimentel. Relator: Juiz Federal Daniel Machado da Rocha. Brasília, 14 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/publico/pdfs/50004939220144047002.pdf>. Acesso em 14 de set. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e constitucionalismo democrático: do ativismo judicial ao diálogo constitucional**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

LEITE, Glauco Salomão. **Inércia legislativa e ativismo judicial: a dinâmica da separação dos poderes na ordem constitucional brasileira**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=863a76ba2c63cb56>. Acesso em: 14 de out. 2019.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: juruá, 2014.

PONTES, Rodolfo de Paiva Araújo. **O benefício de prestação continuada da LOAS na jurisprudência do STF: um debate entre o excesso de juridicidade e a decisão sentimental**. Dissertação de pós graduação em Direito na Universidade estadual da Paraíba, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37ª Ed. São Paulo Malheiros editora, 2014.

SOUZA, Patrícia Alpes de. **Benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência: observações de decisões nos juizados especiais federais em Recife a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann**. Dissertação de mestrado em Direito na Universidade Federal de Pernambuco, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 4ª Ed. Porto Alegre: livraria do advogado, 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário.** Porto Alegre: livraria do advogado, 2013.