

A equidade como instrumento de garantia da proteção assistencial do idoso nos Juizados Especiais Federais¹

*Kaira Cristina da Silva**

Resumo

A presente pesquisa tem como objeto abordar a proteção assistencial do idoso nos Juizados Especiais Federais, com o objetivo de destacar a importância da equidade nas decisões jurisdicionais que versam sobre o direito do idoso ao benefício assistencial. O Estado tem como objetivo proporcionar o bem-estar e a justiça social, para tanto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece direitos sociais fundamentais destinados a promover a proteção social, entre eles a seguridade social, especificamente os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. São direitos sociais que proporcionam condições dignas de vida bem como visam concretizar os objetivos fundamentais do Estado, portanto, são classificados como direitos de segunda dimensão. Dentre tais direitos, destaca-se o direito do idoso ao benefício assistencial. Os Juizados Especiais Federais são órgãos da Justiça Federal que dispõem de instrumentos específicos para a tutela do benefício assistencial ao idoso, em especial a aplicação do princípio da equidade nas decisões jurisdicionais. O idoso vulnerável necessita de uma postura ativa do Poder Judiciário, pois esse, como guardião dos direitos fundamentais, é considerado importante instrumento de acesso ao controle de políticas públicas que visam dar concretude aos objetivos de uma sociedade baseada em ideais de cidadania inclusiva e democracia participativa.

Palavras-chave: Benefício assistencial. Idoso vulnerável. Equidade.

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i1.5907>

Recebido: 02/02/2016 | Aprovado: 29/03/2016

¹ Artigo resultante de projeto de pesquisa do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica, com resumo publicado no livro de resumos do XII Seminário de Iniciação Científica da Universidade do Vale do Itajaí.

* Mestranda em Ciência Jurídica do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Bolsista Prosup Capes. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Univali, em convênio com a Associação Catarinense do Ministério Público. Graduada em Direito pela Univali. E-mail: kairasilva@outlook.com

Introdução

O aumento do número de idosos brasileiros é a origem da preocupação com os direitos sociais fundamentais dessa faixa etária no Brasil.² Esse fato ocorre não somente pela falta de legislação adequada para sanar as dificuldades enfrentadas pelos idosos nessa fase especial de suas vidas, mas também pela ausência de controle das políticas públicas dirigidas aos idosos e pela deficiência de instrumentos de garantia de seus direitos sociais fundamentais perante o Estado.

O grande número de idosos em situação de vulnerabilidade³ exige a construção de uma justiça aperfeiçoada. Portanto, verifica-se a urgência de o Estado cumprir com sua obrigação, de proporcionar um mínimo existencial às pessoas idosas, promovendo a aplicação efetiva de instrumentos que garantam seus direitos sociais fundamentais, em especial o direito ao benefício assistencial.⁴ Sendo assim, questiona-se: a equidade pode ser considerada um instrumento de garantia da proteção assistencial do idoso no âmbito dos Juizados Especiais Federais?

O presente artigo científico tem como objeto abordar a proteção assistencial do idoso nos Juizados Especiais Federais. Seu objetivo principal é destacar a importância da aplicação do princípio da equidade nas decisões jurisdicionais que tratam sobre a concessão do benefício assistencial. Analisa-se a equidade como um instrumento de garantia aos idosos que pleiteiam o benefício assistencial.

² “Número de idosos dobrou nos últimos 20 anos no Brasil, aponta IBGE. A tendência de envelhecimento da população brasileira cristalizou-se mais uma vez na nova pesquisa do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Os idosos – pessoas com mais de 60 anos – somam 23,5 milhões dos brasileiros, mais que o dobro do registrado em 1991, quando a faixa etária contabilizava 10,7 milhões de pessoas. Na comparação entre 2009 (última pesquisa divulgada) e 2011, o grupo aumentou 7,6%, ou seja, mais 1,8 milhão de pessoas. Há dois anos, eram 21,7 milhões de pessoas”. BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. Dados sobre o envelhecimento no Brasil. Brasília: SDH, [201-], p. 2. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/DadosobreoenvelhecimentoNoBrasil.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

³ Para esta pesquisa, as expressões “idoso vulnerável” e “idoso em estado/situação de vulnerabilidade” referem-se aos idosos que necessitam do benefício assistencial, que não têm meios de prover sua subsistência ou de tê-la provida por sua família.

⁴ Segundo dados do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, na cidade de Itajaí, Santa Catarina, em abril de 2013, 844 idosos encontravam-se em situação de miserabilidade, recebendo o benefício de prestação continuada da assistência social. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Relatórios de Informações Sociais. 2015. Disponível em: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIv3/geral/index.php>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

O primeiro item descreve de forma pontual o direito do idoso ao benefício assistencial, explicando sua origem por meio da seguridade social, composta pela assistência social, que assegura o benefício de prestação continuada aos idosos, como também aborda conceito, competência para operacionalizar, requisitos e formas de extinção desse amparo social.

O segundo item aponta as situações não contempladas expressamente pela legislação brasileira que ensejam a concessão do benefício assistencial ao idoso, especificamente o requisito de renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo e o determinado pelo parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso. Situações que têm provocado uma postura ativa do Poder Judiciário, em especial dos Juizados Especiais Federais, a quem é atribuída competência para processar e julgar causas dessa natureza.

O terceiro item versa sobre a importância da aplicação do princípio da equidade nas decisões jurisdicionais em que é postulado o benefício assistencial ao idoso. Trata-se a equidade como um instrumento de garantia da proteção assistencial do idoso, tendo em vista as lacunas deixadas pela lei quanto às diversas demandas apresentadas ao Poder Judiciário sobre o tema.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que, na fase de investigação, foi utilizado o método indutivo e, na fase de tratamento de dados, o método cartesiano; já o relatório dos resultados foi composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da pesquisa, serão utilizadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Direito do idoso ao benefício assistencial

O direito do idoso ao benefício assistencial consiste-se em um direito fundamental social assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que deve ser garantido e efetivado pelos poderes públicos, sendo inadmissível qualquer forma de restrição, tendo em vista que dele decorre do próprio direito à vida e à dignidade humana da pessoa idosa que esteja em situação de vulnerabilidade.

A partir dessa premissa, aborda-se o surgimento e os requisitos para a concessão desse benefício.

Seguridade social

O Estado tem como objetivo proporcionar o bem-estar e a justiça social, para tanto, a CRFB/1988 estabelece direitos sociais destinados a promover a proteção social, que integram a seguridade social,⁵ especificamente o direito à saúde, à previdência e à assistência social. São direitos fundamentais, sem os quais o indivíduo não atinge o patamar digno de vida, e sua efetivação repercute em toda a sociedade, portanto, são classificados como direitos de segunda dimensão.

Santos⁶ manifesta o seguinte entendimento sobre os direitos fundamentais de segunda dimensão:

Os Direitos fundamentais de segunda geração exigem do Estado, ao contrário, um comportamento positivo, ou seja, de fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade e redução dos problemas sociais. São exemplos de direitos sociais os direitos relativos à Seguridade Social, à subsistência, ao trabalho.

Os direitos sociais que integram a seguridade social dependem da intervenção estatal para ser concretizados, e têm a finalidade de proporcionar melhores condições de vida aos necessitados. Nesse sentido, Silva⁷ afirma que:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício da liberdade.

A presente pesquisa reporta-se especificamente ao direito do idoso ao benefício assistencial, afinal, esse ser humano, por sua condição especial de vida, apresenta diversas dificuldades, principalmente quando não dispõe de meios para prover sua subsistência. Esse fato torna o idoso mais fragilizado e abala

⁵ Conforme o artigo 194 da CRFB 1988: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

⁶ SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O princípio da seletividade das prestações de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2004. p. 27.

⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 286-287.

sua saúde física e psicológica, portanto, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de ampará-lo⁸ nesse período da existência.

Assistência social

A Constituição de 1988, em seu Título VIII, Capítulo II, Seção IV, dispõe sobre a assistência social, que será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Trata-se de política pública não contributiva regulamentada pela Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993,⁹ a Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), que dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências.

Martinez¹⁰ conceitua a assistência social da seguinte maneira:

[...] conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações. Não só complementa os serviços da Previdência Social, como a amplia, em razão da natureza da clientela e das necessidades providas.

Simões¹¹ afirma que “[...] assistência é a forma de solidariedade, incondicionada a qualquer contraprestação, equivalente a retribuição ou preço, destinada a socorrer, ajudar ou amparar o homem em suas necessidades vitais”. Assim também definido pelo artigo 1º da Lei nº 8.742/1993.¹²

Para dar cumprimento a essa ideia de proteção social por intermédio de uma política pública isenta de qualquer contribuição é que surgiu o benefício assistencial como um instituto de caráter alimentar, sendo o Estado o legítimo responsável pela efetividade desse direito fundamental social.

⁸ A Constituição federal de 1988 estabelece, em seu artigo 230, que: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. BRASIL, 1988. No mesmo sentido, o Estatuto do idoso, em seu artigo 3º, preceitua que: “É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária”. BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

⁹ BRASIL. Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

¹⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 99.

¹¹ SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social*. São Paulo: Saraiva, 1967. p. 43.

¹² Art. 1º. Lei nº 8.742/1993: “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade para garantir as necessidades básicas” BRASIL, 1993.

Proteção assistencial do idoso na legislação brasileira

No que se refere à proteção assistencial do idoso na legislação brasileira, a CRFB/1988 estabelece, em seu artigo 203, inciso I, que a assistência social tem como um de seus objetivos a proteção à velhice, assegurando, no inciso V do referido artigo, o benefício assistencial ao idoso:

A garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.¹³

O benefício de prestação continuada da assistência social está previsto no artigo 20 da Loas,¹⁴ que assim determina:

O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meio de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Do mesmo modo, o benefício assistencial encontra respaldo legal no artigo 34, *caput*, do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003,¹⁵ que dispõe o seguinte:

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

Na visão de Ibrahim,¹⁶ “[...] tecnicamente, não se trata de benefício previdenciário, embora sua concessão e administração sejam feitas pelo próprio INSS, em razão do princípio da eficiência administrativa”. Quer dizer, então, que o benefício tem caráter alimentar, e por não depender de contribuição evidencia sua natureza assistencial.

O benefício de prestação continuada da assistência social é regulamentado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007,¹⁷ Regulamento do Benefício de Prestação Continuada.¹⁸

¹³ Art. 203, inciso V. BRASIL, 1988.

¹⁴ BRASIL, 1993.

¹⁵ BRASIL, 2003.

¹⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. p. 17.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

¹⁸ Conforme decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, na Reclamação 4374 e Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963, exige-se do Poder Legislativo uma nova regulamentação para o benefício assistencial.

O artigo 20, parágrafo 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social¹⁹ dispõe acerca da análise da renda *per capita* do grupo familiar para fins de concessão do benefício assistencial. Conforme prescreve o referido dispositivo legal, “[...] 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”.

Para fins do cálculo da renda *per capita*, Castro e Lazzari²⁰ mencionam que “[...] 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”.

Com relação ao benefício assistencial concedido a idosos abrigados em entidades filantrópicas, ou casa lar, Ibrahim²¹ descreve que:

Para o idoso, parte de seu benefício assistencial pode ser utilizada no custeio de seu sustento, quando mantido por entidades filantrópicas, ou casa lar, sendo então facultada a estas a cobrança de participação do idoso no custeio da entidade. Todavia, a cotização não poderá exceder 70% (setenta por cento) de qualquer benefício previdenciário ou de assistência social percebido pelo idoso (art. 35, Lei nº 10.741/03). Assim, nada impede que parte do benefício recebido pelo idoso seja repassado por este à entidade que o mantém, desde que, obviamente, sejam tais valores utilizados em seu favor.

Como se vê, é uma faculdade das entidades que abrigam idosos utilizar parte do benefício assistencial para auxiliar o pagamento das despesas referentes à pessoa do idoso que recebe o benefício, não podendo ultrapassar o limite de 70% do amparo assistencial.

Para o idoso, o pagamento do benefício assistencial cessa na ocorrência de qualquer das situações elencadas no artigo 48 do Regulamento do Benefício de Prestação Continuada,²² sendo elas:

Art. 48. O pagamento do benefício cessa:

- I - no momento em que forem superadas as condições que lhe deram origem;
- II - em caso de morte do beneficiário;
- III - em caso de morte presumida ou de ausência do beneficiário, declarada em Juízo; ou
- IV - em caso de constatação de irregularidade na sua concessão ou manutenção.

¹⁹ BRASIL, 1993.

²⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 717.

²¹ IBRAHIM, 2012, p. 20.

²² BRASIL, 2007

Ibrahim²³ leciona que uma das situações que acarretam a cessação do pagamento do benefício assistencial é a falta de apresentação pelo idoso da declaração de composição do grupo e da renda familiar por ocasião de revisão do benefício.

Segundo Castro e Lazzari,²⁴ “O benefício é intransferível, não gerando direito à pensão por morte a herdeiros ou a sucessores. Entretanto, o valor não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros diretamente pelo INSS”.

O benefício assistencial garante ao idoso vulnerável condições básicas para cessar seu estado de necessidade, quando em miserabilidade, sem renda sequer para comprar alimentos, muitas vezes perecendo por ocasião de doenças geradas pela falta de uma alimentação correta ou pela falta de recursos financeiros para adquirir medicamentos não disponibilizados gratuitamente pelo Estado. Essa situação fere a própria dignidade da pessoa humana, preceito fundamental em um estado democrático de direito.

Não obstante, o benefício de prestação continuada da assistência social significa uma pequena contribuição para a erradicação da pobreza,²⁵ apesar de não ser o suficiente para suprir as demandas sociais.²⁶

Feitas essas considerações, passa-se à análise das situações que ensejam a concessão do benefício assistencial ao idoso em estado de vulnerabilidade.

Crítérios para a concessão do benefício assistencial ao idoso

É sabido que o benefício assistencial é uma pretensão positiva, que exige do Estado o seu fiel cumprimento, pois se trata de um direito social fundamental do idoso. Ocorre que há diversas situações que ensejam a concessão do benefício assistencial ao idoso, porém não estão amparadas pela legislação brasileira.

Tais situações envolvem os requisitos necessários para a concessão do referido benefício, dentre as quais cumpre destacar o critério objetivo para aferição da miserabilidade do idoso que pleiteia o benefício assistencial, bem como a

²³ IBRAHIM, 2012, p. 20.

²⁴ CASTRO; LAZZARI, 2012, p. 722. O Regulamento do Benefício de Prestação Continuada expressa, em seu artigo 23, *caput*, que “O Benefício de Prestação Continuada é intransferível, não gerando direito à pensão por morte aos herdeiros ou sucessores”. No entanto, o parágrafo único do referido artigo determina que “O valor do resíduo não recebido em vida pelo beneficiário será pago aos seus herdeiros ou sucessores, na forma da lei civil”. BRASIL, 2007.

²⁵ A erradicação da pobreza é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 3º, inciso III, da Constituição federal de 1988.

²⁶ BORTOLETTO, Ana Lúcia et al. Loas: benefício de prestação continuada – limites e avanços. In: MARRAS, Márcia Izabel Godoy; ROCHA, Maria Aparecida Marques da (Org.). *II Encontro Nacional de Serviço Social e Seguridade*. Porto Alegre: [s.n.], 2000. p. 46.

previsão legal constante no parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do idoso, conforme será abordado sucessivamente.

Do requisito renda *per capita* inferior a um quarto de salário mínimo

A Lei Orgânica da Assistência Social, em seu artigo 20, parágrafo 3º, estabelece como requisito para aferir a condição de miserabilidade do idoso renda familiar *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. Esse requisito tem sido discutido frequentemente no âmbito do Poder Judiciário e, com isso, tem originado relevante evolução na concessão do benefício assistencial por intermédio da jurisdição.

No âmbito administrativo, o indeferimento do benefício assistencial tem prejudicado significativamente os idosos que se encontram em situação de vulnerabilidade, pois o Instituto Nacional do Seguro Social aplica taxativamente esse requisito da Loas.

Isso se dá porque os servidores públicos que atuam na referida autarquia têm o dever de fundamentar suas decisões exclusivamente nos ditames legais, devido à estrita observância ao princípio da legalidade que vigora na administração pública.

Em uma primeira análise acerca do requisito renda *per capita* familiar inferior a um quarto do salário mínimo, conforme o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232/DF,²⁷ o Supremo Tribunal Federal declarou constitucional o dispositivo de lei que impõe tal requisito, porém não o fixou como único critério para a concessão do benefício assistencial, sendo admitida a análise de outros meios que comprovem o verdadeiro estado de vulnerabilidade do idoso. Portanto, é possível verificar a viabilidade da aplicação do princípio da equidade nas questões que versam sobre esse assunto.

Desde que comprovado o requisito idade para fins de concessão do benefício assistencial ao idoso, ainda que a renda mensal *per capita* do grupo familiar seja superior a um quarto do salário mínimo, poderão ser analisadas outras si-

²⁷ CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1.232-1. Distrito Federal. Relator: Ilmar Galvão. Data de Julgamento: 26/08/1998. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJ 01/06/2001. Disponível em: <<http://redir.stfjus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346917>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

tuações que comprovem a hipossuficiência do idoso e de sua família. Conforme defende Sanctis Júnior:²⁸

[...] ao interpretar os requisitos que regem a concessão de benefícios assistenciais, o Poder Judiciário levaria em conta, além dos pressupostos de ordem objetiva, outras circunstâncias de ordem subjetiva trazidas ao processo, e que autorizem a conclusão de que aquela pessoa se encontra em um estado de miserabilidade, e que não pode ter o seu sustento amparado por si ou pessoa de sua família.

O Superior Tribunal de Justiça já havia adotado o referido entendimento ao afirmar em jurisprudência pacificada que o critério objetivo para aferir a condição de miserabilidade do idoso que pleiteia o benefício assistencial não restringe a possibilidade de sua concessão e não dispensa a análise de outros elementos que comprovem tal condição.²⁹

No mesmo sentido se posicionam a Turma Regional de Uniformização da 4ª Região e a Turma Nacional de Uniformização:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. REQUISITO ECONÔMICO. RENDA PER CAPITA SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO-MÍNIMO. CONCESSÃO. POSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE PROVA. DIVERGÊNCIA SUPERADA. DEVOLUÇÃO DO PROCESSO À TURMA RECURSAL DE ORIGEM PARA ADEQUAÇÃO.

1. Esta Turma Regional de Uniformização já pacificou o entendimento de que “o critério objetivo estabelecido pela Lei nº 8.742/93 (artigo 20, § 3º) não exclui outros elementos de prova para aferição da condição sócio-econômica do requerente e sua família” (TRU4, PU 2007.70.54.000779-9, Rel. Juíza Federal Flavia da Silva Xavier, DJ 21.01.2009). No mesmo sentido: TRU4, PU 2007.70.50.014015-4, Rel. p/Acórdão Juíza Federal Luciane Merlin Clève Kravetz, DJ 14.04.2010.
2. A Turma Nacional de Uniformização também considera que “o critério objetivo de ¼ do salário mínimo ‘per capita’ não pode ser o único considerado na apuração da vulnerabilidade econômica da parte autora, devendo ser considerados outros elementos na apuração de tal requisito, principalmente aqueles elencados por ocasião do laudo sócio-econômico” (TNU, PU 2007.70.50.014189-4, Rel. Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, DJ 13.05.2010).
3. Pedido de Uniformização conhecido e parcialmente provido para o efeito de devolver o processo à Turma Recursal de origem para adequação.³⁰

²⁸ SANCTIS JUNIOR, Rubens José Kirk. A polêmica envolvendo o conceito de miserabilidade para a concessão do benefício de amparo assistencial (LOAS). *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. XIV, n. 95, dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10897&revista_caderno=20>. Acesso em: 16 fev. 2016.

²⁹ AgRg no AREsp 149082/RJ. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. Julgado em: 11/12/2012. DJe: 04/02/2013; AgRg no REsp 1351525/SP. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em: 06/12/2012. DJe: 12/12/2012; AgRg no AREsp 244883/SP. Rel. Min. Humberto Martins. Segunda Turma. Julgado em: 27/11/2012. DJe: 04/12/2012.

³⁰ BRASIL. Turma Regional de Uniformização da 4ª Região. Incidente de Uniformização JEF Nº 0014628-60.2008.404.7050. Relator: Juiz Federal José Antônio Savaris. Publicado em: 10/03/2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4023565&termosPesquisados=beneficio|assistencial|ao|idoso|critério|de|afericao|da|renda>. Acesso em: 16 de fev. 2016.

Sobre as decisões dos magistrados quanto ao critério objetivo de aferição da miserabilidade do idoso para fins de concessão do benefício assistencial, Uvo³¹ explica que:

Esse fato, porém, não impede que os Juízes avaliem no caso concreto a efetiva pobreza e necessidade da pessoa a ser amparada pelo benefício, quando, por exemplo, gasta muito com remédios ou possui outras despesas relevantes que comprometem a sua subsistência digna, ainda que sua renda mensal seja superior ao valor de um quarto do salário mínimo.

No mesmo sentido, Castro e Lazzari³² alertam:

Os critérios para aferição do requisito econômico são polêmicos e segundo orientação do STJ o magistrado não está sujeito a um sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual a delimitação do valor da renda familiar *per capita* não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do requerente.

Com isso, tornou-se possível que o Poder Judiciário analise as situações fáticas apresentadas em cada processo como forma de comprovação da situação de pobreza do idoso e de seu grupo familiar, quebrando o paradigma normativo do § 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social.

A interpretação conforme as peculiaridades de cada situação é de suma importância, pois o idoso vulnerável está inseguro quanto à subsistência por conta própria, ou até mesmo com a ajuda de sua família, já que não dispõe de meios suficientes para se manter.

Do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso

Deve-se também destacar como situação não abrangida pela lei, e que enseja a concessão do benefício assistencial ao idoso, a possibilidade de exclusão de benefício previdenciário de valor mínimo do cálculo da renda *per capita* do grupo familiar.

Segundo determinação do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, o benefício assistencial poderá ser concedido a mais de um idoso de um mesmo grupo familiar, pois o valor do benefício de prestação continuada da assistência social não integra o cálculo da renda familiar *per capita*.³³

³¹ UVO, Roberta Terezinha. *A concessão do benefício de prestação continuada*. Portal do Envelhecimento. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/acervo/artieop/Geral/artigo279.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

³² CASTRO; LAZZARI, 2012, p. 718.

³³ Brasil, 2003.

Bochenek e Nascimento³⁴ explicam que:

Diante da disposição legal acima descrita, exclui-se da renda familiar, para efeito de aferição da renda ‘per capita’, aquela proveniente do membro da família que, contando com mais de 65 anos de idade, receba benefício de valor mínimo referente a outro benefício assistencial ao idoso. Contudo, entendemos que a interpretação daquela norma deve ser a mais benéfica possível, porque, embora a norma mencionada faça menção apenas à hipótese do benefício referido em seu “caput” (benefício ao idoso), evidencia-se que, em atenção ao princípio da isonomia, deve aquela ser observada nos casos de qualquer benefício de valor mínimo, porém, sempre atendido o requisito etário do respectivo beneficiário. Esse entendimento já foi adotado pela Turma Recursal dos Juizados Especiais da 4.^a Região (autos n. 2003.70.01.003444-7, julgado em 24-03-2004, Relator Juiz Gerson Luiz Rocha).

A jurisprudência resta consolidada no sentido de que esse dispositivo legal deve ser interpretado de forma extensiva, possibilitando que qualquer benefício previdenciário de valor mínimo percebido por outro membro do grupo familiar seja excluído do cálculo da renda *per capita*.

A Turma Nacional de Uniformização tem se posicionado a favor da aplicação analógica do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, conforme se visualiza no seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 34 DO ESTATUTO DO IDOSO (LEI Nº. 10.741/2003). APLICAÇÃO ANALÓGICA A BENEFÍCIO DE IDOSO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE VALOR MÍNIMO RECEBIDO POR IDOSO DO GRUPO FAMILIAR. EXCLUSÃO DA RENDA DO GRUPO FAMILIAR PARA FINS DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. 1. Para fins de concessão de benefício assistencial à pessoa idosa, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/2003) aplica-se por analogia para a exclusão de um benefício previdenciário de valor mínimo recebido por membro idoso do grupo familiar, o qual também fica excluído do grupo para fins de cálculo da renda familiar per capita. 2. A interpretação abrigada no acórdão de origem já observa o entendimento desta Turma, autorizando a aplicação da questão de ordem nº 13, o que leva ao não conhecimento do incidente. 2. Pedido de uniformização não conhecido.³⁵

No mesmo sentido, cumpre destacar a jurisprudência dominante da Turma Regional de Uniformização da 4.^a Região:

³⁴ BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. Porto Alegre: Direitos dos Autores, 2011. E-book. p. 249.

³⁵ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Pedilef 200772520024887. Disponível em: <<http://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/m7VamsTk.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LOAS. CÁLCULO DA RENDA PER CAPITA. EXCLUSÃO DE RENDA MÍNIMA AUFERIDA POR PESSOA IDOSA. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. 1) Para fins de concessão de benefício assistencial, o benefício de valor mínimo auferido por pessoa maior de 65 anos não deve ser incluído no cálculo da renda familiar per capita. 2) Pedido de uniformização conhecido e provido, com devolução dos autos à Turma Recursal de origem para adequação (5041415-89.2011.404.7000, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão Marcos Josegredi da Silva, D.E. 23/10/2012).³⁶

Sobre a possibilidade de uma interpretação mais abrangente do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso, Vianna³⁷ afirma que:

O raciocínio adotado é o seguinte: se a percepção da LOAS independe de contribuição, porque se trata de benefício assistencial, com maior razão ainda deveria excluir-se benefício previdenciário de valor mínimo, para o qual exigiu-se contribuição do segurado, pois, do contrário, estar-se-ia beneficiando aquele que não contribuiu para o sistema de seguridade social em detrimento daquele que contribuiu.

Portanto, se o benefício assistencial é concedido ao idoso independentemente de contribuição à seguridade social, haveria flagrante descumprimento ao princípio constitucional da igualdade se o benefício de valor mínimo percebido por aquele que contribuiu para a previdência durante todo o período necessário não fosse excluído do cálculo da renda *per capita* do grupo familiar.

Bochenek e Nascimento³⁸ mencionam que:

A TRU do TRF da 4ª. Região decidiu, na sessão de 13/02/2009, por excluir qualquer benefício de valor mínimo, tanto recebido por idoso como por deficiente, conforme foi noticiado nos autos 2009.70.51.011338-7, Rel. Juíza Federal Ana Carine Busato Daros. A TNU aproximou-se mais da posição por nós defendida ao decidir pela ‘... possibilidade da exclusão, no cálculo da renda, para efeito de aferição da miserabilidade, dos rendimentos auferidos por idoso integrante do grupo familiar, no montante correspondente a 01 (um) salário mínimo, mesmo que se cuide de benefício de natureza previdenciária, aplicando, por analogia, o art. 34, parágrafo único, da Lei n. 8.742/93.’ (TNU, 2007.70.51.00.4256-6, Rel. Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, por unanimidade, data do julgamento: 28/05/2009 – grifou-se).

³⁶ BRASIL. Turma Regional de Uniformização da 4ª Região. Incidente de Uniformização JEF Nº 5041415-89.2011.404.7000/PR. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5374080&termosPesquisados=beneficio|assistencial|idoso|renda|per|capita>. Acesso em: 20 fev. 2013.

³⁷ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37.

³⁸ BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 250.

Sendo assim, a aplicação do disposto no parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso tem sido interpretada extensivamente pelo Poder Judiciário nos casos em que, por exemplo, uma senhora idosa requer o benefício assistencial e seu cônjuge percebe aposentadoria de valor mínimo, nessa situação a requerente terá direito ao benefício de prestação continuada, pois a aposentadoria percebida pelo cônjuge não será computada para fins de cálculo da renda *per capita* do grupo familiar.

Devido às reiteradas decisões no sentido de conceder o benefício ao idoso nas condições mencionadas, as Turmas Recursais de Santa Catarina editaram a Súmula 20,³⁹ que dispõe: “[...] o benefício previdenciário de valor mínimo percebido por idoso é excluído da composição da renda familiar, apurada para o fim de concessão de benefício assistencial”.

Ainda assim, os idosos encontram dificuldades significativas ao postularem o benefício assistencial na via judicial. Por essa razão, faz-se necessária a utilização de meios de integração e interpretação da lei que garantam aos idosos o mínimo existencial.

A aplicação da lei em sua literalidade acaba por restringir o alcance do disposto no artigo 203, inciso V, da Constituição de 1988, desfavorecendo a proteção constitucional a qual o idoso faz jus.

Esse fato requer do Poder Judiciário uma interpretação justa e equânime da lei, sem apego à literalidade do texto legal, tendo em vista que o comando normativo muitas vezes não é suficiente para atender aos anseios sociais, principalmente quando se trata de casos relacionados a idosos vulneráveis.

Por meio do controle jurisdicional de políticas públicas, é possível promover de maneira efetiva a proteção assistencial do idoso bem como dar concretude aos preceitos constitucionais fundamentais que garantem uma vida digna a esses cidadãos.

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais. Turmas Recursais de Santa Catarina. Súmula nº 20. Aprovada em Sessão Administrativa de 14 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=COJEF_sumulasTRsSC>. Acesso em: 10 dez. 2015.

Reclamação 4.374 e Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963

Em abril de 2013, o Supremo Tribunal Federal,⁴⁰ por maioria, declarou a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, no julgamento da Reclamação 4.374.⁴¹

Segundo o voto do ministro relator Gilmar Mendes, o critério objetivo para aferir a miserabilidade do idoso é defasado, tendo em vista que o próprio legislador já considerou critérios mais brandos para concessão de benefícios de natureza assistencial ao editar leis mais recentes que regem programas de assistência social. Não obstante, tal critério não atende efetivamente ao comando constitucional proferido pelo artigo 203, inciso V, da Constituição de 1988, que enseja a interpretação adequada do dispositivo legal conforme a realidade socioeconômica do idoso e nos termos dos preceitos fundamentais da Carta Constitucional.

No julgamento da Reclamação 4.374, o Supremo Tribunal Federal só confirmou o que havia sido julgado no Recurso Extraordinário 567.985,⁴² ao declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso. Publicado em: 18 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verJulgamentoDetalhe.asp?idConteudo=236417>>. Acesso em: 1º jun. 2013.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.374 – LOAS – Benefício Assistencial. Rel. Min. Gilmar Mendes. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4374.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2015.

⁴² Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/1993. Vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio (Relator), que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade da norma referida, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o *quorum* de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente). O Relator absteve-se de votar quanto à modulação. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 18.04.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2569060&numeroProcesso=567985&classeProcesso=RE&numeroTema=27>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

Com relação ao julgamento do Recurso Extraordinário 580.963,⁴³ o Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003, (Estatuto do idoso). Porém, não foi atingido o *quorum* de dois terços para a modulação dos efeitos da decisão para que o referido dispositivo legal tivesse validade até 31 de dezembro de 2015.

Essa situação não impede que os magistrados continuem interpretando extensivamente o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do idoso, como nos casos em que um portador de necessidades especiais percebe o benefício assistencial e um idoso integrante do grupo familiar pleiteia o mesmo benefício, ou no caso de um casal de idosos em situação de miserabilidade em que um percebe benefício previdenciário de valor mínimo. Assim, além de decidir com equidade, os magistrados estarão aplicando o princípio constitucional da igualdade, que não foi vislumbrado pelo legislador no momento da elaboração da norma.

A função dos Juizados Especiais Federais na proteção assistencial do idoso

As situações que ensejam a concessão do benefício assistencial ao idoso afirmam que a literalidade da lei não atende aos anseios dos idosos que pleiteiam o mínimo existencial. Por esse motivo, é exigido do Poder Judiciário, especificamente dos Juizados Especiais Federais, a aplicação do princípio da equidade nas decisões que versam sobre o tema.

⁴³ NA SESSÃO DO PLENÁRIO DE 18.04.2013 - Decisão: O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 34 da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do idoso), vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o quorum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello. Votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente). O Ministro Marco Aurélio absteve-se de votar quanto à modulação. O Ministro Teori Zavascki reajustou seu voto proferido na assentada anterior. Plenário, 18.04.2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2602629&numeroProcesso=580963&classeProcesso=R E&numeroTema=312>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

A exigibilidade judicial dos direitos sociais fundamentais

O Poder Judiciário tem assumido um importante papel no que se refere à efetividade dos direitos sociais fundamentais, pois, como um dos três poderes que representam o Estado, também é responsável pela sua concretização tendo como norte os preceitos constitucionais fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a cidadania, a democracia, a igualdade, a vida, a saúde, a alimentação, dentre outros.

Segundo Streck,⁴⁴ “[...] a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização de direitos que estão previstos nas leis e na Constituição”. Essa função destaca-se, principalmente, no controle jurisdicional de políticas públicas, assegurando os direitos de muitos cidadãos considerados fragilizados perante a máquina estatal, em especial os idosos que pleiteiam o benefício assistencial.

Nesse sentido, insta salientar os dizeres de Abreu:⁴⁵

Sublinha-se que a Constituição confere ao Judiciário a responsabilidade, como um dos poderes, de concretizar os objetivos fundamentais da República, dentre os quais avulta o compromisso de construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como de erradicar a pobreza e as desigualdades sociais, recuperando-se um sentido ético da política, agora sob o signo da fraternidade.

Sendo assim, o Poder Judiciário, sob a responsabilidade constitucional que lhe é conferida, deve interpretar o texto legal utilizando instrumentos que viabilizem a concretização dos direitos fundamentais. Streck defende que, na “falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados”.⁴⁶

Ocorre que as políticas públicas que regulamentam o benefício assistencial ao idoso são precárias, apresentando critérios defasados, incapazes de cumprir aquilo que a própria Constituição de 1988 determina. Nesse contexto, verifica-se que “[...] inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição”.⁴⁷

⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53.

⁴⁵ ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia*: o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3. p. 247-248.

⁴⁶ STRECK, 2009, p. 53.

⁴⁷ STRECK, 2009, p. 52.

A necessidade de instrumentos garantidores dos direitos sociais fundamentais

A necessidade de instrumentos garantidores dos direitos sociais fundamentais, principalmente no que se refere ao benefício assistencial ao idoso vulnerável, é constatada na análise do aumento da população idosa no Brasil bem como na necessidade de se viver mais e com mais qualidade. Bobbio⁴⁸ alerta “[...] que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.

Diante da premente necessidade de proteção assistencial do idoso, faz-se imperiosa a adoção de mecanismos capazes de suprir a omissão legislativa, que tem sido um verdadeiro obstáculo para a efetiva concessão do benefício assistencial. Nesse sentido, Pereira⁴⁹ defende que:

[...] um sistema jurídico que estabeleça mecanismos e instrumentos aptos a assegurar os direitos fundamentais dessas pessoas, conferindo-lhes cidadania e possibilitando a sua inclusão social torna-se absolutamente imprescindível. De igual modo, o emprego consciente e responsável desses mecanismos e instrumentos por parte da comunidade jurídica, notadamente pelo Poder Judiciário, por meio de uma atuação alinhada às diretrizes e comandos constitucionais, será imperioso para o alcance de tais objetivos.

Os Juizados Especiais Federais têm superado as discussões acerca do benefício assistencial devido à sua estrutura, que visa à satisfação dos direitos fundamentais das pessoas vulneráveis perante a sociedade e o Estado. Com emblema de cidadania e democracia, suas decisões são elevadas a um patamar de análise pelo Supremo Tribunal Federal, e são reconhecidas como pressuposto para a proteção assistencial do idoso.

Segundo Pisarello, as garantias jurisdicionais dos direitos fundamentais sociais são garantias secundárias. “Estas garantias consistem em que um tribunal mais ou menos independente possa exercer algum tipo de controle e, em seu caso, impor medidas de reparação, na ausência ou ante o descumprimento de uma garantia primária ou secundária, mas de caráter político”.⁵⁰

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 2004. p. 45.

⁴⁹ PEREIRA, Luciano Meneguetti. A concretização dos direitos fundamentais do idoso no ambiente do neoconstitucionalismo: uma análise do benefício de prestação continuada (BPC). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 10, p. 31-100, jul./dez. 2011.

⁵⁰ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*: elementos para una reconstrucción. Madrid: Trotta, 2007. p. 120.

Sendo assim, Pisarello classifica as garantias jurisdicionais em ordinárias e especiais. As garantias jurisdicionais ordinárias são confiadas aos tribunais divididos em diferentes ordens (civis, penais, trabalhistas, contencioso-administrativo) com capacidade para prevenir, controlar ou sancionar vulnerações de direitos provenientes de órgãos administrativos ou particulares.⁵¹ Já as garantias jurisdicionais especiais geralmente são confiadas aos tribunais superiores ou especificamente constitucionais, e seu objetivo, basicamente, é estabelecer mecanismos de controle e reparação naqueles casos em que as garantias jurisdicionais ordinárias têm resultados insuficientes ou nos que a vulneração dos direitos pode atribuir-se a ações ou omissões do próprio legislador.⁵²

A equidade como garantia da proteção assistencial do idoso nos Juizados Especiais Federais

O sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais conta com instrumentos adequados para garantir a proteção assistencial do idoso, pois é orientado por princípios que facilitam o acesso à justiça. Dentre tais princípios, destaca-se o princípio da equidade como um eficiente mecanismo de amparo ao idoso vulnerável.

O princípio da equidade está previsto expressamente no artigo 6º da Lei nº 9.099/1995,⁵³ que assim determina: “O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

É no sentido de evitar a adoção de soluções injustas que se põe a equidade como um instrumento garantidor da proteção assistencial do idoso nos Juizados Especiais Federais, pois, com base nesse princípio, a omissão legislativa pode ser suprida da forma mais apropriada para atender as necessidades básicas desse cidadão.

A importância da aplicação do princípio da equidade nas decisões jurisdicionais reside na interpretação da lei conforme as peculiaridades de cada caso concreto. Pelo princípio da equidade, o magistrado que atua nos Juizados Espe-

⁵¹ PISARELLO, 2007, p. 120-121.

⁵² PISARELLO, 2007, p. 121.

⁵³ A Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Estaduais) é aplicada subsidiariamente à Lei nº 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais) no que não conflitar com esse diploma legal. BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

ciais Federais, ao analisar as situações fáticas apresentadas em um processo, deve julgá-las de acordo com os princípios constitucionais fundamentais que visam concretizar o direito a uma vida digna.

Ao editar o § 3º do artigo 20 da Lei nº 8.742/1993 e o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003, o legislador não pôde prever as situações que prejudicariam significativamente o idoso que necessita do benefício assistencial como uma condição mínima de sustento. Apenas definiu critérios para que fosse regulamentado o determinado no artigo 203, inciso V, da CRFB/1988, mas que não atendem aos objetivos almejados pela Carta Constitucional.

Nesse sentido, conclui com precisão Aristóteles⁵⁴ que é impossível ao legislador prever todos os casos:

Então é legítimo na medida em que a disposição tomada pelo legislador é insuficiente e errônea por causa de seu caráter absoluto, trazer um corretivo para cumprir essa missão, editando o que o próprio legislador editaria se lá estivesse e o que teria prescrito na lei, se tivesse tido conhecimento do caso em questão.

Sendo assim, a equidade quando devidamente aplicada atua como um corretivo à lei, pois no momento de sua elaboração o legislador não tem consciência plena de todas as situações que podem surgir no campo social.

Sobre as decisões pautadas pela equidade, Cintra, Grinover e Dinamarco asseveram que:

A decisão judicial fundamentada na equidade é uma decisão despida das limitações impostas pela precisa regulamentação legal, nos casos em que o legislador não traçar de imediato a exata disciplina em determinados institutos, deixando folga para a individualização da norma, para o caso concreto, mediante os órgãos judiciários.⁵⁵

Bochenek e Nascimento explicam o sentido de atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum:

Atender aos fins sociais significa aplicar a lei para resolver o litígio das partes, proporcionando a tranquilidade social e satisfazendo os interesses da sociedade. Não deve o juiz aplicar a lei com o fim exclusivo de atender aos interesses das partes em conflito, deixando de lado os interesses gerais da coletividade, que representam as exigências do bem comum.⁵⁶

⁵⁴ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 162-163.

⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 148

⁵⁶ BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 30.

Diante das lacunas da lei nos casos de concessão do benefício assistencial ao idoso, o juiz deve afastar os entraves que não permitam que os idosos vulneráveis alcancem seus direitos, assegurando o principal propósito pelo qual o benefício de prestação continuada foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a promoção do bem-estar e da justiça social, com respaldo nos princípios de cidadania, dignidade da pessoa humana, solidariedade, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais, dentre tantos outros preceitos constitucionais fundamentais.

Nesse sentido, Abreu⁵⁷ atenta para o fato de que:

O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, evidenciando que a lei deve ser afeiçoada aos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. É possível aferir isso a partir dos deveres de o juiz interpretar a lei em conformidade com a Constituição, de controlar sua constitucionalidade, inconstitucionalidade, e suprir a omissão legal que possa obstar a proteção de um direito fundamental. O constitucionalismo contemporâneo, ademais, comete à jurisdição o dever de tutelar os direitos fundamentais que eventualmente sejam colidentes no caso concreto.

A legislação brasileira ainda apresenta muitas deficiências quando se trata de mecanismos que assegurem a proteção assistencial do idoso. Desse modo, a equidade opera como um instrumento de garantia do benefício assistencial ao idoso vulnerável, pois a letra fria da lei não tem respondido às demandas sociais desse segmento.

Sobre a repercussão das decisões que envolvem idosos vulneráveis, Uvo e Bodnar⁵⁸ explicam que:

A utilidade social da decisão deve ser a constante preocupação ética e política, dos operadores do direito. Todos os operadores devem ter consciência da importância social das suas decisões, para, superando a irracionalidade do sistema jurídico posto, buscar maximizar os resultados efetivamente benéficos ao desenvolvimento social da comunidade. A decisão que pretenda ser justa deve ter compromisso com a concretização dos valores vigentes, ser oportuna, equitativa e socialmente útil.

O magistrado deve buscar o verdadeiro sentido da norma, atribuindo a decisão que se repute mais justa e próxima ao caso concreto, observando sempre o que a Constituição de 1988 impõe como essencial ao alcance dos objetivos de um estado democrático de direito.

⁵⁷ ABREU, 2011, p. 432.

⁵⁸ UVO, Roberta Terezinha; BODNAR, Zenildo. *O papel do Poder Judiciário na implementação e no controle jurisdicional de políticas públicas de saúde do idoso*. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/direito/direito14.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

Com a perspectiva de implementar as políticas públicas já existentes bem como garantir ao idoso o direito à uma vida digna, destaca-se a equidade como um princípio que deve ser observado na atuação do magistrado nos Juizados Especiais Federais.

Nesse sentido, cumpre destacar os dizeres de Abreu⁵⁹ ao parafrasear Zippelius:

O poder judicial participa, através da interpretação do texto da lei e da integração das lacunas legais, no processo de tornar mais preciso e completo o direito legislado. As interpretações e o desenvolvimento 'aberto' do direito podem, sob a forma de jurisprudência constante, consolidar-se ao ponto de alcançarem uma possibilidade de execução fática equivalente a uma interpretação legal ou a uma outra qualquer norma legal. Dos princípios de tratamento igual e da segurança jurídica decorre igualmente uma vinculação de legitimidade a uma prática já estabelecida de interpretação e integração de lacunas legais.

O Poder Judiciário tem cumprido sua função de legítimo guardião dos direitos fundamentais, pois não tem mais atuado preso às amarras do positivismo, esse é um vetor para que a proteção assistencial do idoso passe a ter maior efetividade diante da inércia legislativa, que se repercute na concretude dos ideais de uma sociedade livre, justa e solidária.

Considerações finais

O envelhecimento é um fato natural, no entanto, as pessoas idosas, devido à sua condição especial de vida, tornam-se vulneráveis perante a sociedade e o Estado. Alguns idosos não têm o apoio familiar ou, ainda, não contam mais com familiares vivos. Além disso, não dispõem de condições físicas e/ou psicológicas para prover seu sustento, e as oportunidades no mercado de trabalho para essa categoria são escassas. Assim sendo, muitos idosos dependem da intervenção estatal para obter um direito que já lhes pertence por ordem constitucional, o direito ao benefício assistencial.

O benefício assistencial é um direito social fundamental, que tem como objetivo proporcionar um patamar digno de vida aos idosos que não têm condições de manter seu sustento por si só, ou com a ajuda de sua família, ou seja, esse direito tem o condão de proporcionar um mínimo existencial ao idoso vulnerável, assegurando a dignidade da pessoa humana, valor supremo no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁹ ABREU, 2011, p. 94-95.

Na esfera administrativa, o benefício assistencial ao idoso tem sido frequentemente indeferido diante das situações não contempladas expressamente pela legislação brasileira. Por isso, o Poder Judiciário é o órgão instado à concretização desse direito indispensável ao idoso que se encontra em estado de miserabilidade.

A omissão legislativa autoriza o magistrado, no âmbito de sua atuação funcional, a realizar a interpretação da norma com base em preceitos constitucionais fundamentais e mediante juízos de equidade, analisando o contexto social, a situação fática apresentada em cada caso bem como o verdadeiro sentido do comando constitucional que visa à proteção assistencial do idoso.

Os idosos são cidadãos que já contribuíram muito para a sociedade, seja na conquista dos direitos vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, seja na formação cultural ou educacional, que possibilitaram a formação de um estado democrático de direito e de seus aspectos socioeconômicos. Portanto, deve haver uma colaboração recíproca do Estado quando esses cidadãos se encontram em situação de risco social.

Os Juizados Especiais Federais, por sua estrutura principiológica, dispõem de instrumentos específicos para a garantia da proteção assistencial do idoso, em especial a aplicação do princípio da equidade nas decisões jurisdicionais.

Quando se trata de casos não previstos expressamente pela legislação brasileira, que ensejam a concessão do benefício assistencial, é certo que os idosos necessitam de uma postura ativa do Poder Judiciário, que, como guardião dos direitos fundamentais, tem o dever de implementar políticas públicas para dar concretude aos objetivos de uma sociedade baseada em ideais de cidadania inclusiva e democracia participativa.

Por tudo o que foi exposto, conclui-se que é fundamental que o Poder Público atue em consonância com o princípio da equidade no que se refere à proteção assistencial do idoso, em favor da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, como tem sido feito no sistema de justiça dos Juizados Especiais Federais. Assim, essa parcela da população em situação de risco social poderá desfrutar de um mínimo existencial enquanto ser vivente na face da terra.

Equity as assistance protection guarantee instrument for elderly in the Federal Special Courts

Abstract

This research has as object the protection of elderly care in the Special Courts Federal. The objective is to highlight the importance of equity in the judicial decisions that deal with the elderly rights of the care benefit. The state aims to provide welfare and social justice. For this, the Constitution of the Federative Republic of Brazil from 1988 establishes basic social rights to promote social protection, which are part of the Social Security, specifically the rights to health, foresight and social assistance. They are social rights that provide decent living conditions and seek to achieve the fundamental objectives of the state, so they are classified as second dimension rights. From these rights, there is the welfare benefit. The Federal Special Courts are organs of the Federal Court that have specific instruments for the protection of the welfare benefit to the elderly, in particular the application of the principle of equity in the judicial decisions. The vulnerable elderly requires an active approach of the judiciary as the guardian of fundamental rights, as it is considered an important instrument of access control policies that aim to concretize the objectives of an ideal society based on inclusive citizenship and participatory democracy.

Keywords: Welfare Benefit. Vulnerable elderly. Equity.

Referências

ABREU, Pedro Manoel. *Processo e democracia: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. v. 3.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. *Diário Oficial da União*, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. Lei nº 8.742, de 7, de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm>. Acesso em: 18 fev. 2016.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. Lei nº 10.741, de 1 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Relatórios de Informações Sociais. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIV3/geral/index.php>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. Secretaria de Direitos Humanos. *Dados sobre o envelhecimento no Brasil*. Brasília: SDH, [201-], p. 2. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/DadosobreoenvelhementonoBrasil.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.267.161. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21077225/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1267161-pr-2011-0169499-5-stj/inteiro-teor>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn 1.232-1. Distrito Federal. Relator: Ilmar Galvão. Data de julgamento: 26/08/1998. Tribunal Pleno. Data de publicação: DJ 01/06/2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346917>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 4.374 – LOAS – Benefício Assistencial. Relator: ministro Gilmar Mendes. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RCL4374.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 567.985. Relator: ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2569060&numeroProcesso=567985&classeProcesso=RE&numeroTema=27>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.963. Relator: ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2602629&numeroProcesso=580963&classeProcesso=RE&numeroTema=312#>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso. Publicado em: 18 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verJulgamentoDetalhe.asp?idConteudo=236417>>. Acesso em: 1º jun. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Coordenadoria dos Juizados Especiais Federais. Turmas Recursais de Santa Catarina. Súmula nº 20. Aprovada em Sessão Administrativa de 14 de agosto de 2008. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=COJEF_sumulasTRsSC>. Acesso em: 10 dez. 2015.

_____. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. Peilef 200772520024887. Disponível em: <<http://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/uploads/m7VamsTk.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Turma Regional de Uniformização da 4ª Região. Incidente de Uniformização JEF nº 5041415-89.2011.404.7000/PR. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5374080&termosPesquisados=beneficio|assistencial|idoso|renda|per|capita>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Turma Regional de Uniformização da 4ª Região. Incidnete de Unifomização JEF Nº 0014628-60.2008.404.7050. Relator: Juiz Federal José Antônio Savaris. Publicado em: 10/03/2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4023565&termosPesquisados=beneficio|assistencial|ao|idoso|criterio|de|afericao|da|renda>. Acesso em: 16 fev. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 2004.

BOCHENEK, Antônio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. Porto Alegre: Direitos dos Autores, 2011. E-book.

BORTOLETTO, Ana Lúcia et al. Loas: benefício de prestação continuada – limites e avanços. In: MARKS, Márcia Izabel Godoy; ROCHA, Maria Aparecida Marques da (Org.). *II Encontro Nacional de Serviço Social e Seguridade*, Porto Alegre: [s.n.], 2000. p. 40-47.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na Constituição federal*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. A concretização dos direitos fundamentais do idoso no ambiente do neoconstitucionalismo: uma análise do benefício de prestação continuada (BPC). *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 10, p. 31-100, jul./dez. 2011.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

SANCTIS JUNIOR, Rubens José Kirk. A polêmica envolvendo o conceito de miserabilidade para a concessão do benefício de amparo assistencial (LOAS). *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. XIV, n. 95, dez. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10897&revista_caderno=20>. Acesso em: 16 fev. 2016.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *O princípio da seletividade das prestações de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIMÕES, Aguinaldo. *Princípios de segurança social*. São Paulo: Saraiva, 1967.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

UVO, Roberta Terezinha. *A concessão do benefício de prestação continuada*. Portal do Envelhecimento. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/acervo/artieop/Geral/artigo279.htm>>. Acesso em: 13 fev. 2016.

UVO, Roberta Terezinha; BODNAR, Zenildo. *O papel do poder judiciário na implementação e no controle jurisdicional de políticas públicas de saúde do idoso*. Disponível em: <<http://www.portaldoenvelhecimento.org.br/direito/direito14.htm>>. Acesso em: 03 ja. 2016.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.