
ASPECTOS DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

por Marcelo Cardozo da Silva

Juiz federal, tendo atuado em Foz do Iguaçu/PR, Porto Alegre/RS e Caxias do Sul/RS, jurisdicionando, hoje, na 1ª Vara Federal e Juizado Especial Federal Criminal de Criciúma/SC. É graduado e mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Foi professor da Universidade do Extremo Sul de Santa Catarina (UNESC), assim como da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE/RS) e da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (ESMP).

Resumo: Incorporando, para a definição de deficiência, os avanços possibilitados pelo modelo social, partindo da *necessidade* enquanto elemento constitucional fundante do benefício de prestação continuada (BPC), são apreciados os requisitos legais concernentes à incapacidade para o trabalho e para a vida independente, assim como conceito de família empregado pelo programa, o conceito de renda familiar e o limitador de $\frac{1}{4}$ *per capita*.

Sumário: Introdução. 1. Deficiência, modelo médico e modelo social. 2. Incapacidade para a vida e para o trabalho. 3. O conceito de família. 4. O limitador de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo per capita. 5. O conceito de renda para fins assistenciais. Conclusão.

Introdução

A assistência social, na Constituição de 1988, apresenta, como pilar, a *necessidade* enquanto critério jurídico de ação, para o que, com vistas a cumprir suas finalidades, não terá caráter contributivo. Aliás, consubstanciando, a *necessidade* daquele em favor de quem se age, o caráter basilar das políticas públicas de assistência social, como é expresso o *caput* do artigo 203 da Consti-

*Artigo publicado sem revisão, conforme determinação do autor.

tução, nenhum sentido teria em se exigir, no plano do custeio, contribuições exatamente daqueles que são presumidos como os mais carentes e cujas condições de risco reclamam por atuação estatal. Nesse contexto, a própria Constituição, em seu artigo 204, além de disciplinar questões de cunho administrativo-organizacional no que tange à coordenação e à execução de programas, nas quais se prima pela descentralização, estabelece, como fonte de custeio da assistência social, os recursos advindos das contribuições elencadas em seu artigo 195.

A Constituição, ao lado de elencar os objetivos da assistência social, desde já, no artigo 203, V, determina ao legislador infraconstitucional a instituição de política pública de proteção à “pessoa portadora de deficiência e ao idoso”, garantindo, àqueles que não possuísem meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, um benefício mensal no valor de um salário mínimo; são os termos do inciso V referido:

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

Em que pese a determinação constitucional da instituição dessa política pública, apenas por intermédio da Lei 8.742/93 veio o legislador a formulá-la, nos seguintes termos:

“Do Benefício de Prestação Continuada

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

§ 4º O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica.

§ 5º A situação de internado não prejudica o direito do idoso ou do portador de deficiência ao benefício.

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo realizados pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. (Redação dada pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

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

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido. (Redação dada pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)

Art. 21. O benefício de prestação continuada deve ser revisito a cada 2 (dois) anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem.

§ 1º O pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas as condições referidas no caput, ou em caso de morte do beneficiário.

§ 2º O benefício será cancelado quando se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização.”

No âmbito do Ministério da Defesa Social e Combate à Fome (MDS), o benefício de prestação continuada constitui parte integrante da Proteção Social Básica. No que tange ao seu aspecto financeiro, 85% (oitenta e cinco por cento) dos recursos do Fundo Nacional de Assistência Social (praticamente 50% dos recursos orçados pelo MDS, em dados de 2005) são destinados ao benefício; exemplificativamente, em março de 2005, destinando-se um total de R\$ 551 milhões, 2.109.081 benefícios foram naquela competência pagos, sendo 1.145.781 às pessoas com deficiência e 963.300 às pessoas idosas¹.

Segundo pesquisa efetuada por Marcelo Medeiros, Débora Diniz e Flávia Squinca², observam-se as seguintes características nos aspectos demográficos do benefício:

“As informações de caráter demográfico sobre a concessão de benefícios para pessoas deficientes no ano de 2004, obtidas no processo de cadastramento de novos beneficiários processado pelo Dataprev indicam que grande parte das concessões por deficiência ocorre entre crianças e jovens. Cerca de 42% dos benefícios foram concedidos a pessoas em idades entre 0 e 24 anos, sendo boa parte deles concentrados nas idades mais jovens. A população entre 25 e 45 anos representa cerca de 29% das novas concessões e a população de 46 a 64, a uma fração igual, 29% (BRASIL, 2005). Quanto à população idosa, é importante lembrar que o BPC é concedido a pessoas com deficiências, mas também a idosos em situação de pobreza. Ou seja, é possível que dentre a parcela de idosos no BPC

¹ Dados extraídos do sítio www.mds.gov.br, acessado em 16.10.2006.

² *Transferências de renda para a população com deficiência no Brasil: uma análise do benefício de prestação continuada*, Texto para discussão nº 1.184 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, de agosto de 2006, p. 24.

exista um número considerável de idosos deficientes, os quais se encontram classificados na categoria idosos e não na de deficientes. As informações levantadas no processo de revisão permitem traçar um perfil limitado dos beneficiários do programa. Em 2002, durante a revisão dos benefícios concedidos, foi realizado um estudo por amostragem. A partir dessa amostra, foram investigados os tipos de deficiências que acessaram o BPC. De acordo com as categorias utilizadas para a coleta de informações, as deficiências foram divididas em: visual, 5%; auditiva, 5%, física, 17%, deficiência mental, 30%, doença crônica, 10%; deficiências múltiplas, 21%; doença mental, 12% (BRASIL, 2002)''.

A estruturação dessa política pública, em nível infralegal, é realizada, especialmente, pelo Decreto nº 1.744, de 08.12.1995, colhendo-se, ainda, elementos normativos relevantes para o regramento jurídico do benefício de prestação continuada no Decreto nº 3.298, de 20.12.1999, que regulamentou a Lei 7.853/89 (que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência), e no Decreto nº 3.956, de 08.10.2001 (que promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência).

No presente artigo, cinco aspectos, de grande destaque nas discussões em torno do BPC, serão objetos de apreciação: 1) a própria definição de *deficiência*; 2) a exigibilidade legal de que o deficiente seja incapacitado para a vida independente e para o trabalho; 3) o conceito de família no BPC; 4) o limitador de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*, para fins de caracterização da incapacidade de a família prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa; e, 5) o conceito de renda para fins assistenciais.

Deficiência, modelo médico e modelo social.

A conceituação de *deficiência* é medida que passa por uma forte carga valorativa, não mais sendo suficiente um modelo exclusivamente médico para o enfrentamento do tema.

Os binômios *normal/anormal*, *saúde/doença*, *sanidade/loucura* não se deixam categorizar por ilações exclusivamente médicas. A definição do que seja *normal* também passa por considerações de ordem social, que problematizam as classificações médicas, inclusive para efeitos de demonstrarem seus explícitos e/ou implícitos sustentáculos e objetivos. Com efeito, em uma democracia constitucional, os próprios padrões de normalidade devem ser objeto de debate, sob pena de se aceitarem acriticamente, muitas vezes, padrões de pretensa *científica* normalidade, que nada mais representam do que o estabelecimento de relações de domínio social sobre determinadas pessoas, ressurgindo, por detrás disso, velhos argumentos de “*defesa social*”, que estigmatizam com a pecha de *anormais/doentes/loucos* determinadas categorias de pessoas com finalidade de as excluir, inclusive culpando-os, do pleno reconhecimento social, como se deu, por exemplo, com a homossexualidade³.

No que tange ao debate contemporâneo em torno da deficiência, desde a década de 1960, no Reino Unido, tem-se formado uma crítica ao modelo exclusivamente médico de definição, expondo-se que aspectos sociais, obrigatoriamente, deveriam ser considerados na formulação do complexo conceito de *deficiência*. A *deficiência*⁴, no modelo social, deixa de ser um problema meramente individual, introduzindo a variante social, expondo a sociedade como incapaz de ajustar-se à diversidade, fazendo surgir, dessa imbricada relação, a consideração do que seja *deficiência*. Como muito bem analisam o tema Marcelo Medeiros e Débora Diniz⁵:

³ Ver, nesse sentido, *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*, de Roger Raupp Rios, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 105-113.

⁴ Expondo um painel, com estudos de diversos especialistas acerca do tema, destacando a complexidade social do fenômeno da *deficiência*, ver *Disability Studies Today*, organizado por Colin Barnes, Mike Oliver and Len Barton, Cambridge: Polity Press, 2002.

⁵ *A nova maneira de se entender a deficiência e o envelhecimento*, Texto para Discussão nº 1.040 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 08.

“O ponto de partida teórico do modelo social é ser a deficiência considerada uma experiência resultante da interação entre características corporais do indivíduo e as condições da sociedade em que ele vive, isto é, da combinação de limitações impostas pelo corpo com algum tipo de perda ou redução de funcionalidade (“lesão”) a uma organização social pouco sensível à diversidade corporal. Originalmente, a Upias [The Union of the Physically Impaired Against Segregation] propôs uma definição que explicitava o efeito da exclusão na criação da deficiência: “Lesão: ausência parcial ou total de um membro, órgão ou existência de um mecanismo corporal defeituoso; Deficiência: desvantagem ou restrição de atividade provocada pela organização social contemporânea que pouco ou nada considera aqueles que possuem lesões físicas e os exclui das principais atividades da vida social” (Upias, 1976, p. 3-4).

A ênfase inicial nas limitações físicas foi imediatamente revista e, com isso, abriu-se grande debate sobre as limitações do vocabulário usado para descrever a deficiência. A intenção era destacar que não havia, necessariamente, relação direta entre lesão e deficiência, levando o debate da discussão sobre saúde para o terreno da organização social e política. Lesão seria uma característica corporal, como seria o sexo ou a cor da pele, ao passo que deficiência seria o resultado da opressão e da discriminação sofrida pelas pessoas em razão de uma sociedade que se organiza de uma maneira que não permite incluí-las na vida cotidiana. É possível uma pessoa ter lesões e não experimentar a deficiência. Como exemplifica Morris (2001), não poder caminhar é a expressão da lesão; a deficiência consiste na inacessibilidade imposta às pessoas que usam cadeira de rodas. O resultado dessa revisão na semântica dos conceitos foi uma separação radical entre lesão e deficiência: a primeira é objeto da discussão sobre saúde, enquanto a segunda é uma questão da ordem dos direitos e da justiça social e, portanto, essencialmente normativo.”

Nesse contexto, o conceito de *deficiência* passa a operar nos quadrantes sociais, resultado de uma interação entre *lesão* e opressão social, da qual decorra a situação de desvantagem vivida. Bem se vê, assim, que o modelo social de *deficiência* chama a atenção

aos aspectos estigmatizantes e opressores derivados da forma como a sociedade trata alguém com determinadas lesões, assim como às desvantagens experimentadas no meio social. Dessa forma, passa-se a perceber uma interação complexa entre lesão e sociedade, não mais sendo possível uma mera catalogação médica para efeitos da definição do que seja *deficiência*.

Para efeitos do BPC, ainda as discussões caracterizam-se, basicamente, por uma abordagem médica, deixando-se de considerar, concretamente, se a *lesão* vivida, em relação ao meio social, resulta em uma experiência de *deficiência*. Com efeito, não há, no mais das vezes, uma correlação entre a *lesão* e as específicas desvantagens sentidas, embora seja a própria finalidade do BPC o enfrentamento de situações de insuficiência de proteção social.

É verdade que, em casos em que as lesões são extremas, como gravíssimas debilidades cerebrais, não há, propriamente, necessidade de se ingressar em uma análise exaustiva no plano social, já que, nesses casos, é evidente que *por si só* tais lesões gerarão experiências de desvantagem, autorizando-se, para efeitos protetivos do BPC, a consideração da ocorrência de *deficiência* sem maiores questionamentos.

O problema, na realidade, vem a ser mais sentido quando se está em meio a situações em que a lesão, por si só, é insuficiente para se concluir pela ocorrência de *deficiência*, vale dizer, a experiência da exclusão, não havendo dados, no âmbito administrativo, acerca da concreta situação vivenciada pelo requerente.

Uma definição de *deficiência* passa por uma complexa interação entre fatores atinentes às habilidades, às funcionalidades e ao contexto social. A *deficiência* não perfaz o resultado da mera perda de alguma habilidade por decorrência de uma lesão, como pretendia o modelo médico, que se valia de mera catalogação para fins de classificação das variações de habilidades. Consoante, mais uma vez, muito bem expressam Marcelo Medeiros, Débora Diniz e Flávia Squinca⁶:

“As habilidades para executar diferentes tarefas não são distribuídas igualmente na população. Se a distribuição de habilidades básicas para a caracterização da deficiência for vista em um *continuum*, é possível reconhecer a existência de desigualdades com respeito à intensidade das variações de deficiência em uma determinada população. Definir a variação da habilidade a ser considerada como uma lesão ou como uma restrição é, fundamentalmente, um juízo de valor. Isso não significa que, ao afastar o debate sobre a deficiência de um campo essencialmente médico-normativo e aproximá-lo de um debate sobre quais diferenças de habilidades justificariam ações de reparação de desigualdade, serão perdidos os critérios objetivos da perícia médica para inclusão de uma pessoa no BPC. O fato é que, apesar de a maioria das definições de deficiências se basear em variações corporais qualificadas como lesões, os dois conceitos (lesões e deficiência) não são sinônimos.

Deficiência é resultado de uma interação complexa das pessoas com a sociedade. Em um ambiente hostil à diversidade corporal, é possível imaginar uma pessoa com restrições leves de habilidade que experimente a deficiência de forma severa. A mesma restrição de habilidade em um ambiente receptivo à diversidade pode não levar à experiência da deficiência. Essa relação complexa entre corpo, habilidades e sociedade aponta para o fato de somente ser possível avaliar adequadamente o nível de deficiência elegível ao BPC se informações sobre o ambiente forem seriamente incorporadas ao protocolo da perícia. Não seria equivocado, portanto, considerar diferentes definições de deficiência para os programas sociais. Tais definições partiriam das variáveis de habilidades básicas, lesões e determinantes sociais, mas não pressuporiam um caráter absoluto, e sim uma interação complexa entre elas.”

Quer-se, assim, destacar a imprescindibilidade da realização de *perícia socioeconômica*, assim como da sua correlação com os dados obtidos na *perícia médica*. Com efeito, somente do cotejamento de tais perícias é que será possível o estabelecimento

⁶ *Transferências de renda...*, p. 14.

das conseqüências que a lesão gera na inserção e no reconhecimento da pessoa no meio social. Em verdade, somente com espede em dados provenientes desses campos distintos de análise é que será possível, nos casos difíceis, considerações de determinadas lesões como geradoras de *deficiência* no plano social.

Por conseqüência, do ponto de vista normativo, é preciso afastar a consideração de que as lesões devam ter caráter de irreversibilidade para fins de obtenção do benefício, máxime por que o benefício se submete à cláusula *rebus sic stantibus*, sendo de obrigatória revisão a cada dois anos (segundo o *caput* do artigo 21 da Lei 8.742/93). Vale dizer, uma vez vivenciada a mesma experiência de exclusão gerada por doenças de caráter irreversível, deve ser reconhecida a ocorrência de *deficiência*, mesmo que temporária, sendo cabível a proteção social, que, frise-se, no BPC, visa a enfrentar somente situações de miserabilidade. Não há, em realidade, uma pessoa *deficiente*, mas alguém que experimenta, devido a uma lesão, *deficiência*, que pode ter caráter de definitividade ou de temporalidade, merecendo, presentes os demais requisitos, enquanto perdurar a situação de *deficiência*, receber a devida proteção por intermédio do BPC.

Incapacidade para a vida independente e para o trabalho

Cabe ao requerente, no âmbito administrativo, preencher um formulário requerendo o BPC, junto ao qual apresenta uma “declaração sobre a composição do grupo e renda familiar do idoso e da pessoa portadora de deficiência”. Após, e tão-somente com base nisso, geralmente, é realizada uma avaliação médica, em que o perito do INSS colhe informações do requerente, manifestando-se, desde já, pela concessão, ou não, do benefício. Não há, com efeito, nenhuma análise detida sob a situação social do requerente, sendo, ademais, bastante deficitária a própria “perícia” realizada.

Independentemente de se discutir a adequação constitucional dessa avaliação em si, importa discutir, primeiramente, se a lei poderia, ou não, estabelecer exigências atinentes à incapacidade para o *trabalho* e para a *vida independente* como critérios para a obtenção do BPC, tal como realiza o parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93.

Cabe dizer, primeiramente, que, para a obtenção do BPC, no plano constitucional, nos termos do inciso V do artigo 203 da Constituição, não foi exigida a *incapacidade para o trabalho e para a vida independente*; em verdade, o critério constitucional básico para a obtenção do benefício, presente a situação em que o portador de deficiência não possua meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, é o da *necessidade*, tal qual sustentado pelo *caput* do artigo 203.

Reconheça-se, de todo modo, que a Constituição remeteu, ao legislador (parte final do inciso V referido), o poder de definir os contornos do BPC, cabendo-lhe, assim, a conformação dele na linha do que já decidido pelo constituinte. Nesse contexto, não se pode negar, ao legislador, espaço próprio de atividade, dentro da qual poderá estabelecer critérios para que se afira, nos casos concretos, a ocorrência, ou não, de *necessidade*.

Trazida, então, a questão para esses termos, é preciso verificar se a *incapacidade para o trabalho e para a vida independente* consubstancia critério de corte válido, constitucionalmente, para o dimensionamento daqueles que são *necessitados* para fins do BPC, ou se esse critério de corte gera uma insuficiência de proteção, já que excluiria *necessitados* que, do ponto de vista constitucional, deveriam receber o BPC.

No que tange à *deficiência*, a Constituição, reconhecendo a desvantagem daqueles que a experimentam, tem-na implícita (artigo 5º, *caput*) e explicitamente (artigo 7º XXXI) como critério inválido para a discriminação, instituindo como dever da União,

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a criação de medidas de proteção e de garantia das pessoas portadoras de *deficiência* (artigo 23, II), prevendo a competência legislativa concorrente desses entes para o fim de “proteção e integração social” (artigo 24, XIV), inclusive determinando a instituição de *ações afirmativas* no âmbito do serviço público, tal como é expresso o artigo 37, VIII, autorizando, ademais, o estabelecimento de critérios mais favoráveis aos portadores de *deficiência* para efeitos de aposentadoria no setor público (artigo 40, parágrafo 4º, I) e no setor privado (artigo 201, parágrafo 1º), impondo, também, como dever estatal, o atendimento especializado escolar (artigo 208, III) e a criação de programas de prevenção e atendimento especializado dos portadores de deficiência visando à sua integração social (artigo 227, parágrafo 1º, II), trazendo, ainda, o dever de redução os espaços de desvantagens de modo a aumentar a acessibilidade dos portadores de *deficiência* (artigo 244, *caput*).

Constata-se, com efeito, que a Constituição, ao lado de vedar discriminações, vem a trazer diversas determinações com a finalidade de impedi-las e de reduzir as desvantagens vividas pelos deficientes, buscando, mais e mais, integrá-los na vida social. Assim, a Constituição reconhece a existência de desvantagens e da exclusão na experiência da *deficiência*, determinando, conscientemente, medidas que visam à integração do *deficiente*.

Seguindo esse encadeamento de idéias, a Constituição, no que tange à *deficiência*, longe de tratá-la como uma *tragédia individual*, procura não isolar o portador de deficiência; antes pelo contrário, procura integrá-lo nos mais diversos aspectos, inclusive possibilitando-o, pelas políticas especiais de educação que são exigidas e pela *ação afirmativa* por que decide, a fomentação de condições de mobilidade social dos portadores de deficiência.

Assim, o BPC deve ser interpretado como um benefício que procura, dentro de suas limitações, a integração social do portador

de deficiência *necessitado*, devendo ser tido, também, como uma medida promocional de mobilidade social.

Com isso se quer dizer que o BPC não pode ter como elegíveis ao programa meramente aquelas pessoas que não apresentam nenhuma (ou praticamente nenhuma), por gravíssimas lesões experimentadas, possibilidade de integração social no mercado de trabalho. Também os portadores de *deficiência* que, eventualmente, não se encontrem em condições, mesmo que transitórias, de acessar ao mercado de trabalho, uma vez sendo *necessitados*, devem ser elegíveis para o recebimento do BPC, no que este benefício viria ao encontro das políticas constitucionalmente determinadas.

De fato, o critério de *necessidade* não pode ser constricto àqueles que se encontrem incapazes, definitivamente, para o trabalho. Também aqueles que experimentem a mesma desvantagem, devido à *deficiência*, de trabalhar, não podem ser tratados distintamente, máxime quando o benefício deverá ser cancelado uma vez não mais ocorrente a *necessidade*. Com efeito, não pode ser exigida definitividade da incapacidade de trabalhar para a obtenção do BPC, pena de se discriminar, sem critério justificável, aquele que, também sem condições eventuais de trabalhar, encontre-se na mesmíssima situação de *necessidade/miserabilidade* daquele que está incapacitado definitivamente. Assim, para que seja válido, constitucionalmente, o critério elencado pelo legislador “*incapacidade para o trabalho*”, há se compreender que essa incapacidade possa ser, também, temporária.

Por decorrência disso, *de per si* se conclui que o critério cumulativo instituído pelo legislador, qual seja, incapacidade para “*vida independente*” é, constitucionalmente, inválido, uma vez que incompatível com a possibilidade de o BPC ser concedido àqueles que vivenciam temporariamente uma experiência de *deficiência*.

Ademais, esse critério “*vida independente*” desfigura o conceito de *necessidade* para níveis de insuficiente proteção, indo de

encontro à própria determinação constitucional prevista no inciso V do artigo 203.

Com efeito, a pessoa portadora de *deficiência* elegível para o BPC é aquela que se encontra incapacitada para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, sendo irrelevante, para tais fins, a cumulatividade de privações de outra ordem (como ausência de controle esfinteriano, por exemplo). A Constituição traz como elementos para o benefício a *deficiência* e a *necessidade* (que se funda, por seu turno, em uma situação de miserabilidade), não sendo, constitucionalmente, válida a exigência (realizada pelo legislador) de incapacidade de *vida autônoma* do deficiente, que, se pode ser relevante para a demonstração da incapacidade de o *deficiente* prover a sua subsistência, não é o único elemento apto para tanto. Em verdade, pode o *deficiente* ter capacidade para a vida independente (bem realizando as funções de excreção, por exemplo) e, mesmo assim, por questões de diversas ordens (inclusive sociais) não ter a capacidade de realizar a sua própria manutenção. Em outras palavras, o critério da “vida independente”, embora possa ser relevante, não abarca todas as possibilidades que impedem o *deficiente* de prover a sua subsistência, sendo, porque insuficiente e gerador de situação de insuficiência de proteção, inconstitucional.

O conceito de família

A Constituição, de maneira não fechada, admitiu expressamente três tipos de *família*: a) a fundada em matrimônio (artigo 226, parágrafo 1º); b) a fundada em união estável (artigo 226, parágrafo 3º); c) a fundada na monoparentalidade (artigo 226, parágrafo 4º).

Acerca do tema, Eduardo Tonetto Picarelli expôs que⁷:

⁷ *O conceito de família nos benefícios assistenciais*, palestra proferida em 28.09.2006, na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre.

“A conseqüência principal de uma interpretação no sentido de que a Constituição estabeleceu apenas conceitos exemplificativos de entidades familiares é o reconhecimento da condição de entidade familiar não só às famílias fundadas no casamento, na união estável ou na monoparentalidade, mas, também, por exemplo, às entidades familiares formadas pela união de parentes consangüíneos ou jurídicos, que vivam em interdependência familiar, ou às famílias fundadas em uniões homossexuais, enfim, permite dar proteção jurídica adequada aos mais variados arranjos familiares que possam ser encontrados na vida real.

Admitindo-se a não taxatividade do rol das entidades familiares, torna-se imprescindível que se estabeleçam alguns elementos estruturais que caracterizem uma união de pessoas como família.

A doutrina e a jurisprudência relacionam basicamente três elementos estruturais identificadores de uma entidade familiar:

1º **Afetividade ou amor familiar** (o afeto como valor jurídico).

2º **Estabilidade do vínculo afetivo** (ficam afastados do conceito de família os relacionamentos casuais e que não geram comunhão de vida).

3º **Publicidade da relação afetiva estável (ostensibilidade)** (“A família é realidade social e não se identifica no âmbito da clandestinidade”).

Assim, tendo em conta que o sistema é aberto, que a Constituição não estabeleceu conceitos taxativos de família, pode-se concluir que existem outras entidades familiares além das famílias oriundas do casamento, da união estável ou da monoparentalidade, desde que estas uniões estejam fundadas em vínculos de amor e de afeto, sejam duradouras e públicas. Como se pode notar, conceitos de família que levavam em conta aspectos como a consangüinidade e a procriação não mais se sustentam diante do Texto Constitucional.”

Seguindo essa senda, admitida a ausência de taxatividade no texto constitucional na conceituação de *família*, deve-se reconhecer como lícito ao legislador, na conformação que realiza nos mais diversos campos, estabelecer conceituações de *família* ampliativas do texto constitucional, vedada, de todo, qualquer

conceituação de *família* que venha a excluir aquelas já reconhecidas constitucionalmente.

Por isso, para os fins assistenciais do BPC, tal qual autoriza a parte final do inciso V do artigo 203 da Constituição, que delega ao legislador a *conformação* do benefício, a ele (legislador) também é lícito estabelecer um conceito de *família*.

Só que, para tanto, deverá fazê-lo não apenas atentando para os exemplos constitucionais de *família*, mas também, na conformação que realizará, atendendo ao pilar que sustenta constitucionalmente todo o sistema de assistência social, qual seja, a *necessidade* (*caput* do artigo 203). Com efeito, mesmo que reconhecida a ausência de taxatividade constitucional na conceituação do que seja *família* e a legitimidade do legislador da conformação do conceito, isso tudo não afasta a possibilidade da realização de um juízo de constitucionalidade sobre a correlação do conceito de *família* desenvolvido pelo legislador e o atendimento desse conceito à determinação prevista no *caput* do artigo 203, que reclama que a política pública atinja aos *necessitados*, vale dizer, isso tudo não afasta a possibilidade de se apreciar a legislação à luz da *proibição da não-suficiência*.

Nas palavras de Paulo Gilberto Cogo Leivas acerca da proibição da *não-suficiência*⁸:

“Em época recente, surgiu, na Alemanha, o conceito da proibição da não-suficiência (Untermaßverbot). Trata-se de conceito equivalente à proibição do excesso e deixa-se deduzir logicamente do caráter principiológico das obrigações de ações estatais.

A proibição da não-suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e

⁸ *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2006, p. 78-79.

de outro, por meio de limites inferiores de proibição da não-suficiência. Como afirma Borowski: “A melhor realização possível do objeto da otimização dos princípios jusfundamentais-prestacionais é um objetivo prescrito da constituição”.”

Para efeitos de conformação da expressão *família* prevista no inciso V do artigo 203 da Constituição, o parágrafo 1º do artigo 20 da Lei 8.742/93, cuja redação foi dada pela Lei 9.720/98, acabou por referir, como sendo *família*, o conjunto das pessoas contidas no artigo 16 da Lei 8.213/91, desde que vivam sob o mesmo teto:

“§ 1o Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei nº 9.720, de 30.11.1998)”

Por sua vez, o artigo 16 da Lei 8.213/91 estabelece que:

“Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a

dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.”

Contudo, essa definição legal, que é altamente restritiva, deve-se reconhecer como geradora de lesão à proibição da não-suficiência, uma vez que deixa de proteger, de maneira substancial, grande quantidade de *necessitados*, indo, portanto, aquém da determinação constitucional contida no *caput* do artigo 203 da Constituição.

Para tanto concluir, é fundamental ter-se presente dois elementos: 1º - o BPC é destinado a pessoas vivendo em situação de miserabilidade, o que, no Brasil, atinge números impressionantes (em março de 2005, mesmo aplicando-se as restritas exigências e interpretações da Administração, 2.109.081 de benefícios foram pagos naquela competência); 2º - nas classes sociais populares do Brasil, que são, justamente, os beneficiários do programa, *família* constitui-se, muitas vezes, em arranjos de grande variabilidade, dinamismo e extensão, que não se deixam amoldar aos termos do artigo 16 da Lei 8.213/91.

O BPC, cujo destinatário constitucional é o *necessitado*, deve operar de modo a, nas suas conceituações, na maior medida possível, estender a proteção a quem assim se encontre. Vale dizer, deve ter como parâmetro a realidade social vivenciada pelo *necessitado* com vistas a incluí-lo no âmbito protetivo social, tal como a Constituição o exige. Em outras palavras, o legislador não pode partir de conceituação *excludente*, que, desconsiderando direta ou indiretamente a concreta situação social *experimentada* pelo ne-

cessitado, impeça-o de acessar ao BPC, pena de violação, por não-suficiência, do *caput* do artigo 203 da Constituição.

No caso das classes sociais populares, a quem é dirigido, com quase exclusividade, o BPC, a consideração do que seja *família* é superiormente mais complexa do que aquela trazida pelo legislador, que, diga-se, valeu-se de uma referência a uma norma (o artigo 16 da Lei 8.213/91) que jamais visava a instituir qualquer conceituação de *família*, apenas tratando da ordem dos dependentes do segurado para fins previdenciários, disciplinando classes e presunções de dependência econômica.

No âmbito das ciências sociais, a realidade das famílias das classes populares está muito mais ancorada nas atividades domésticas do dia-a-dia e nas redes de ajuda do que em uma configuração de *família* enquanto unidade meramente composta de pais e de filhos. Consoante expõe a professora do Programa de Pós-Graduação de Antropologia da UFRGS, Cláudia Fonseca⁹:

“... temos que primeiro saber como conceituar família. Recorremos à reflexão do antropólogo brasileiro Luis Fernando Duarte (1994) para iniciar o assunto. Segundo ele, o ‘valor família’ tem grande peso em todas as camadas da população brasileira. No entanto, significa coisas diferentes dependendo da categoria social. Enquanto, entre pessoas da elite, prevalece a família como linhagem (pessoas orgulhosas de seu patrimônio), que mantém entre elas um espírito corporativista, as camadas médias abraçam em espírito e em prática a família nuclear, identificada com a modernidade. Para os grupos populares o conceito de família está ancorado nas atividades domésticas do dia-a-dia e nas redes de ajuda.

...

Devemos lembrar que não há receita para definir os membros relevantes de uma rede familiar. Essa pode ou não incluir con-

⁹ FONSECA, Cláudia. L. W., *Concepção de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica*. Revista Saúde e Sociedade, ESP-USP, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 50-59, 2005.

sangüíneos (ascendentes, descendentes, colaterais etc.), parentes por casamento (sogros, cunhados, concunhados, padrastos, enteados etc.), padrinhos e compadres (não devemos esquecer que existem padrinhos em casa, de igreja, na família de santo, etc.) e simplesmente amigos que, depois de ter compartilhado uma experiência particularmente intensa, acabam se sentindo membro da família.

Procurando uma definição operacional de vida familiar que dê conta desse vasto leque de possibilidades, preferimos falar de dinâmicas e relações familiares, antes do que de um modelo ou unidade familiar. Assim, definimos o laço familiar como uma relação marcada pela identificação estreita e duradoura entre determinadas pessoas que reconhecem entre elas certos direitos e obrigações mútuos. Essa identificação pode ter origem em fatos alheios à vontade da pessoa (laços biológicos, territoriais), em alianças conscientes e desejadas (casamento, compadrio, adoção) ou em atividade realizada em comum (compartilhar o cuidado de uma criança ou de um ancião, por exemplo).”

Em meio a este diverso ambiente sócio-cultural, a estrita compreensão de *família* contida no parágrafo 1º da Lei 8.742/93 acaba por deixar fora do âmbito de proteção do BPC *necessitados* que, embora fossem carentes do benefício, a ele não podem acessar, justamente porque não considerada a *dinâmica social* da família, que foge da limitação imposta pelo artigo 16 da Lei 8.213/91, em que o *necessitado* sobrevive.

Em realidade, mantida uma relação de identificação estreita e duradoura mútua, seja por laços biológicos, seja por laços territoriais, seja por alianças conscientes e desejadas, seja por atividades realizadas em comum, as pessoas que sob tais condições estejam, no plano social, merecem o reconhecimento de viverem em *família*.

A importância da conceituação de *família* de modo a maximamente se aproximar da forma como ela se opera no plano soci-

al é imprescindível para que, constitucionalmente, promova-se a proteção do *deficiente necessitado*. E não só. Também isso é fundamental para que o BPC cumpra a sua função de proteção *apenas* de *necessitados*. De outro modo exposto, a aproximação do conceito de *família* aos termos em que ela se dá no dinâmico plano social das classes populares é condição indispensável para que o BPC atinja a todos os *necessitados* e, também, *exclua* todos aqueles que, na prática, não são *necessitados*. Ou seja: a aproximação do conceito de *família* à dinâmica das classes populares é fundamental para agregar racionalidade ao próprio BPC.

Vejamos.

Podemos ter a hipótese em que a *família* em que se insere o *deficiente* tenha uma dinâmica diversa daquela prevista no artigo 16 da Lei 8.213/91. Por exemplo, pode-se dar que a *família* do deficiente seja composta, duradouramente identificada no meio e auto-identificada, com laços biológicos e, também, com alianças conscientes, pelos avós, pela mãe biológica, por duas tias e por quatro primos, vivendo, todos, em rede, sob mútua dependência econômica, dependendo uns dos outros para a sobrevivência. Nesse caso, a desconsideração dessa unidade como uma *família* poderá gerar, como consequência, a *proteção não-suficiente* de um *deficiente* que, em realidade, seria *necessitado*, em face da miserabilidade experimentada, para fins de BPC. Digamos que, no exemplo, a mãe do *deficiente* ganhe dois salários mínimos, encontrando-se todos os demais em situação de desemprego. A se considerar os estritos termos do artigo 16 da Lei 8.213/91, para fins de cálculo da renda *per capita*, apenas haveria *família* na relação mantida entre a mãe biológica e o deficiente; e, ganhando ela dois salários mínimos, a renda *per capita* seria de um salário mínimo, restando, pois, desautorizado o pagamento do BPC. Agora, se se fosse verificar, concretamente, a situação social vivenciada, presentes todos os elementos componentes do dinamismo das *famílias* nas classes populares, uma vez demonstrado que todos os

membros da família são usuários da renda da mãe biológica, todas tais pessoas deveriam ingressar no cálculo da *renda per capita*, já que, de fato, todos compartilham a *renda*; nesse caso, a situação de *necessidade do deficiente*, vale dizer, a situação de miserabilidade concretamente experimentada por ele autorizá-lo a receber o BPC.

Também a conceituação de *família*, de modo a abarcar todo o dinamismo das relações sociais, fugindo-se da insuficiente redação do artigo 16 da Lei 8.213/91, agrega ao BPC a racionalidade necessária para impedir a concessão de benefícios àqueles *deficientes* que não sejam, para efeitos do programa, *necessitados*. Por exemplo, pode-se ter a seguinte composição familiar: os avós maternos, a mãe biológica e o próprio *deficiente*. Imagine-se a hipótese em que a mãe biológica encontre-se desempregada, mas cada um dos avós maternos receba dez salários mínimos. Nesse caso, para os efeitos do artigo 16 da Lei 8.213/91, realizado o cálculo *per capita*, haveria a concessão do benefício, mesmo que, no plano fático, aquela família somasse vinte salários mínimos por mês como renda.

Ora, isso demonstra a inadequação do critério eleito pelo legislador, que, além de não proteger suficientemente os *deficientes* necessitados (infringindo, pois, o *caput* do artigo 203 ao excluir do universo de beneficiários pessoas efetivamente *necessitadas*), pode acabar por direcionar o programa àqueles *deficientes* que não seriam *necessitados* nos termos do inciso V do artigo 203 da Constituição. Nesse contexto, o conceito de *família* disposto no parágrafo 1º da Lei 8.742/93, introduzido pela Lei 9.720/98, deve ser reputado como inconstitucional.

Assim também concluindo, merecem ser transcritas as considerações de Eduardo Tonetto Picarelli¹⁰:

¹⁰ *O conceito de família...*, p. 11.

“A ofensa ao art. 203 da Constituição ocorre, basicamente, em dois aspectos. **O primeiro**, que diz respeito ao fato de que ao restringir o conceito de família previsto na Constituição, o §1º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 acaba por restringir o acesso às prestações assistenciais a famílias que, pelo fato de em sua composição existirem outros indivíduos além dos previstos no art. 16 da Lei n. 8.213/91, possuam uma renda “per capita” que caracterize situação de miserabilidade, situação que não estaria configurada caso fosse considerado o núcleo familiar restrito do art. 16 da Lei n. 8.213/91, o que se mostra extremamente relevante diante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que considera o critério legal - renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo - como o único critério válido para aferição da miserabilidade do grupo familiar. **O segundo**, porque ao estabelecer conceito restrito de família, conceito que, inclusive, afasta outros componentes do grupo familiar que têm obrigação civil de prestar alimentos, impede a efetiva aferição, no caso concreto, da condição de miserabilidade do grupo familiar e da obrigação prioritária que tem a família de prover as necessidades dos seus hipossuficientes.”

Afastada a definição trazida pela Lei 9.720/98, verifiquemos a conceituação de *família* trazida pela redação original do parágrafo 1º da Lei 8.742/93:

“§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, entende-se por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.”

Essa norma padece do problema de *não-suficiência constitucional* de proteção assemelhado ao experimentado pela redação conferida pela Lei 9.720/98: a referência à “*unidade mononuclear*” é potencialmente *excludente* das dinâmicas familiares vivenciadas, muitas vezes, nas classes populares, deixando, pois, de abarcar, em toda a sua complexidade, o conceito de *família*, afastando, dela,

membros que, por laços de diversas ordem, na prática, são dela componentes. Como visto, esse tipo de conceituação, ao lado de *excluir*, indevidamente, *necessitados* do BPC, retira a racionalidade do próprio BPC, que, em tais condições, pode acabar sendo concedido àqueles que dele não são *necessitados* para efeitos do programa.

Não se pode deixar de reconhecer a dificuldade de uma conceituação de família *suficientemente* elástica que, encontrando respaldo de realidade social, permita a proteção dos *deficientes necessitados*. Aliás, a própria elasticidade e dinamicidade das relações sociais *familiares* no âmbito das classes sociais acaba por exigir uma apreciação caso a caso. Isso, contudo, antes de impedir o legislador de sobre o tema tratar, demanda deste um detido tratamento da matéria, sob pena de inviabilizar, administrativamente, o próprio funcionamento do BPC.

Atualmente em vigor, no âmbito da assistência social, com específica referência ao Bolsa-Família, encontra-se, no inciso I do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 10.836/04, o seguinte conceito de *família*:

“I - família, a unidade nuclear, eventualmente ampliada por outros indivíduos que com ela possuam laços de parentesco ou de afinidade, que forme um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto e que se mantém pela contribuição de seus membros;”

Esse conceito, embora parcialmente restritivo, permite, em casos concretos, uma ampliação interpretativa, de modo a, tendo como referências os padrões jurídicos de *unidade nuclear*, de *parentesco* e de *afinidade*, abarcarem-se também aquelas pessoas que, do ponto de vista fático, desempenhem tais *posições familiares*. Em outras palavras, esse conceito, se operacional o suficiente para a Administração, pode ser utilizado como quadro formal para, mediante relações de substituição de papéis, possam-se situar as

dinâmicas familiares de forma, se não ideal, pelo menos aproximada à maneira como se operam no plano da realidade; assim, não apenas o irmão, o pai, o avô seriam levados em consideração, mas também o irmão de criação, o pai de criação, o avô de criação sê-lo-iam.

Essa possibilidade de interpretação ampliativa evitaria aquilo que bem expôs o Juiz Roger Raupp Rios, quando, na Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, no julgamento do processo nº 2004.71.95.002315-0, expressou:

“Doutro modo, a Constituição e seus objetivos fundamentais (dentre os quais está a redução das desigualdades e a erradicação da pobreza - art. 3º, III) teria a sua força normativa comprometida, precisamente em um âmbito da realidade que requer a consideração atenta das realidades das classes populares. Seria, na prática, a utilização de uma pré-compreensão de comunidade familiar ... a partir de um ponto de vista divorciado da realidade para a qual a Constituição se dirige.”

Outra vantagem desse conceito seria a obtenção de uma univocidade conceitual de família no âmbito das políticas públicas federais de assistência social, máxime em função de o Bolsa-Família, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei 10.836, ter por finalidade:

“... a unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação - Bolsa Escola, instituído pela Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, criado pela Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação, instituído pela Medida Provisória nº 2.206-1, de 6 de setembro de 2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto nº 4.102, de 24 de janeiro de 2002, e do Cadastramento Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001.”

O limitador de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo per capita

O cálculo a partir do qual se considera a incapacidade da família para prover a manutenção do deficiente encontra-se exposto no parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93:

“§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo.”

Assim, a renda familiar é dividida pelo número de membros da família (daí renda *per capita*). Aspecto fundamental, portanto, desse cálculo diz respeito à própria conceituação de *renda*.

Importa considerar que a limitação de $\frac{1}{4}$ per capita do salário mínimo, para fins de caracterização da incapacidade de a família prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, foi tida como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, segundo se observa do julgamento lançado quando da ADIn nº 1.232-1, Rel. Min. Nelson Jobim, por maioria, DJU de 01.06.2001, e decidida em 27.08.1998:

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

De todo modo, em face dessa decisão, procurou-se, a partir dos demais programas sociais do Governo Federal, que vieram posteriormente ao BPC e que tinham como renda familiar *per capita* $\frac{1}{2}$ salário mínimo como patamar máximo para suas incidências, empregar este patamar como critério para o BPC. Nessa

linha, Sérgio Fernando Moro¹¹, posição com a qual estamos de acordo, defendeu que:

“Há que se destacar a presença de fato novo, não considerado na decisão do STF e que justifica novas considerações sobre o tema. A decisão de improcedência em ação direta de inconstitucionalidade não tem o efeito de obstaculizar novas considerações fundadas em fato superveniente a sua propositura e não considerado no julgamento.

A Lei n.º 9.533, de 10/12/97, portanto posterior à propositura da ação e à decisão quanto à liminar (ressalve-se: é anterior ao julgamento de mérito, mas nele não foi considerada), estabeleceu inédito programa federal de garantia de renda mínima.

Através dele, os Municípios, com apoio financeiro do Governo Federal, garantiriam renda mínima às famílias carentes. A referida lei foi, posteriormente, regulamentada pelos Decretos n.os 2.609, de 02/06/98, e 2.728, de 10/08/99.

O artigo 5.º define os critérios de identificação das famílias habilitadas à percepção do benefício legal:

Art. 5.º Observadas as condições definidas nos arts 1.º e 2.º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente:

I - renda familiar ‘per capita’ inferior a meio salário mínimo;

II - filhos ou dependentes, menores de catorze anos;

III - comprovação, pelos responsáveis, da matrícula e frequência de todos os seus dependentes entre sete e catorze anos, em escola pública ou em programas de educação especial.

(...) (Grifou-se.)

¹¹ MORO, Sérgio Fernando, Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social, In: *Temas Atuais de Previdência e Assistência Social*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002, p. 151-152.

Da mesma forma, as políticas governamentais mais recentes voltadas aos pobres e que envolvem a concessão a eles de auxílio em pecúnia ou em bens como o PETI (Portaria n.º 458, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social), o Auxílio-Gás (Decreto n.º 4.102/2002), o Programa de Geração de Renda (Portaria n.º 877, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social), o Agente Jovem (Portaria n.º 879, de 03/12/2001, da Secretaria da Assistência Social), servem-se de critério semelhante ao previsto na Lei n.º 9.533/97, definindo como público alvo pessoas ou famílias com renda “per capita” de até meio salário mínimo. Podem, aliás, filiar-se, oficialmente, ao Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (Decreto n.º 3.877/2001), as famílias beneficiadas pelos referidos programas sociais e todas as demais que tenham como renda “per capita” até meio salário mínimo. A utilização do mesmo critério em repetidos programas da espécie permite concluir que o Governo reputa pobres aqueles com renda “per capita” de até meio salário mínimo.”

Houve diversas decisões de instâncias inferiores que perfilharam desse entendimento. Contudo, por intermédio de Reclamações ajuizadas perante o STF, este Tribunal, reiteradamente, passou a cassar tais decisões, entendendo-se que o critério estabelecido no parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93 seria objetivo (nesse sentido, dentre muitos precedentes, ver a Rcl nº 2.323/PR, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 20.05.2005).

Frise-se, contudo, que dentro do próprio STF há vozes que entendem em sentido contrário, defendendo que as decisões reclamadas não tiveram como inconstitucional o parágrafo 3º do artigo 20, tendo apenas dado interpretação a esse dispositivo em cotejo com a legislação posterior, afastando, portanto, a possibilidade do próprio ajuizamento das reclamações (v.g. a Rcl nº 4.280/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Diga-se, também, que, por entenderem que não caberia, em sede de reclamação, a apreciação do conjunto fático-probatório, os Ministros Celso de Mello (Rcl nº 4.422/RS, DJ de 30.06.2006), Carlos Britto (Rcl nº 4.133/RS,

DJ de 30.06.2006) e Ricardo Lewandowski (Rcl nº 4.366/PE, DJ de 1º.06.2006) tampouco têm conhecido das reclamações aforadas pelo INSS. Aliás, segundo expõe, por seu turno, o Min. Gilmar Ferreira Mendes na Med. Caut. em Reclamação nº 4.374-6/PE:

“De fato, não se pode negar que a superveniência de legislação que estabeleceu novos critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais – como a Lei nº 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei nº 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; assim como o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) – está a revelar que o próprio legislador tem reinterpretado o art. 203 da Constituição da República.

Os inúmeros casos concretos que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país, e chegam a este Tribunal pela via da reclamação ou do recurso extraordinário, têm demonstrado que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 são insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuem meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Constatada tal insuficiência, os juízes e tribunais nada mais têm feito do que comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo que pleiteia o benefício por outros meios de prova. Não se declara a inconstitucionalidade do art. 20, § 3o, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão. Em alguns casos, procede-se à interpretação sistemática da legislação superveniente que estabelece critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais.

Tudo indica que – como parecem ter anunciado as recentes decisões proferidas neste Tribunal (acima citadas) – tais julgados poderiam perfeitamente se compatibilizar com o conteúdo decisório da ADI nº 1.232.

Em verdade, como ressaltou a Ministra Cármen Lúcia, “a constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a

inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social ‘a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social’, tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.” (Rcl nº 3.805/SP, DJ 18.10.2006). Portanto, mantendo-se firme o posicionamento do Tribunal em relação à constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, tal como esposado no julgamento da ADI 1.232, o mesmo não se poderia afirmar em relação ao que decidido na Rcl – AgR 2.303/RS, Rel. Min. Ellen Gracie (DJ 1.4.2005).

O Tribunal parece caminhar no sentido de se admitir que o critério de 1/4 do salário mínimo pode ser conjugado com outros fatores indicativos do estado de miserabilidade do indivíduo e de sua família para concessão do benefício assistencial de que trata o art. 203, inciso V, da Constituição.

Entendimento contrário, ou seja, no sentido da manutenção da decisão proferida na Rcl 2.303/RS, ressaltaria ao menos a inconstitucionalidade por omissão do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, diante da insuficiência de critérios para se aferir se o deficiente ou o idoso não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, como exige o art. 203, inciso V, da Constituição.

A meu ver, toda essa reinterpretação do art. 203 da Constituição, que vem sendo realizada tanto pelo legislador como por esta Corte, pode ser reveladora de um processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

Diante de todas essas perplexidades sobre o tema, é certo que o Plenário do Tribunal terá que enfrentá-lo novamente.”

Assim, a matéria encontra-se em meio à reapreciação no seio do STF, que poderá reconhecer a legitimidade da interpretação levada a cabo pela jurisprudência dos tribunais inferiores, que vem ampliando o limitador *per capita* para 1/2 salário mínimo, em conformidade com os programas sociais que vieram posteriormente ao BPC.

O conceito de renda para fins assistenciais

No BPC, a Administração apenas centra sua análise ao momento do ingresso dos recursos, nenhuma consideração realizando em torno da qualidade dos gastos que são efetivados pelo grupo familiar, dispensando nenhuma apreciação sobre eventuais especiais gastos que são empregados para o enfrentamento de determinadas *deficiências*.

A consequência disso é evidente: podem acontecer casos em que dois deficientes sejam igualmente *necessitados* do ponto de vista econômico, padecendo suas famílias de idênticas privações econômicas; todavia, em face do conceito de renda adotado, um pode acabar recebendo o BPC, enquanto que o outro não. Expliquemo-me. Figuremos a seguinte hipótese: “A”, portador de uma *deficiência* que não apresenta gastos especiais, encontra-se em uma família composta de quatro pessoas cuja renda mensal seja de um salário mínimo. Nesse caso, “A” receberá o benefício. Imagine-mos a situação de “B”, que apresenta gastos especiais devidos à deficiência de que padece, da ordem de um salário mínimo. Caso sua família, composta de igualmente quatro membros, receber dois salários mínimos, a renda *per capita* familiar superará o $\frac{1}{4}$, e, por consequência, não seria elegível para o BPC; assim, em que pese a família de “B”, durante o mês, concretamente tenha para sobreviver $\frac{1}{4}$ de salário mínimo *per capita*, isso não é levado em consideração pela Administração, uma vez que os gastos especiais não são deduzidos da renda mensal. Na hipótese, portanto, embora ambas famílias acabem por experimentar a mesmíssima situação de miserabilidade, havendo, ambas, de integralmente fazer frentes às mesmas necessidades de ordem geral experimentadas por “A” e por “B”, uma família (*rectius*: o deficiente) receberá o BPC, enquanto que outra não.

Isso decorre do fato de o BPC não possuir, no que tange aos *deficientes*, nenhuma previsão de *dedutibilidade* de gastos especi-

ais para fins de cálculo da renda familiar. Essa ausência de previsão de *dedutibilidade* de gastos especiais pode vir a gerar situações concretas em que um deficiente, que seja consumidor de grande parte da renda familiar, deixe de ter acesso ao BPC, mesmo que altamente necessitado para fins assistenciais.

Com efeito, a renda familiar, observada sem qualquer dedução de gastos especiais, poderá engendrar situação em que dois deficientes igualmente *necessitados*, vivendo situação de miserabilidade idêntica, recebam, para efeitos de BPC, tratamentos distintos. Ou, talvez, haja casos em que mesmo aquela *família* que tenha renda maior acabe por experimentar uma situação de maior miserabilidade, já que, feitos os pagamentos dos gastos especiais, poder-se-á atingir hipótese em que a distribuição dos recursos *per capita* seja, inclusive, inferior à daquela família que não teve de enfrentar gastos especiais com o *deficiente*.

Essa ausência de *dedutibilidade*, no caso do BPC, é fonte de desvirtuamento constitucional do benefício, que deixa de considerar a situação de *necessidade* especial vivida pelo *deficiente*. Lembre-se que, inclusive para fins de imposto de renda, de modo a atender à determinação constitucional de *personalidade* (artigo 145, parágrafo 1º), que manda sejam levadas em consideração contextos especiais do contribuinte, há previsões de *dedutibilidade* (despesas médicas, despesas com educação).

Portanto, a ausência de um mecanismo de *dedutibilidade* de gastos especiais gera violação à proibição de não-suficiência, já que, dentro da política pública, gera uma desconsideração de aspectos específicos de *necessidade* ainda maior de determinados *deficientes*, cuja situação de vulnerabilidade social imprescinde da proteção do BPC.

A definição do que sejam gastos especiais apenas poderá ser objeto de exato dimensionamento nos casos concretos. Talvez seja mais oportuno que se defina o que são os gastos ordinários, decorren-

do, do que não ingressasse nesse conceito, por exclusão, a ocorrência de gastos especiais.

Gastos ordinários seriam aqueles que são comuns a todos, *deficientes ou não-deficientes*, necessários à higiene, alimentação, vestuário. Em outras palavras, devem-se ter como gastos ordinários aquilo que é o necessário para o atendimento comum de expectativas decorrentes da condição biológica e social cotidianamente experimentada em um dado contexto social. Gastos especiais, assim, seriam aqueles que, não-reconhecidos como ordinários para a vida social e biológica da maioria de pessoas, atingem, devido à experiência da *deficiência*, apenas a alguns *deficientes*. Assim, seriam gastos especiais a compra de fraldas para deficientes que as utilizam em idade em que não se tem como mais “normal” a ausência de controle do esfíncter; seriam gastos especiais a compra de medicamentos especiais que não seriam, comumente, utilizados pelo restante da população; seriam gastos especiais os gastos utilizados para o pagamento de pessoas imprescindíveis para o cuidado do *deficiente*.

Dessa maneira, apenas a partir de uma análise socioeconômica da situação vivida pelo *deficiente* e por sua família é que será possível uma correta distinção entre os gastos ordinários e os gastos especiais necessários à sustentação do *deficiente*, havendo de, para efeitos de cálculo da renda, excluïrem-se os valores despendidos em face de especiais carências do *necessitado*.

Tendo isso em vista, para que se leve em consideração a situação de miserabilidade concreta e as heterogeneidades pessoais¹² de cada *deficiente*, é fundamental que se desenvolva uma mais adequada compreensão de *renda* para fins assistenciais, que deve ter em conta os *gastos especiais* do beneficiário, atendendo, assim, ao binômio *disponibilidade financeira-necessidade*, sob pena de proteção não-suficiente do desamparado.

Com efeito, por intermédio de uma melhor interpretação do conceito de *renda* restará uma adequada compreensão do maior grau

de *necessidades* apresentadas especificamente por determinados desamparados, que vivenciam situações de maior miserabilidade.

Conclusão

Tem-se, modernamente, para a definição de deficiência, passado de uma abordagem estritamente médica, para um modelo que leva em consideração a complexa interação entre fatores atinentes à lesão, às habilidades, às funcionalidades e ao contexto social, o que, nos casos concretos, se mostra de fundamental importância.

No BPC, verifica-se, como seu pilar, a *necessidade*, que se caracteriza, constitucionalmente, quando o portador de deficiência não possua meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família (*caput* do artigo 203). Com base nisso, também os portadores de *deficiência* que, eventualmente, não se encontrem em condições, mesmo que transitórias, de acessar ao mercado de trabalho, uma vez sendo *necessitados*, devem ser elegíveis para o recebimento do BPC, havendo-se de interpretar o requisito legal de “incapacidade para o trabalho” (parte final do

¹² Como expõe Sérgio Fernando Moro: “... para identificar aqueles que necessitam do benefício da assistência social, há de se considerar as heterogeneidades pessoais, pois as pessoas apresentam características físicas díspares, relacionadas a incapacidade, doença, idade ou sexo, e isso faz com que suas necessidades difiram. Por exemplo, uma pessoa doente pode precisar de uma renda maior para tratar da doença - uma renda de que uma pessoa sem essa doença não necessitaria. Retomando o pensamento de SEN (2000, p. 109) ‘a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza’. Em seu entender, ‘isso implica que a ‘pobreza real’ (no que se refere à privação de capacidades) pode ser, em um sentido significativo, mais intensa do que pode parecer no espaço da renda’ (MORO, Sérgio Fernando, *Questões controvertidas sobre o benefício da assistência social*, in: *Temas Atuais de Previdência e Assistência Social*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002, p.150).

parágrafo 2º do artigo 20 da Lei 8.742/93) sem qualquer exigência de definitividade: igualmente aqueles que, também sem condições eventuais de trabalhar, encontrarem-se na mesmíssima situação de *necessidade/miserabilidade* daqueles que estão definitivamente incapacitados para o trabalho devem fazer jus ao benefício. Por seu turno, o critério legal de “incapacidade para vida independente” (também previsto no parágrafo 2º do artigo 20 da Lei 8.742/93) é constitucionalmente inválido, porque desfigura o conceito de *necessidade* para níveis de insuficiente proteção, indo aquém da proteção constitucional prevista no inciso V do artigo 203 e ferindo o objetivo constitucional de integração social do *deficiente*, para o que o BPC consubstancia importante meio de mobilidade social.

Ademais, no BPC, é de grande relevância que a conceituação de *família* aproxime-se, na maior medida possível, da forma como ela se opera no plano social, sob o risco de se negar proteção a *deficientes necessitados* e de se conceder proteção àqueles deficientes que não se encontram no grau de vulnerabilidade constitucionalmente exigido. Para tanto, compreendendo-se como se dão, sociologicamente, as relações familiares nas classes populares (onde estão os principais destinatários do BPC), deve-se reconhecer a inconstitucionalidade do conceito de família adotado para fins de BPC pela lei (aquele previsto no artigo 16 da Lei 8.213/91), diante da insuficiência de proteção dele decorrente, devendo, em sua substituição, ser aplicado o conceito de família previsto para o Bolsa-Família (inciso I do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 10.836/04), que, de todo modo, porque parcialmente restritivo, deve sofrer uma interpretação ampliativa de forma a abarcar toda a riqueza em que se operam, no plano fático, as relações de cunho familiar.

Além disso, segundo se observa da jurisprudência recente do STF, deve ser destacada a tendência de alteração de seu posicionamento rumo ao reconhecimento da legitimidade da interpretação levada a cabo pela jurisprudência dos tribunais inferi-

ores na ampliação do limitador *per capita* de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ salário mínimo, em conformidade com os programas sociais que vieram posteriormente ao BPC. Sem prejuízo disso, deve-se proceder a uma nova conceituação de renda para fins de BPC, distinguindo-se gastos ordinários de gastos extraordinários, sendo estes últimos *dedutíveis* do cálculo da renda familiar, sob pena de gerar-se uma desconsideração de aspectos específicos de *necessidade* ainda maior de determinados *deficientes*, cuja situação de vulnerabilidade social impescinde da proteção do BPC.

Referências bibliográficas

BARNES, Colin; OLIVER, Mike, BARTON, Len, *Disability Studies Today*, Cambridge: Polity Press, 2002.

COGO, Paulo Gilberto, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 2006.

DINIZ Débora; MEDEIROS, Marcelo, *A nova maneira de se entender a deficiência e o envelhecimento*, Texto para Discussão nº 1.040 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 08.

DINIZ Débora; MEDEIROS, Marcelo; SQUINCA, Flávia, *Transferências de renda para a população com deficiência no Brasil: uma análise do benefício de prestação continuada*, Texto para discussão nº 1.184 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, de agosto de 2006.

FONSECA, Cláudia. L. W., *Concepção de família e práticas de intervenção: uma contribuição antropológica*. Revista Saúde e Sociedade, ESP-USP, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 50-59/2005.

MORO, Sérgio Fernando, *Questões controversas sobre o benefício da assistência social*, in: *Temas Atuais de Previdência e Assistência Social*, Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2002.

PICARELLI, Eduardo Tonetto, *O conceito de família nos benefícios assistenciais*, palestra proferida em 28.09.2006, na Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre.

RIOS, Roger Raupp, *O Princípio da Igualdade e a Discriminação por Orientação Sexual*, de Roger Raupp Rios, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.