



Fernando Rabello

ANÁLISE CRÍTICA DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E A SUA EFETIVAÇÃO PELO JUDICIÁRIO

15

CRITICAL ASSESSMENT OF THE CONTINUOUS CASH BENEFIT AND ITS ACCOMPLISHMENT THROUGH THE JUDICIARY

Luciano Meneguetti Pereira

RESUMO

Realiza uma apreciação crítica do Benefício de Prestação Continuada (BPC), a fim de demonstrar que tal benefício somente tem alcançado altos índices de efetivação, graças à atuação do Poder Judiciário.

Esclarece que o referido benefício constitucional constitui um legítimo direito fundamental estabelecido pela Constituição brasileira em favor dos idosos e das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Benefício de Prestação Continuada (BPC); direito fundamental; idoso; pessoa com deficiência; Poder Judiciário; Lei n. 12.435/11; Lei n. 12.470/11.

ABSTRACT

The author performs a critical assessment of BPC (Continuous Cash Benefit Program) in order to show that such program has only been achieving high levels of accomplishment thanks to the Judiciary.

He explains that the referred constitutional benefit is a genuine basic right set forth by the Brazilian Constitution for the elderly and for the physically/mentally-challenged.

KEYWORDS

Constitutional Law; Continuous Cash Benefit Program (BPC); basic right; the elderly; the physically/mentally-challenged; Judiciary Power; Law 12,435/11; Law 12,470/11.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea brasileira, até há bem pouco tempo, poucos cuidados vinha dispensando aos idosos e às pessoas com deficiência¹. Não obstante a atenção conferida pela Constituição Federal de 1988 a estas pessoas e, embora um amplo catálogo legislativo de proteção a elas tenha sido editado nos últimos anos, o que se tem verificado é que a atenção, a proteção, o respeito, a solidariedade, o cuidado e a consideração para com os idosos e deficientes são algumas das boas atitudes humanas que parecem estar ainda muito distantes da vida de muitos integrantes de uma sociedade individualista em que as pessoas parecem estar preocupadas unicamente consigo mesmas.

A triste realidade mostra, dentre outras coisas, que, para o modelo econômico vigente na atualidade, em que prevalecem prioritariamente conceitos como **otimização da economia e sociedade de consumo**, um modelo regido por bens e valores materiais (em muitos casos supérfluos) e que tem como principal objetivo a rentabilização da produção, privilegiando-se, na maior parte dos casos somente aqueles indivíduos ativos e capazes de produzir, os idosos e as pessoas com deficiência não são considerados figuras tão importantes, não sendo difícil aferir-se a exclusão social de pessoas que compõem estes segmentos sociais quando não respaldadas por alguma disposição legislativa.

Em um contexto de flagrante violação dos mais diversos direitos fundamentais, verifica-se que a fragilidade social do idoso e da pessoa com deficiência tem-se avolumado na sociedade brasileira nos últimos anos [...]

A constatação deste e de inúmeros outros fatos sociais que se apresentam no seio da sociedade brasileira tende a conduzir os idosos e pessoas com deficiência à exclusão e à marginalização; quadro que se avulta com a verificação de hipóteses como a omissão legislativa na regulamentação de dispositivos constitucionais necessários para efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição, não sendo difícil verificar a ocorrência de regulamentações precárias e insuficientes para concretizar tais direitos. Este cenário também é agravado

mediante a constatação de políticas públicas não postas em execução ou precariamente implementadas, relativas à saúde, habitação, saneamento, previdência e assistência social, dentre outras.

Em um contexto de flagrante violação dos mais diversos direitos fundamentais, verifica-se que a fragilidade social do idoso e da pessoa com deficiência tem-se avolumado na sociedade brasileira nos últimos anos, tornando-se imprescindível uma adequada proteção jurídica a esses segmentos sociais por meio de instrumentos eficazes de tutela e proteção destes grupos.

Desse modo, 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.

Tudo isso leva à necessidade de se pensar o Direito como um instrumento capaz de efetivamente realizar esses direitos, promover a inclusão social, possibilitar a cidadania e diminuir assim as discriminações e a marginalização que alcança esses segmentos da sociedade. Certamente, neste cenário, o Poder Judi-

ciário pode em muito contribuir.

Por meio do presente texto, pretende-se demonstrar que o constitucionalismo contemporâneo² constitui um ambiente favorável à concretização dos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência, notadamente pela atuação do Poder Judiciário na realização de um direito fundamental que tem tido o seu acesso obstaculizado aos cidadãos, em razão de uma precária regulação legislativa e da burocracia executiva em sua execução, frustrando-se com isso o exercício da cidadania e

a realização da justiça em favor de seus destinatários.

Essa possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais em favor dos idosos e das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário será demonstrada por meio da análise do *Benefício de Prestação Continuada*, apelidado como *BPC*, um benefício constitucional criado pela Constituição de 1988 para a prestação de assistência social e estas pessoas.

Pela demonstração dos avanços e retrocessos no processo de regulamentação legislativa do benefício assistencial, o que se verificará é que o aludido benefício, que constitui um lídimo direito fundamental e um instrumento capaz de promover a inclusão social de seus destinatários, somente tem alcançado a sua plena realização graças à atuação do Poder Judiciário que, por meio de um exercício interpretativo alinhado aos objetivos constitucionais, tem possibilitado a concretização desse direito fundamental a um sem número de idosos e pessoas com deficiência.

2 CRIAÇÃO, REGULAMENTAÇÃO E EFETIVAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA E A ATUAÇÃO JUDICIAL

2.1 A CONSTITUIÇÃO E A CRIAÇÃO DO BPC

A Constituição de 1988, em coerência com os valores, princípios³, objetivos e fundamentos⁴ por ela estabelecidos e visando à proteção social, bem-estar e justiça social, estabeleceu que a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social (art. 203), criando um benefício específico para os idosos e pessoas com deficiência, consistente na *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* (art. 203, inc. V), benefício constitucional que foi batizado como **Benefício de Prestação Continuada** e apelidado sucintamente como **BPC**⁵.

A proteção social dos indivíduos é inegavelmente um fator de justiça social⁶ com a qual o Direito está indissociavelmente ligado. Portanto, ao iniciar-se esse tópico é necessário considerar que, não raras vezes, *a proteção social fica expos-*

ta a apreciações negativas, na medida em que é muitas vezes acusada de produzir impactos econômicos desfavoráveis (EU-ZÉBY, 2008, p. 15). No Brasil, infelizmente foi nesse contexto que o BPC foi regulamentado, ou seja, não como um direito fundamental individual previsto e assegurado constitucionalmente (e, portanto, um instrumento de proteção social capaz de realizar o bem-estar e a justiça social), mas como um ônus com o qual o Estado deve arcar e que, em seu entender, representa impactos econômicos negativos para os cofres públicos, razão pela qual foi regulado de forma bastante seletiva e restritiva.

A assistência social⁷, como direito subjetivo do necessitado e política de proteção social de caráter não contributivo, compõe o Sistema de Seguridade Social⁸ brasileiro e está inscrita como direito social (que também é fundamental) pela Constituição de 1988 em seu art. 203⁹.

A Constituição estabeleceu, em seu art. 1^o, que o Brasil é um Estado democrático de Direito e tem como alguns de seus fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. Em seu art. 3^o, indicou os objetivos da República brasileira, consistentes, dentre outros, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; na erradicação da pobreza e da marginalização; na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ao agir dessa forma, estabelecendo os seus fundamentos e explicitando seus objetivos, a Constituição claramente limitou a atuação dos três Poderes da República, que deverão ter as suas típicas atividades sempre voltadas para o cumprimento dos preceitos constitucionais (SANTOS, 2008, p. 77), deles não podendo escapar. Com base nesta constatação, infere-se que toda a legislação infra-constitucional destinada a disciplinar os direitos sociais deverá estar sempre voltada para proteção dos seus destinatários, sem qualquer discriminação, bem como para o bem-estar e a justiça social. Infelizmente não é isso que se verificou pela forma como o BPC foi regulamentado, não sendo desarrazoado afirmar que esse benefício constitucional foi regulado de forma *tardia, seletiva, transmutada, restritiva e arbitrária* (SPOSATI, 2008, p. 132).

A política constitucional de direito à proteção social (não contributiva) corresponde a um mínimo de cidadania, sendo esta a concepção que deveria ter norteado a regulamentação do BPC¹⁰.

Ao conferir-se o bem-estar àquele que necessita, a consequência é a redução das desigualdades e a realização da justiça social, operando-se o mínimo de cidadania em relação aos idosos e às pessoas com deficiência. Tristemente a regulamentação do BPC não seguiu essa **vontade constitucional**, uma vez que o acesso dos postulantes a esse benefício foi submetido a uma forte seletividade, ocasionada em razão do estabelecimento de rigorosos meios comprobatórios para sua obtenção. Com isso, tem-se negado ao longo tempo o direito de cidadania aos idosos e deficientes na operação desse mínimo de civilidade em face das restrições impostas pela lei, contrariando-se os princípios e valores constitucionalmente estabelecidos.

2.2 A REGULAMENTAÇÃO DO BPC: AVANÇOS, RETROCESSOS E A EFETIVAÇÃO DO BENEFÍCIO PELO PODER JUDICIÁRIO

A regulamentação do BPC ocorreu tardiamente¹¹, por meio

da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social ou simplesmente LOAS, que disciplinou a assistência social e dispôs especificamente sobre o benefício em seus arts. 20 e 21.

Conforme se depreende dos referidos dispositivos legais, verifica-se que a lei estabeleceu que os destinatários do benefício assistencial devem preencher certos requisitos para o seu acesso, a saber: a) da pessoa com deficiência, exigiu-se a prova da incapacidade para a vida independente e para o trabalho (art. 20, § 2^o); b) dos idosos, a idade mínima de 70 anos (art. 20); e, c) de ambos, foi requerida a comprovação de não possuírem meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por suas famílias (art. 20), hipótese para a qual a lei estabeleceu um critério objetivo de aferição da miserabilidade da família do postulante, considerando incapaz de prover a sua manutenção a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

A Constituição estabeleceu, em seu art. 1^o, que o Brasil é um Estado democrático de Direito e tem como alguns de seus fundamentos a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Como poderá se aferir, além de tardia, a forma como o benefício foi regulamentado causou muitos entraves para a sua obtenção em razão dos rigorosos critérios estabelecidos, o que acarretou a exclusão de um sem número de idosos e pessoas com deficiência do seu acesso.

Felizmente no ano de 2011 importantes mudanças ocorreram na regulamentação do BPC, introduzidas pelas Leis Federais de n. 12.435, de 6 de julho e n. 12.470, de 31 de agosto, com destaque para esta última, que introduziu significativas e positivas mudanças em relação às pessoas com deficiência.

Assim, embora tais alterações ainda não sejam totalmente suficientes para dar ao benefício a importância e conferir-lhe a plena finalidade que a Constituição lhe reservou (assegurar efetivamente a proteção social, bem-estar e justiça social), certamente terão o condão de possibilitar o seu acesso e gozo a um maior número de idosos e pessoas com deficiência.

Estabelecido o panorama inicial acerca do BPC, cumpre então demonstrar que a maneira pelo qual tem sido disciplinado ao longo do tempo, acabou por impedir que muitos de seus destinatários pudessem usufruir do benefício constitucional, uma vez que o legislador não se atentou para os princípios constitucionais que deveriam nortear a sua regulamentação (cidadania, dignidade da pessoa humana, solidariedade¹², busca da erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais etc.).

Em razão disso, a negação desse direito de cidadania na operação desse mínimo de civilidade fez com que muitos idosos e pessoas com deficiência fossem bater às portas do Poder Judiciário para ver implementado um direito fundamental seu que passou a ser constante e arbitrariamente cerceado nas vias administrativas.

A evolução legislativa referente ao BPC desde a sua regula-

mentação inicial tem sido marcada por debates e controvérsias que, com o decorrer do tempo, fizeram refletir substantivas alterações em, pelo menos, dois importantes aspectos, isto é, quanto à idade mínima de acesso ao benefício e quanto ao conceito de família ou grupo familiar, conceito que influencia diretamente a realização do cálculo da renda média familiar *per capita* – requisito que será analisado adiante.

No que diz respeito à idade mínima, após a regulamentação inicial do benefício (Lei n. 8.742/93), que previa a necessidade de o idoso contar com 70 anos ou mais de idade para sua obtenção (art. 20), o revogado Decreto de n. 1.744, de 8 de dezembro de 1995¹³, que regulamentou o BPC, previu a redução da idade mínima para o acesso ao benefício de 70 para 67 anos, a partir de 1º de janeiro de 1998, e estabeleceu também uma segunda redução de 67 para 65 anos a partir de 1º de janeiro de 2000 (art. 42)¹⁴.

O Estatuto do Idoso, estabelecido pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, concretizou a segunda redução da idade mínima para o acesso ao benefício, que havia sido prevista pelo Decreto n. 1.744/95¹⁵, reduzindo-a para 65 anos, conforme disposto em seu art. 34, que disciplinou o referido benefício.

Na mesma linha do Estatuto do Idoso, a Lei n. 12.435/11 consolidou a idade de 65 anos ou mais para que o idoso possa ter acesso ao benefício (art. 20). Desse modo, atualmente para que o idoso tenha acesso ao BPC, basta contar com 65 anos ou mais de idade e comprovar os demais requisitos exigidos pela lei.

Muito embora os prazos fixados para redução da idade mínima de acesso ao benefício por parte dos idosos não tenham sido respeitados, o que pode ser aferido pela evolução legislativa nesse sentido é que a referida redução de 70 para 65 anos de idade certamente terá o condão de estender esse acesso a um maior número de idosos, propiciando assim uma maior inclusão e justiça social. Portanto, neste ponto verifica-se uma significativa evolução legislativa na regulamentação desse mínimo assistencial.

A política constitucional de direito à proteção social (não contributiva) corresponde a um mínimo de cidadania, sendo esta a concepção que deveria ter norteado a regulamentação do BPC10.

Adentrando na problemática do conceito de família ou grupo familiar, cuja concepção afeta tanto os idosos quanto as pessoas com deficiência, de acordo com o estabelecido originalmente no *caput* do referido art. 20 (e infelizmente mantido pela nova regulamentação), está expressa a condição de o idoso e a pessoa com deficiência não serem sustentáveis por outrem.

Assim, para que os seus destinatários possam ser incluídos no benefício constitucional, precisam demonstrar, além de sua própria miserabilidade, também a de sua família. Neste ponto, afirma Sposati (2008, p. 127), não basta apenas uma exclusão, isto é, o ser idoso ou pessoa com deficiência (para a autora o fato de ser idoso ou deficiente, por si só, representa uma situação de sujeição à exclusão), mas são necessárias duas: o ser idoso ou deficiente e demonstrar a miserabilidade sua e de sua

família, verificando-se, portanto, uma sobrevivitização destas pessoas.

Ao vincular-se fortemente o acesso ao benefício a uma condição externa (demonstração da miserabilidade familiar) como fez a lei, alterou-se o significado da norma constitucional que o estabeleceu, pois a regulamentação ocorrida conferiu centralidade à figura da família como responsável pela manutenção dos idosos e das pessoas com deficiência, atribuindo-se ao Estado, por consequência, o caráter da subsidiariedade no tocante ao assunto.

Assim, extrai-se que a responsabilidade do Estado é secundária à da família e, portanto, subsidiária ou residual, uma vez que o Estado somente arcará com a responsabilidade pela manutenção do mínimo de dignidade e cidadania do idoso e do deficiente quando a sua família não tiver condições de prover a sua subsistência e houver demonstrado a sua miserabilidade.

Aqui se pode verificar que a vinculação do acesso ao benefício à condição econômica da família do idoso ou da pessoa com deficiência fez o seu direito fundamental individual transitar para a esfera do direito de família. Com isso, esclarece Sposati (2008, p. 133), a regulação legal transmutou o benefício constitucional, e aqui consiste uma das maiores restrições, *onde o direito constitucional de um salário ao cidadão foi submetido a direito da família, e não mais do cidadão* individualmente considerado.

Além disso, o legislador acabou por diluir o caráter universal do benefício estabelecido constitucionalmente (*A assistência social será prestada a quem dela necessitar...*), bem como menosprezou a sua natureza constitucional, uma vez que, de acordo com a Constituição, a assistência social foi declarada direito social, isto é, campo de responsabilidade pública, da garantia e da certeza da provisão.

Portanto, além de tardia, seletiva, e transmutada, a regulamentação do BPC também tem-se mostrado restritiva desde a sua origem, em razão de ser o acesso ao benefício fortemente vinculado à família e não aos idosos e pessoas com deficiência enquanto titulares individuais de um direito fundamental, aspecto este que não contou com qualquer alteração legislativa nesse sentido.

O conceito legal de família é de absoluta relevância, pois afeta diretamente as possibilidades de acesso ao benefício por parte de seus destinatários, uma vez que o idoso ou deficiente precisa demonstrar não possuir meios para prover sua própria manutenção nem de tê-la provida pela sua família (situação de miserabilidade), o que é aferido por meio do critério objetivo estabelecido pela lei, isto é, pela comprovação de que a renda mensal familiar per capita é inferior a 1/4 do salário mínimo (art. 20, § 3º).

Tal exigência infelizmente permaneceu idêntica na regulação do benefício desde a sua origem até o presente momento. Assim, verifica-se que o conceito de núcleo familiar influencia diretamente o cálculo da renda per capita (requisito para acesso ao BPC) e, portanto, a obtenção (ou não) do benefício. O conceito contou com importantes alterações ao logo de toda evolução legislativa ocorrida em torno do BPC.

A família, conforme regulamentação inicialmente trazida pelo § 1º do art. 20 da Lei n. 8.742/93, foi concebida como a unidade mononuclear de pessoas vivendo sob o mesmo teto (in-

dependentemente da existência de grau de parentesco), em que a economia era mantida pela contribuição de seus integrantes. Afere-se que o conceito estava inicialmente dissociado de relações biológicas, normalmente associadas à ideia de família, utilizando-se a lei de uma perspectiva sociológica, bastante útil à realidade brasileira, pois, no tocante ao conceito de família, a norma contemplou uma perspectiva abrangente de núcleo familiar.

Posteriormente, a Lei n. 9.720, de 30 de novembro de 1998, modificando o citado dispositivo legal, alterou o conceito de família estabelecido anteriormente, passando a restringi-lo aos dependentes para fins previdenciários previstos no art. 16 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, entendendo-se então como família o conjunto de pessoas elencadas no referido artigo, desde que vivam sob o mesmo teto¹⁶.

Com a modificação ocorrida, a lei não incorporou ao conceito de família, membros como filhos e irmãos com mais de 21 anos e outras pessoas, como padrasto, madrasta, netos, genros, noras, cunhados etc., potencialmente detentores de renda, situação que passou a constituir um fator prejudicial para o processo de obtenção do benefício constitucional em razão do afastamento destas pessoas.

A delimitação trazida pela Lei n. 9.720/98 gerou muita polêmica na prática, causando divergência jurisprudencial e, embora algumas decisões judiciais tenham aplicado a lei em sentido literal, outras decisões, com fundamento nas "peculiaridades" dos casos concretos, passaram a ser proferidas, "relativizando" o rol pretensamente exaustivo do grupo familiar trazido pela referida lei, visando-se à realização da proteção e justiça sociais, bem como ao atendimento dos fins sociais objetivados pela lei.

Nesse sentido, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) decidiu que (mesmo diante de previsão legal expressa) o rol do grupo familiar não é exaustivo, podendo, diante do caso concreto e avaliadas as suas peculiaridades, ser alargado ou diminuído, de acordo com a equitativa apreciação judicial.

Nessa linha (ainda na vigência da redação trazida pela Lei n. 9.720/98), a Turma entendeu que o padrasto (ou a

madrasta) pode ser considerado como membro da família, pois é incumbência do julgador, em cada caso concreto, avaliar se outras pessoas não inseridas no art. 16 da Lei n. 8.213/91 fazem parte da família que vive sob o mesmo teto¹⁷.

Anteriormente, em outra situação, a TNU havia afastado a filha maior de 21 anos (e a filha desta, neta da autora) do núcleo familiar, sob o fundamento de que, na ocasião, o § 1º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 fazia referência ao art. 16 da Lei n. 8.213/91, e que o rol desse último seria exaustivo. Verifica-se que o argumento empregado é diametralmente oposto à decisão citada anteriormente, que considerou a listagem como sendo meramente exemplificativa¹⁸.

[...] o direito fundamental a um salário mínimo dispensado pela Constituição a todos os que dele necessitam, somente tem sido efetivado para muitos idosos e pessoas com deficiência graças à atuação do Poder Judiciário [...]

Recentemente a Lei n. 12.435/2011 operou a redefinição do conceito de família ao alterar novamente a redação do § 1º, do art. 20, da Lei n. 8.742/93 e, modificando substancialmente o conceito para fins de acesso ao BPC, dispôs 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 a nova configuração do núcleo familiar trazida pela referida lei, a falta dos pais poderá ser suprida com a presença da madrasta ou padrasto. Quanto aos filhos e irmãos, que antes deveriam ser menores de 21 anos ou inválidos, basta agora que sejam solteiros e residam sob o mesmo teto do postulante do benefício.

De forma bastante inovadora, a lei acrescentou também ao rol os enteados solteiros e os menores tutelados que vivam sob o mesmo teto do postulante. Nesse ponto a legislação operou um significativo avanço se comparada à regulação anterior, abraçando orientações que a jurisprudência já vinha tomando em julgados em que se discutia a composição do grupo familiar para fins de concessão do benefício, v.g., a inclusão de padrasto ou madrasta no núcleo familiar.

Contudo, mesmo com a sobredita

modificação, a norma se manteve equidistante de sua redação original (que permitia a inclusão, no grupo familiar, de qualquer pessoa vivendo sob o mesmo teto, independentemente de relação de parentesco) e, assemelhando-se ao texto anterior, mas agora com a diferença de que não mais faz referência aos dependentes para fins previdenciários previstos na Lei n. 8.213/91, listou expressamente quem pode ser considerado como integrante do núcleo familiar, encerrando mais uma vez um núcleo familiar pretensamente exaustivo.

Com isso, mais uma vez, andou mal o legislador ao optar pela manutenção de um rol fechado de pessoas que compõem o grupo familiar para fins

de acesso ao BPC, quando na verdade, deveria ter proporcionado uma abertura para a apreciação administrativa e judicial das circunstâncias peculiares de cada caso concreto.

Com a nova regulação, a interpretação que se tem, a exemplo da anterior, é a de que qualquer pessoa que não esteja arrolada no dispositivo legal deve ser imediatamente desconsiderada, tanto para o cálculo do número de indivíduos quanto para o cômputo da renda *per capita* do grupo familiar, o que pode gerar situações injustas, uma vez que a opção legislativa acaba por desconsiderar as características concretas de cada situação familiar especificamente considerada. Nesse ponto, manteve-se o retrocesso que a regulamentação havia provocado por meio da Lei n. 9.720/98.

Para atender-se ao mandamento constitucional, cujas disposições não podem ser contrariadas por legislação ordinária e considerando-se o sistema normativo de forma harmônica (buscando-se interpretações que não importem em derrogações), verifica-se não ser possível uma interpretação do § 1º do art. 20 da LOAS de forma puramente gramatical e restritiva, no tocante ao conceito de família, sob pena de incorrer-se em injustiças e macular a intenção constitucional que estabeleceu o benefício.

Apenas para citar um exemplo, se uma mãe ou um pai idoso, mesmo não tendo renda própria, coabitam com filhos maiores de vinte e um anos e aptos para o trabalho, e esses, por imperativos jurídicos e morais, têm condições materiais de prover com dignidade a manutenção de seus pais, não há como concluir pela miserabilidade familiar para a concessão do benefício assistencial. Assim, verificados o descaso e o abandono dos filhos em relação aos seus pais, estes estão fadados à penúria, uma vez que, aplicada a literalidade da lei de forma neutra e avaliativa, não será possível o acesso ao benefício.

Diante desse quadro, que certamente continuará ensejando a exclusão de uma significativa parcela de postulantes do acesso ao benefício constitucional, a única saída para o alcance do referido benefício será continuar levando a questão ao Poder Judiciário. Dessarte, poderão ter analisada a sua situação e a de sua família de maneira peculiar, considerando-se todos os elementos de cada caso concreto, inclusive naquilo que diz respeito à composição familiar, a fim de alcançar o objetivo da Constituição na criação do benefício em comento, o de possibilitar o seu acesso a quem dele realmente necessitar.

Além dos fatores descritos acima, pode-se dizer ainda que a regulamentação do BPC foi restritiva porque não permitiu a equidade, uma vez que o benefício, nos termos da regulamentação original e infelizmente também pela nova redação dada ao § 4º do art. 20 da LOAS pela Lei n. 12.435/2011, não pode ser acumulado com qualquer outro benefício em pecúnia que o idoso ou pessoa com deficiência ou alguém de sua família possa receber, no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

O Estatuto do Idoso regulamentou essa questão de modo diverso, no *parágrafo único* do seu art. 34, prevendo que o benefício concedido a qualquer membro da família não deve ser computado para fins de cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

A Lei n. 12.435/2011 trouxe também o conceito de Proteção Social Básica, destinada à prevenção de situações de vulnerabilidade e risco social e de Proteção Social Especial, com ênfase na reconstrução dos vínculos familiares e comunitários.

Contudo, este dispositivo não tem sido respeitado pelo órgão público (com todas as suas burocracias) encarregado de operacionalizar a concessão do BPC¹⁹, pois, para o postulante ver seu direito fundamental implementado, precisa socorrer-se constantemente do Poder Judiciário que, sensível à realidade social dos idosos e deficientes no Brasil, bem como às diretrizes constitucionais, e lançando mão de uma interpretação condizente com o *espírito da Constituição*, tem efetivado esse direito fundamental para muitos idosos²⁰. Nesse mesmo sentido, a Turma Recursal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região editou a súmula de n. 20, dispondo que *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*²¹.

De igual modo, a TNU, com base no *parágrafo único* do art. 34 do Estatuto do Idoso, tem entendido que, no caso da concessão do benefício assistencial ao idoso e à pessoa com deficiência, cabe a exclusão de benefício de valor mínimo recebido por outro idoso do grupo familiar, ainda que seja de cunho previdenciário, o qual também fica excluído do grupo para fins de cálculo da renda familiar *per capita*²².

Nota-se, assim, que um direito socioassistencial de natureza fundamental, que deveria ser atuado na esfera administrativa pelas governanças públicas somente tem encontrado o devido amparo e o efetivo mecanismo de defesa em outra esfera, uma vez que a assistência social como gestão de política pública não tem se empenhado em fazer transitar acessos em direitos reclamáveis no âmbito administrativo. É preciso que fique claro que não está aqui a se falar de um favor prestado pelo Estado aos idosos e às pessoas com deficiência, mas de um direito constitucional, que, embora previsto constitucionalmente, desde a sua primeira regulamentação tem encontrado óbice diante dos Poderes Públicos para sua concretização.

Como a regulamentação do benefício tardou cinco anos para ocorrer desde a sua previsão constitucional, o Supremo Tribunal Federal, na ausência de lei regulamentadora, havia adotado o entendimento de que o inc. V do art. 203 da Constituição que estipulou o benefício não seria autoaplicável, mas dependente de regulamentação por lei infraconstitucional²³. Portanto, mais de oito anos se passaram sem que os seus destinatários pudessem ter acesso a um direito seu estabelecido constitucionalmente, pois mesmo com a regulamentação em 1993, o benefício só passou a ser implementado em 1996.

Não bastassem os aspectos negativos da regulação do benefício já apresentados, comprovando-se que as restrições impostas pela LOAS para a sua obtenção foram severas, a pior delas, sem dúvida, foi o critério objetivo estipulado para aferir-se a miserabilidade familiar, isto é, a necessidade de comprovação da renda familiar mensal *per capita* ser inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

Logo após a legislação ter previsto o critério em discussão, a sua constitucionalidade foi questionada, e o Poder Judiciário passou a receber inúmeras ações visando à obtenção do benefício constitucional indeferido no âmbito administrativo²⁴.

Uma confusão se originou na interpretação dessa regra e perdura desde então nos fóruns de discussão jurídica e na jurisprudência, em que se indaga se o recebimento de uma renda mensal familiar inferior ou superior a 1/4 (um quarto) de salário mínimo constitui uma presunção absoluta (*juris et de jure*) ou relativa (*juris tantum*) da condição do idoso/pessoa com deficiência e de suas famílias.

Em outras palavras, indaga-se se o referido requisito (analisado isoladamente) constitui uma certeza inafastável da existência (ou não) de risco social para os destinatários do benefício, capaz de justificar (ou não) serem eles merecedores da prestação assistencial. Muito se discute acerca da necessidade da análise de outras condições da família, e não somente da renda *per capita*, isoladamente considerada, visto que, concretamente, outras situações podem demonstrar as reais necessidades econômicas daqueles que buscam o acesso ao benefício.

Esse cenário deu ensejo à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.232/DF, de 24 de fevereiro de 1995,

pelo então Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira de Alvarenga. Por meio da referida ação, questionou-se a constitucionalidade do critério objetivo fixado pela lei federal para o acesso ao benefício assistencial previsto no inc. V do art. 203 da Constituição da República.

Analisando a questão, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o dispositivo constitucional passou a ter eficácia plena com a regulamentação trazida pela LOAS. De acordo com o STF, que, por maioria julgou improcedente a ADIn., sob o fundamento de que o dispositivo constitucional atribuiu à lei infraconstitucional a fixação dos parâmetros para a concessão do benefício, a prova da miserabilidade deve então ser feita pela análise dos rendimentos mensais do idoso e de seu respectivo núcleo familiar. Condição para tal é a de que devem viver sob o mesmo teto, considerando-se incapaz de prover a própria manutenção a pessoa idosa ou com deficiência cuja família possuir renda mensal *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, conforme se depreende da Ementa da referida ADIn.²⁵

O entendimento da Suprema Corte brasileira nesse acórdão merece algum esclarecimento. Dois pontos importantes precisam ser destacados acerca do julgamento da ADIn referida acima. Primeiramente, pelo sucinto voto do então Ministro Nelson Jobim revela-se uma exacerbada veneração à lei em detrimento da Constituição, bem como afere-se o triste influxo da tese positivista da neutralidade do direito, segundo a qual este pode ter qualquer conteúdo (Hoerster, 2000, p. 12), mesmo que possa ensejar uma multidão de idosos e deficientes excluídos de um legítimo direito constitucional²⁶.

O segundo ponto que merece destaque é o construtivo voto do Relator da referida ADIn, o então Ministro Ilmar Galvão²⁷, que, lançando mão da **técnica da interpretação conforme** – importante construção ocorrida no Estado Constitucional contemporâneo pela jurisprudência do Tribunal Federal Alemão (MENDES, 1996, p. 222) – entendeu que os requisitos trazidos pela lei regulamentadora do benefício em questão não impedem a comprovação da miserabilidade do idoso e da pessoa com deficiência por outros meios, isto é, pela análise da situação específica de quem pleiteia o

benefício, depreendendo-se daí a possibilidade de o aplicador do direito considerar outros aspectos (premissas fáticas de cada caso), além dos limites objetivos trazidos pela lei regulamentadora.

O que se observa, portanto, é que o STF, lançando mão da técnica da interpretação conforme, abrandou o rigor da lei federal que havia limitado em pontos que a Constituição não limitou, possibilitando assim aos idosos e às pessoas com deficiência comprovar a sua miserabilidade (e a de sua família) por outros meios e não somente pela hipótese objetiva trazida pela lei.

Talvez a mais importante e significativa mudança trazida pela Lei n. 12.470/2011 em favor das pessoas com deficiência consiste na diminuição das barreiras trabalhistas e na consequente promoção da inclusão delas no mercado de trabalho [...]

Com a aplicação da interpretação conforme a Constituição, o entendimento do STF foi no sentido de que a lei estabeleceu uma presunção absoluta de que as famílias cuja renda fosse inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo estariam automaticamente dispensadas de provar sua incapacidade para prover o idoso e o deficiente, estando sua miserabilidade demonstrada de plano. Por outro lado, para a hipótese de ser constatada uma renda familiar superior à fração legal, a lei estabeleceu uma presunção relativa, ou seja, nesse caso a vulnerabilidade econômica e social destas pessoas e de suas famílias poderá ser aferida por outros meios.

Nota-se aqui uma engenhosa construção do aplicador do direito (CAMBI, 2010, p. 109)²⁸, lançando mão de técnicas interpretativas próprias do Estado Constitucional de Direito, no intuito de preservar os fins e valores constitucionais (BARROSO, 2010, p. 204) e assim possibilitar a concretização de um direito fundamental, fazendo atuar, indiretamente, uma política pública de assistência social estabelecida pela Constituição.

Mesmo diante da decisão do STF, a matéria não se tornou pacífica. O então Ministro Néri da Silveira, no julgamento do RE n. 286.543-5, afirmou que o limite previsto no § 3º, do art. 20, da LOAS [...] *não encontra fundamento de validade*

*jurídica na Lei Maior vigente*²⁹. Inúmeras decisões judiciais firmaram-se fundamentadas nesse sentido, sustentando que o critério da miserabilidade, única e exclusivamente considerado, nega o princípio da dignidade da pessoa humana e, com isso, fere núcleo essencial da Constituição, razão pela qual grande parcela da jurisprudência passou a considerar outros elementos em cada caso concreto, para a aferição da condição econômica de cada família.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o critério objetivo de 1/4 (um quarto) do salário mínimo não é absoluto, podendo

o julgador valer-se de outros elementos de prova para formar a sua convicção acerca da condição de miserabilidade do requerente do benefício. Esse é o entendimento revelado pelo paradigmático acórdão prolatado no REsp. n. 1.112.557/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho³⁰, e que se encontra solidificado no âmbito do STJ³¹.

No mesmo sentido, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais publicou a Súmula n. 11, que previa, em seu enunciado, que *a renda mensal, per capita, familiar, superior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante*. Contudo, referida súmula foi cancelada em 12 de maio de 2006.

Não obstante o cancelamento da súmula, a TNU, em sessão de julgamento realizada em 13 de agosto de 2007, confirmou, em diversos processos, o entendimento de que o critério objetivo fixado pela LOAS não é o único critério válido para comprovação da miserabilidade do postulante e de sua família nos casos de concessão de benefício assistencial, uma vez que, para os membros do colegiado, outros fatores podem ser considerados para constatação do referido estado de miserabilidade.

Um dos fatores, exemplificando, é a exclusão da aposentadoria recebida pelo cônjuge, no valor de um salário mínimo, do cálculo da renda familiar, nos casos em que tanto este quanto o requerente são idosos, uma vez que o Estatuto do Idoso (*parágrafo único* do art. 34) autoriza essa exclusão. Nessa hipótese, o relator do processo observa que a autora mora em uma casa cedida pela filha, bem como que o serviço social disponibilizou nos autos, laudo concluindo que ela apresenta os critérios para a concessão do benefício.

De acordo com o laudo, os critérios estão consubstanciados no fato de ela residir com o marido, vivendo ambos apenas da renda dele e de ser ela insuficiente para a sobrevivência do casal, que tem gastos com alimentação, medicamentos, água, luz e outras despesas. Além disso, o laudo atestou também que a autora é idosa doente (hipertensa), necessitando de uso contínuo de medicação³².

Em outro processo, a renda familiar *per capita* extrapolava o limite de ¼ do salário mínimo, no entanto, a autora comprovou ser portadora do vírus HIV, deficiente física e, portanto, incapaz para o trabalho. De acordo com o relator desse processo, a renda auferida pelo grupo familiar, que, na época, era composto de oito pessoas, tem origem na aposentadoria recebida pelo pai da autora (62 anos), hipertenso, que também faz uso de medicamentos, e no salário de um irmão solteiro, no valor mínimo. Nesse caso, o julgador deveria ter sopesado *as necessidades especiais da autora, de alimentação diferenciada e acompanhamento constante, decorrentes das crises sofridas em decorrência da AIDS e dos transtornos mentais remanescentes como seqüela da toxoplasmose cerebral de que foi acometida*³³.

Nesse sentido, a TNU tem entendido que a renda familiar *per capita* de até ¼ do salário mínimo gera presunção absoluta de miserabilidade, mas não é um critério absoluto. Trata-se de um limite mínimo, motivo pelo qual a renda superior a este patamar não afasta o direito ao benefício se a miserabilidade restar comprovada por outros meios³⁴. Nessa mesma linha é a jurisprudência dos tribunais regionais federais sobre a temática em questão³⁵.

[...] o constitucionalismo do Estado Constitucional contemporâneo constitui um ambiente favorável à efetivação dos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência, notadamente por meio da atuação do Poder Judiciário [...]

O que se vê, portanto, por meio da análise destes e de outros julgados é que o direito fundamental a um salário mínimo dispensado pela Constituição a todos os que dele necessitam somente tem sido efetivado para muitos idosos e pessoas com deficiência graças à atuação do Poder Judiciário que, lançando mão de uma hermenêutica e de técnicas interpretativas próprias do Estado Constitucional contemporâneo, tem afastado a possibilidade de incidência da lei nos casos concretos de forma puramente mecânica, neutra e avaliativa.

Como visto, o entendimento adotado pelo STF não apaziguou, de maneira definitiva, a tormenta hermenêutica que,

ainda hoje, gravita em torno da interpretação da regra do § 3º, do art. 20, da Lei n. 8.742/93, uma vez que é possível perceber que a exegese fixada pela Corte Superior potencializou a lacuna axiológica que se extrai do dispositivo regulamentador infraconstitucional.

Com a edição da Lei n. 12.435/2011, o legislador perdeu uma grande oportunidade legislativa de pôr fim a toda desarmonia jurisprudencial que gravita em torno da polêmica regra. Por meio da referida lei, que realizou significativas alterações na LOAS, o legislador poderia ter sepultado, de uma vez por todas, a controvérsia em discussão que, ao que tudo indica, terá ainda grande sobrevida. Mas, ao contrário, preferiu o silêncio e a histórica (e talvez proposital) indiferença legislativa.

Desse modo, o postulante do benefício em comento certamente ainda necessitará por um longo tempo socorrer-se (e em não poucos casos) do Poder Judiciário se quiser ver implementado um direito fundamental seu que deveria ser-lhe concedido ao menos de uma forma menos tormentosa. Nesse ponto, a nova regulamentação ocorrida em 2011 não experimentou avanços ou retrocessos no tocante à regulamentação do BPC, embora pudesse ter evoluído para abraçar o entendimento jurisprudencial segundo o qual a prova da miserabilidade familiar pode ocorrer por outros meios além do critério objetivo fixado em lei.

Diante de todos estes aspectos, é no mínimo curiosa a colocação feita por Fávero (2008, p. 179) ao afirmar que: *quando se fala em assistência social, uma célebre pergunta, que inclusive já foi tema de redação de um dos maiores vestibulares do Brasil, é sempre lembrada: “dar o peixe ou ensinar a pescar?”. A conclusão a que se frequentemente se chega é sobre a impossibilidade de se optar por apenas uma das duas condutas. Apenas “dar o peixe” leva a uma conduta caritativa que em nada contribui para a inclusão social da pessoa humana. Por outro lado, ninguém aprende nada de “estômago vazio”.*

Para a autora, o BPC foi e tem sido regulado com essa dupla finalidade, o que não é de todo difícil aferir-se por todos os comentários já deduzidos até aqui. Segundo ela é realmente uma lástima o fato de que a lei ordinária, *que deveria apenas disciplinar o ACESSO ao benefício, tenha praticamente inviabilizado este acesso, ou, quando não, transformado a obtenção do benefício num ATESTADO de incapacidade.* (FÁVERO, 2008, p. 183)

Ao cabo de contas, o efeito ocorrido foi exatamente contrário do pretendido pela Constituição, isto é, ao exigir-se do idoso e da pessoa com deficiência a comprovação da incapacidade para prover a própria manutenção ou de não tê-la provida pela sua família, fixando-se um critério objetivo mesquinho (para dizer o menos) para comprovação da miserabilidade familiar, a LOAS (e suas subsequentes alterações) estabeleceu um corte que originou uma legião de idosos e deficientes excluídos sociais e, como consequência, a não inclusão social desejada pela Constituição. Malogrou-se a dignidade, a solidariedade e a cidadania, e certamente não era essa a vontade constitucional, a *vontade de Constituição* (HESSE, 1991, p. 19).

Em meio ao infeliz cenário que se apresentou até o momento, no ano de 2011 o BPC experimentou importantes avanços legislativos. A Lei n. 12.435/2011, além das alterações promovidas na LOAS, já comentadas neste texto, criou também o SUAS (Sistema Único de Assistência Social), sistema descentralizado e participativo destinado a realizar a gestão das ações na

área de assistência social. Alguns de seus principais objetivos são: promover a cooperação técnica dos entes federativos no âmbito público e privado para as ações assistenciais e integrar a rede pública e privada de serviços, programas, projetos e benefícios de assistência social.

A Lei n. 12.435/2011 trouxe também o conceito de Proteção Social Básica, destinado à prevenção de situações de vulnerabilidade e risco social e de Proteção Social Especial, com ênfase na reconstrução dos vínculos familiares e comunitários.

Por sua vez, a Lei n. 12.470/2011 realizou importantes alterações, na LOAS, que tiveram o condão de consagrar um importante avanço na proteção social das pessoas com deficiência, fato que certamente contribuirá para proporcionar um maior acesso destas pessoas ao benefício assistencial.

A primeira delas refere-se ao conceito de pessoa com deficiência. A Lei n. 12.435/2011 alterou o § 2º do art. 20 da LOAS, que estabelecia originalmente que pessoa com deficiência era aquela **incapacitada para a vida independente e para o trabalho**, conceito que gerava controvérsias, uma vez que muito se questionava acerca da incapacidade referida pela lei, ou seja, se esta deveria ser total ou parcial ou ainda permanente ou temporária.

Com a nova redação, operou-se uma importante redefinição no conceito em questão, estabelecendo-se que a pessoa com deficiência é *aquela que tem impedimentos 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*.

Nesse ponto, a lei adequou parcialmente o conceito legal à *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, já mencionada neste trabalho (art. 1)³⁶. Por sua vez, a Lei n. 12.470/2011, introduzindo, no conceito legal, o impedimento de natureza mental, promoveu a total adequação com o estabelecido na referida Convenção.

Conforme é possível aferir-se, a nova definição leva em conta dois principais aspectos, isto é, o **biológico**, consistente nos *impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial* e o **sociológico**, consubstan-

ciado na *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*. Assim, a deficiência deverá ser compreendida como um impedimento de longo prazo (não necessariamente definitivo ou permanente) de natureza biológica que traz restrições biológicas e sociais para a pessoa com deficiência.

Para fins de acesso ao BPC, a principal diferença trazida pela alteração legislativa está no fato de que se deixa de exigir a incapacidade permanente para a vida independente e para o trabalho, devendo a deficiência ser compreendida como um fenômeno biológico e social que impede a pessoa de prover a sua própria subsistência não somente de forma permanente, mas bastando que tal impedimento ocorra por um longo prazo, entendendo-se este, de acordo com o § 10º do art. 20 da LOAS, *aquela que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos*. Nesse ponto, andou bem o legislador, uma vez que essa definição veio pacificar a controvérsia até então existente acerca da possibilidade de se conceder (ou não) o benefício assistencial constitucional para a pessoa que não tenha uma deficiência permanente.

Como outra alteração benéfica às pessoas com deficiência, destaca-se a inclusão do § 3º ao art. 21 da LOAS pela Lei n. 12.435/2011, estabelecendo que *o desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência*, situações que antes tinham o condão de ensejar a suspensão ou a cessação do referido benefício.

Talvez a mais importante e significativa mudança trazida pela Lei n. 12.470/2011 em favor das pessoas com deficiência consiste na diminuição das barreiras trabalhistas e na consequente promoção da inclusão delas no mercado de trabalho, retirando-as de uma esfera de marginalização e exclusão social. Tal quadro era ensejado pela regulamentação anterior, uma vez que, além do preconceito e da falta de qualificação que atinge esse segmento social, a legislação também se mostrava como empecilho

para grande parte destas pessoas adentrar no mercado de trabalho.

Com a nova regulamentação, a Lei n. 12.470/2011 inseriu o art. 21-A na LOAS. De acordo com o referido dispositivo legal, as pessoas com deficiência que já recebem o benefício constitucional não mais terão extinguido o benefício quando adentrarem no mercado de trabalho (seja na condição de empregado, seja na condição de microempreendedor individual – art. 21-A). Isso ocorria até antes da nova lei, quando os beneficiários, independentemente de serem efetivados em um trabalho, perdiam em definitivo o benefício (em decorrência da redação original do § 1º do art. 21), fato que atuava como um desestimulante na procura por postos de trabalho.

Com a nova redação, o beneficiário ativo, ao ter acesso a um novo emprego, apenas terá suspenso (e não extinto) o benefício (§ 1º do art. 21-A), o que faz com que esses profissionais passem a ser beneficiados com todas as vantagens cognitivas e sociais que um trabalho ou um empreendimento pode proporcionar³⁷.

A nova lei também dispensou garantia similar aos menores aprendizes. De acordo com o § 2º do art. 21-A, *a contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício*. Assim, ao invés de os aprendizes perderem o benefício anteriormente concedido, passarão a acumular a ajuda financeira assistencial com o salário-aprendizagem, prestigiando-se a importância psicossocial da aprendizagem para essas pessoas, uma vez que esse mecanismo poderá levá-las à emancipação do benefício assistencial por meio de sua inserção definitiva no mercado de trabalho.

Considerados os aspectos positivos da reformulação legislativa que favorecem as pessoas com deficiência, cabe dizer que a breve incursão na trajetória do BPC feita até aqui, marcada por avanços e retrocessos, infelizmente demonstra uma perversa lógica que tem orientado a sua materialização (limitar onde a Constituição não limitou). Ainda que algumas mudanças tenham aperfeiçoado o processo e facilitado o seu acesso, o que pode aferir-se ao longo do tempo é uma história de aprofundamento da se-

letividade e consequente exclusão social dos seus destinatários, notadamente pela via administrativa.

Contudo, mesmo diante dos aspectos negativos apresentados na regulação do BPC, na qual a legislação não cuidou em observar os princípios constitucionais que deveriam nortear a regulamentação do referido benefício, a Suprema Corte brasileira realizou a sua função de intérprete máximo e guardião maior das normas constitucionais. Observou tais princípios e possibilitou (ao menos não obstando), por meio de uma construção interpretativa bem elaborada, a incidência de uma norma apta a concretizar o direito fundamental do idoso e do deficiente ao benefício constitucional, uma vez que entendeu ser possível a comprovação da situação de miserabilidade por outros meios, além daqueles previstos pela legislação infraconstitucional.

Na mesma linha, o Poder Judiciário, de modo geral, atento àquilo que foi objetivado pela Constituição e aos fins sociais aos quais a lei se destina, ou seja, vislumbrando a necessidade da prestação de assistência e proteção social a quem necessita e a imperiosidade da proteção dos idosos e das pessoas com deficiência que se encontram numa situação de miserabilidade, tem socorrido os postulantes do benefício, possibilitando o exercício de um direito cerceado arbitrariamente. Tudo com base em uma interpretação que mais se aproxima do espírito da Constituição e da vontade constitucional, não se pautando, portanto, pela mera interpretação literal e fria da letra da lei³⁸.

3 CONCLUSÕES

A Constituição de 1988 colocou todos os indivíduos que compõem a sociedade brasileira frente a um conjunto de valores materiais, regras e princípios fundamentais que dizem respeito à pessoa humana e à sua dignidade e cidadania que precisam ser protegidos, atuados e concretizados, notadamente pelo Poder Judiciário.

O presente trabalho demonstrou que o constitucionalismo do Estado Constitucional contemporâneo constitui um ambiente favorável à efetivação dos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência, notadamente por meio da atuação do Poder Judiciário na realização de um direito fundamental que tem sido arbitrariamente cerceado de seus destinatários, o que tem ocorrido com o Benefício da Prestação Continuada (BPC).

A Constituição, visando à proteção social, ao bem-estar e à justiça social, estabeleceu que a assistência social deveria ser prestada a quem dela necessitasse, criando um benefício específico para os idosos e pessoas com deficiência. Mas conforme se aferiu, não obstante a evolução legislativa ocorrida na regulamentação legal do referido benefício, marcada por avanços e retrocessos, erros e acertos, a plena finalidade almejada pela Constituição ainda não foi alcançada até o momento, uma vez que referida regulação se deu de forma tardia, seletiva, transmutada, restritiva e arbitrária, acabando por dar ensejo à exclusão de muitos idosos e deficientes no tocante ao acesso ao benefício, frustrando-se com isso os objetivos estabelecidos pela Constituição.

Conclui-se, portanto, que as restrições trazidas pela Lei de Organização da Assistência Social, ao disciplinar o benefício constitucional (e suas posteriores alterações), não podem prevalecer diante daquilo que foi objetivado pela Constituição no tocante à finalidade do benefício, que foi justamente estender

a proteção social a quem dele necessitar e assim promover o bem-estar e a justiça sociais.

Desse modo, nas demandas que versam sobre o benefício assistencial não se pode olvidar da teleologia da norma, substanciada na assistência aos menos favorecidos, garantindo-lhes uma subsistência humana digna, bem como das peculiaridades do caso concreto. Assim, não se mostra possível uma interpretação dos dispositivos da LOAS de forma literal, neutra e avaliativa, desgarrada dos aspectos peculiares relacionados a cada caso concreto, sob pena de incorrer-se em injustiças para com os postulantes do BPC.

Nesse sentido, a negação do benefício com base unicamente em ausência de comprovação de renda *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo não satisfaz às exigências constitucionais, visto que toda lei deve ser interpretada em conformidade com os princípios constitucionais, sendo suficiente, portanto, que a comprovação do estado social de miserabilidade em que vive o postulante do benefício ocorra por outros meios que atestem tal situação.

Assim, pelas exposições trazidas foi possível verificar que, desde a insuficiente regulamentação inicial do BPC até os dias atuais, tem cabido em grande parte ao Poder Judiciário a concretização desse direito fundamental em favor dos idosos e das pessoas com deficiência, o que se pode aferir por meio dos diversos julgados apresentados neste texto e seus respectivos comentários.

Restou constatado, portanto, que os idosos e as pessoas com deficiência, constantemente subtraídos do exercício de um direito constitucional – uma vez que a obtenção do benefício pela via administrativa tem-se mostrado absolutamente penosa ao longo dos anos – têm encontrado uma melhor guarida de seus direitos por meio da atuação do Judiciário, que é certamente um dos maiores responsáveis por transportar tais direitos para a esfera da realidade e da tangibilidade.

NOTAS

- 1 O presente texto utiliza a expressão “pessoas com deficiência” em razão de ser a terminologia adotada pela *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)*, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, ratificada pelo Brasil em 1º de agosto de 2008, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008 e promulgada pela Presidência da República pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, constituindo o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado na forma do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, obedecendo, portanto, ao rito específico de aprovação para tornar-se equivalente à emenda constitucional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011.
- 2 Esse constitucionalismo contemporâneo tem sido designado por alguns como neoconstitucionalismo, termo utilizado para indicar, por um lado, uma série de fenômenos evolutivos que têm provocado evidentes impactos naquilo que se costuma denominar “modelo de Estado constitucional” e transformado dito modelo; por outro, se faz referência a uma determinada **teoria do direito constitucional** que tem surgido nos últimos anos, por conta das transformações ocorridas e que se encarrega de explicar este novo estado de coisas normalmente em termos bastante positivos (CARBONELL, 2009, p. 9-10).
- 3 Atualmente é pacífico o entendimento de que os princípios constitucionais possuem a natureza de autênticas normas jurídicas, portanto, imperativas, de caráter vinculativo e obrigatório. (ALEXY, 2008, p. 87; ROTHENBURG, 1999, p. 15-16 e 49; CANOTILHO, 2003, p. 1159; GRAU, 2009, p. 49).
- 4 Para uma análise *dúctil* acerca das distinções entre as regras, princípios e valores constitucionais vale consultar a obra de André Rufino do Vale, intitulada *Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*.

- 5 O BPC tem a sua gestão realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), que é responsável pela sua implementação, coordenação, regulação, financiamento, monitoramento e avaliação. A operacionalização é realizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). O BPC veio em substituição da Renda Mensal Vitalícia, que era um benefício da Previdência Social, de caráter assistencial, concedido no período de 1975 até 1996 às pessoas idosas e inválidas que cumprissem determinadas exigências relativas, necessariamente, à sua incapacidade para o trabalho, devendo-se destacar que o critério para aferição de renda desse benefício era menos excludente em relação ao BPC. Breves considerações acerca da Renda Mensal Vitalícia (RMV) podem ser verificadas em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/renda-mensal-vitalicia-rmv>>. Acesso em: 03 nov. 2011.
- 6 O art. 193 da Constituição Federal estabelece que constitui objetivo da ordem social brasileira o bem-estar e a justiça sociais.
- 7 A assistência social é entendida por Martinez (1992, apud MARTINS, 2005, p. 497) como um 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.
- 8 A Seguridade Social é, sem dúvida, um dos instrumentos disciplinados pela ordem social brasileira visando ao implemento do bem-estar e da justiça sociais, conforme estabelece o art. 194 e ss. da CF: *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.*
- 9 Art. 203. **A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social,** e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (Grifo nosso)
- 10 Nas palavras de Sposati (2008, p. 126), o BPC é um mínimo social enquanto se constitui em um dispositivo de proteção social destinado a garantir, mediante prestações mensais, um valor básico de renda às pessoas que não possuem condições de obtê-la, de forma suficiente, por meio de suas atividades atuais ou anteriores. *Todavia, a forma seletiva e residual de acessá-lo não parece corresponder ao disposto constitucional que afiança um salário mínimo ao idoso e à pessoa portadora de deficiência sem renda a que dele necessitar.*
- 11 Embora constituído em 1988, a regulamentação do benefício constitucional ocorreu somente em 1993, ou seja, cinco anos após a sua previsão pela Constituição. Não bastasse a regulamentação tardia, em razão de dificuldades orçamentárias e de gestão, o benefício somente foi implantado efetivamente, e ainda parcialmente, em janeiro de 1996. Sob outro enfoque, cabe ainda destacar que benefício da mesma natureza já se apresentava na França desde 1940; na Alemanha e Holanda, desde 1960; e na Bélgica, desde 1970.
- 12 Destaca Peres (2008, p. 89) que *a expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade.*
- 13 O Decreto n. 1.744/95 foi revogado pelo Decreto n. 6.214/2007, vigente atualmente e que regulamenta o BPC da assistência social devido ao idoso e à pessoa com deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6214.htm>. Acesso em: 03 nov. 2011.
- 14 A primeira redução na idade mínima para a concessão do BPC ao idoso, de 70 para 67 anos, ocorreu somente com a entrada em vigor da Lei n. 9.720, de 30 de novembro de 1998 (art. 1º), portanto, dez meses após a data prevista no Decreto de 1995.
- 15 A redução que deveria ter ocorrido a partir de 1º de janeiro de 2000 aconteceu somente três anos mais tarde, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso.
- 16 Para fins de acesso ao BPC, de acordo com o art. 16 da Lei n. 8.213/91, a família passou a ser compreendida somente pelo cônjuge; companheiro; companheira; filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; pais; irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; e o enteado e o menor tutelado (que são equiparados a filho) mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento (Redação dada pela Lei n. 9.032/95).
- 17 **EMENTA PROCESSO CIVIL - ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. CONCEITO DE FAMÍLIA.** 1. *Ao apurar o grupo familiar do requerente, o juiz não está adstrito ao rol do art. 16 da Lei n. 8.213/91, que, neste caso, é meramente exemplificativo, podendo, diante do caso concreto, ser alargado ou diminuído, de acordo com a sua eqüitativa apreciação, e tendo em visto o art. 5º da Lei n. 11.340/2006.* 2. *Caso de retorno dos autos ao juízo de origem para, diante do caso concreto, fazer a adequação do julgado.* 3. *Recurso conhecido e provido em parte. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juizes da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, por maioria, conhecer e dar parcial provimento ao Incidente de Uniformização (PEDILEF 2007.70.95.006492-8 – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Rel. Juíza Federal Maria Divina Vitória. TNU – Turma Nacional de Uniformização, j. 26/09/2008, DJ 19/08/2009).*
- 18 PEDILEF 2005.63.06.002012-2 – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Rel. Juiz Federal Alexandre Miguel. TNU – Turma Nacional de Uniformização, j. 16/10/2006, DJ 13/11/2006.
- 19 Conforme já salientado, a responsabilidade pela operacionalização do BPC foi conferida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sendo, portanto, de sua competência verificar o preenchimento das condições necessárias para a concessão, ou não, do referido benefício (art. 3º do Anexo do Decreto n. 6.214/2007, que regulamenta o BPC).
- 20 **REEXAME NECESSÁRIO. TUTELA ANTECIPADA NO BOJO DA SENTENÇA. AGRAVO RETIDO. VIA INADEQUADA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTS. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 20 DA LEI N.º 8.742/93. IDOSA. HIPOSSUFICIÊNCIA. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO INICIAL. (...)** 4. *É importante assinalar que a Lei n. 10.741/2003, além de reduzir o requisito idade para a concessão do benefício assistencial, dispôs no parágrafo único do art. 34 que “O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas”. A lei outra coisa não fez senão deixar claro, em outras palavras, que o benefício mensal de um salário mínimo, recebido por qualquer membro da família, como única fonte de recursos, não afasta a condição de miserabilidade do núcleo familiar, em cuja situação se justifica a concessão de amparo social a outro membro da família que cumpra o requisito idade. Seria de indiscutível contra-senso se entender que o benefício mensal de um salário mínimo, na forma da LOAS, recebido por um membro da família, não impede a concessão de igual benefício a outro membro, ao passo que a concessão de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, nas mesmas condições, seria obstáculo à concessão de benefício assistencial. Se é de miserabilidade a situação da família com renda de um salário mínimo, consistente em benefício disciplinado pela LOAS, também o é pelo Regime Geral da Previdência Social quando o benefício recebido por um membro da família se restringir ao mínimo legal, pois a aferição da hipossuficiência é eminentemente de cunho econômico. Vai-se mais longe ainda. A renda familiar de um salário mínimo, percebida por um membro da família, independentemente da origem da receita, não poderá ser impedimento para que outro membro, cumprindo os demais requisitos exigidos pela Lei n. 8.742/93, afigure o benefício assistencial, pois a condição econômica para a sobrevivência é exatamente igual àquela situação de que trata o parágrafo único do art. 34 da Lei n. 10.741/2003. Na hipótese, o fato de o marido da Autora receber benefício previdenciário de um salário mínimo não obsta a concessão do “amparo social” à autora, [...]. (TRF 3ª Região, Décima Turma, decisão unânime, AC n. 897590/SP, Rel. Juiz Galvão Miranda, Julgado em 28.09.2004, publicado no DJU de 18.10.2004). (Grifo nosso)*
- 21 Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?id=COJEF_sumulasTRsSC>. Acesso em: 3 nov. 2011.
- 22 PEDILEF n. 2004.70.95.002805-4/PR, Rel. Juiz Fed. Renato Toniasso, DJ 19.12.2006; PEDILEF n. 2005.43.00.902053-5/TO, Rel. Juiz Fed. Maria Divina Vitória, DJ 26.09.2007; PEDILEF n. 2007.83.00.501082-8/PE, Rel. Juiz Fed. Sebastião Ogê Muniz, DJ 28.01.2009; PEDILEF n. 2007.83.02.509253-0/PE, Rel. Juiz Fed. Derivaldo de F. B. Filho, DJ 05.03.2010; PEDILEF n. 2008.70.51.004691-6/PR, Rel. Juiz Fed. Cláudio Roberto Canata, DJ 09.08.2010; PEDILEF n. 2006.72.95.019231-1/SC, Rel. Juiz Fed. José Eduardo do Nascimento, DJ 09.08.2010.
- 23 Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1232-1/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em 3 nov. 2011.
- 24 Com grande frequência o indeferimento do benefício na via administrativa

- ocorre em razão de o idoso e sua família possuir uma renda familiar per capita que ultrapassa o limite fixado na LOAS, ou seja, por não ser considerado miserável, para fins assistenciais. O INSS, ao negar a concessão do benefício, fundamenta sua decisão no critério objetivo estabelecido pelo § 3º, do art. 20, da Lei n. 8.742/93, justificando que a renda familiar ultrapassa o limite permitido legalmente. Em virtude de o critério regulado pela LOAS limitar demasiadamente o acesso ao benefício, deu-se ensejo à propositura de muitas ações judiciais para discutir o indeferimento administrativo do benefício assistencial.
- 25 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385451>>. Acesso em: 19 out. 2011.
- 26 O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, *data vênua*, do eminente Relator, compete à lei dispor a forma da 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.** (Grifo nosso). Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385451>>. Acesso em: 19 out. 2011.
- 27 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385451>>. Acesso em: 19 out. 2011.
- 28 Cambi (2010, p. 109), ao abordar o *construtivismo jurídico*, destaca que o direito não emana única e exclusivamente do Estado-legislador, bem como não se esgota em um catálogo de regras ou princípios.
- 29 Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4654>>. Acesso em: 25 out. 2011.
- 30 1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inc. V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, 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. 2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF. 4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável. 5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar. (Grifo nosso). STJ. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900409999&dt_publicacao=20/11/2009>. Acesso em 10 nov. 2011.
- 31 AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AFERIÇÃO DA RENDA PER CAPITA POR OUTROS MEIOS QUE NÃO O CRITÉRIO DE 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a condição de hipossuficiência para fins de obtenção de benefício assistencial pode ser aferida por outros meios de prova além da limitação legal relativa ao requisito econômico previsto na Lei n. 8.742/93. 2. Concluindo o Tribunal de origem, com fulcro nas provas produzidas, que a parte autora faz jus ao benefício assistencial porquanto demonstrada a situação de miserabilidade da entidade familiar, a inversão do julgado esbarra no enunciado n. 7 desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1265039/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/09/2011). (Grifo nosso)
- 32 PEDILEF 2005.43.00.902890-0 – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal. Juiz Federal HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS. TNU - Turma Nacional de Uniformização, DJU 02/10/2007.
- 33 PEDILEF 2005.34.00.754836-7 – Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal – Juiz Federal RENATO CÉSAR PESSANHA DE SOUZA. TNU - Turma Nacional de Uniformização, DJU 22/01/2008.
- 34 PEDILEF n. 2002.72.00.058384-7/SC, Rel. Juiz Fed. Ricardo César Mandarino Barretto, DJ 02.03.2005; PEDILEF n. 2005.84.13.001265-8/RN, Rel. Juiz Fed. Guilherme Bollorini Pereira, DJ 02.05.2006; PEDILEF n. 2002.51.51.022946-9/RJ, Rel. Juiz Fed. Maria Divina Vitória, DJ 28.05.2007; PEDILEF n. 2005.43.00.903968-3/TO, Rel. Juiz Fed. Maria Divina Vitória, DJ 24.03.2008; PEDILEF n. 2007.70.51.005210-9/PR, Rel. Juíza Fed. Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 16.03.2009; PEDILEF n. 2007.70.54.000813-5/PR, Rel. Juiz Fed. Derivaldo de F. B. Filho, DJ 05.05.2010.
- 35 TRF-1 – PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS). REQUISITOS LEGAIS. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. [...] 5. **O fato de renda familiar per capita ser superior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo não impede que outros fatores sejam considerados para a avaliação das condições de sobrevivência da parte autora e de sua família, fazendo com que a prova da miserabilidade necessária à concessão do benefício assistencial seja mais elástica.** [...] (AC 0019642-56.2011.4.01.9199/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco De Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p.351 de 07/10/2011). (grifos)
- TRF-2 – PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. INCAPACIDADE ATESTADA. HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS PREENCHIDOS. [...] III - O benefício de amparo assistencial foi instituído para garantir a subsistência da parcela da população impossibilitada de trabalhar e sem meios próprios de subsistência, devido à idade avançada ou por ser portadora de deficiência, independentemente de qualquer reciprocidade contributiva. IV - Em Juízo de probabilidade, restou comprovada a verossimilhança da alegação, já que presentes os requisitos para concessão do benefício assistencial: incapacidade para vida independente e para o trabalho e a hipossuficiência do núcleo familiar. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1112557/MG, proferiu decisão no sentido de que, **ainda quando a renda per capita do núcleo familiar ultrapassar 1/4 do salário mínimo, é possível a demonstração da condição de miserabilidade da pessoa por outros meios de prova, para fins de benefício assistencial, como ocorreu no caso concreto.** [...] (AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 176550. Processo: 2009.02.01.007511-1 – UF: RJ – Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA. Data Decisão: 22/06/2011. Documento: TRF-200257912). (Grifo nosso).
- TRF-3 – CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO (ART. 557, §1º, CPC). REQUISITOS LEGAIS. LEI 8.742/93, ART. 20, §3º. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. ADIN 1.232-1. EFEITO VINCULANTE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. ERRO MATERIAL. I - A questão relativa à hipossuficiência econômica do autor foi devidamente analisada pela decisão agravada, à luz da jurisprudência consolidada no âmbito do E. STJ e do posicionamento usual desta C. Turma, no sentido de que **o art. 20, §3º, da Lei 8.742/93 define limite objetivo de renda per capita a ser considerada, mas não impede a comprovação da miserabilidade pela análise da situação específica de quem pleiteia o benefício.** (Precedente do E. STJ). II - Ainda que seja superior ao limite fixado no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a renda familiar verificada mostra-se insuficiente à manutenção do autor haja vista a existência de gastos específicos que comprometem o rendimento percebido. III - Não se olvida da improcedência da ADIN 1.232-1, contudo, o seu efeito vinculante diz respeito apenas à discussão acerca da constitucionalidade do § 3º, do art. 20, da Lei 8.742/93, não restringindo o princípio do livre convencimento motivado do magistrado quanto à interpretação da norma e sua aplicabilidade ao caso concreto, motivo pelo qual não há que se falar em violação do disposto no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99. IV - A constitucionalidade do art. 20, § 3º da Lei 8.742/93 restou consignada na decisão agravada. Porém, **referido dispositivo não é único critério para aferição da hipossuficiência econômica, devendo-se levar em consideração outros elementos de ordem subjetiva para constatação da miserabilidade da parte que pleiteia o amparo assistencial.** [...] (TRF 3ª Região – AC - APELAÇÃO CÍVEL – 705056; Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO; DJF3 CJ1 DATA:06/04/2011 PÁGINA: 1665;

- Data de Julgamento: 29/03/2011). (Grifo nosso) **TRF-4 – PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE. RENDA FAMILIAR PER CAPITA. MARCO INICIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. 1. Para fins de composição da renda mensal familiar, não pode ser computada a renda mensal percebida pelo marido idoso da autora, e nem o benefício assistencial recebido pela filha, ambos correspondentes a um salário mínimo (Aplicação por analogia do parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003).** 2. Comprovado que a autora é incapaz para o trabalho e a vida independente e o estado de miserabilidade, é de ser mantida a sentença que lhe concedeu o benefício assistencial. 3. Marco inicial fixado na data da vigência do Estatuto do Idoso (01.04.2004), pois somente a partir dessa lei é possível excluir-se da renda mensal per capita o benefício recebido por idoso. [...] (AC. 2003.04.01.034592-0/SC – TRF – 4ª Região, 6ª Turma, Rel. Des. João Batista Pinto Silveira, 12.09.2007). (Grifo nosso)
- TRF-5 – PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - ART. 203, V, DA CF/88, C/C ART. 20, E SEGS., DA LEI Nº 8.742/93 - REQUISITOS PRESENTES. [...] 2. A jurisprudência atual é dominante no sentido de que as condições necessárias para a concessão do benefício assistencial não se restringem à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por outras circunstâncias concretamente demonstradas. (...) (APELREEX. Apelação/Reexame Necessário. Processo: 0000393-70.2010.4.05.9999. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Data Julgamento: 20/04/2010. Documento n.: 223575).** (Grifo nosso)
- 36 Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.
- 37 Conforme apontam Maior e Oliveira (2009, apud SCHWARZ; HABER, 2009, p. 60) antes de tudo, o trabalho é um direito de cada pessoa humana e possibilita às pessoas com deficiência independência econômica e psicológica, pois o próprio indivíduo alcança sua emancipação, exerce sua autonomia e, por sua vez, a sociedade passa a vê-la como agente de mudanças socioeconômicas em nosso país.
- 38 [...] pois a letra mata, mas o Espírito vivifica (BÍBLIA SAGRADA. NVI. 2 Coríntios 3, vers. 6).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BÍBLIA SAGRADA. *Nova versão internacional*. São Paulo: Vida, 2003.
- BOTELHO, Marcos César. O benefício assistencial de prestação continuada. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 179, 1 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4654>>. Acesso em: 3 nov. 2011.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- EUZÉBY, Alain. Proteção social, pilar da justiça social. In: SPOSATI, Aldaiza (Org.). *Proteção social e cidadania*: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- FREITAS JÚNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso*: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- MAIOR, Izabel de Loureiro; OLIVEIRA, Lilia Novais de. Trabalho: Caminho para o Exercício da Cidadania. In: SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. *Cotas*: como vencer os desafios da contratação de pessoas com deficiência. São Paulo: iSocial, 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PERES, Ana Paula A. B. *Proteção dos idosos*. Curitiba: Juruá, 2008.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. Benefício de prestação continuada e proteção social no Brasil – limites e perspectivas. In: SPOSATI, Aldaiza (Org.). *Proteção*

social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SCHWARZ, Andrea; HABER, Jaques. *Cotas*: como vencer os desafios da contratação de pessoas com deficiência. São Paulo: iSocial, 2009.

SPOSATI, Aldaiza (Org.). *Proteção social e cidadania*: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

Artigo recebido em 16/11/2011.

Artigo aprovado em 19/12/2011.