

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LUIZ GONZAGA DA CUNHA FREITAS

A efetividade do direito fundamental social ao benefício de prestação continuada (BPC) devido às pessoas com deficiência

Mestrado em Direito

São Paulo

2014

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

LUIZ GONZAGA DA CUNHA FREITAS

A efetividade do direito fundamental social ao benefício de prestação continuada (BPC) devido às pessoas com deficiência

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direitos Sociais (Direito Previdenciário), sob a orientação do Professor Doutor Wagner Balera.

São Paulo

2014

LUIZ GONZAGA DA CUNHA FREITAS

A efetividade do direito fundamental social ao benefício de prestação continuada (BPC) devido às pessoas com deficiência

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, na subárea Direitos Sociais (Direito Previdenciário), sob a orientação do Professor Doutor Wagner Balera.

Aprovado em: \_\_\_\_\_

Banca Examinadora

Professor Doutor Wagner Balera (Orientador)

Instituição: PUC-SP

Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_

Instituição: \_\_\_\_\_ Assinatura \_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

*À Deus, todo poderoso, que a tudo vê e a tudo provê.*

*Aos meus pais, Benjamim e Emília, in memoriam.*

*Aos amigos que, como disse o poeta, devem ser guardados do lado esquerdo do peito.*

*Aos colegas, de convívio, profissão e acadêmicos.*

*Às minhas filhas Rosa e Carolina, a quem procurei sempre transmitir boas lições, inspirado na força Divina de nosso Criador, para que sigam sempre imbuídas de bons propósitos.*

*Aos meus netos, Isadora, Enzo, Luiz Fernando e Gabriel, por traduzirem a perpetuação de nossa existência na esperança de um mundo melhor, com augúrios de paz, harmonia, amor ao trabalho, progresso e à preservação da família e dos amigos leais.*

*À minha querida amiga Manuela Cristina Leite, a quem recorri nos momentos difíceis da elaboração deste estudo, sempre com um aconselhamento útil.*

*Ao meu orientador, Professor Doutor Wagner Balera, pelo seu rigor técnico e objetividade nas postulações, fundamentais para a concretização desta pesquisa.*

*Viva tranquilamente, por entre a pressa e os ruídos, e lembre-se de quanta paz há no silêncio. Tanto quanto possível, sem se render, esteja em bons termos com as pessoas.*

*Diga sua verdade calma e claramente, e ouça os outros, mesmo os mais medíocres e ignorantes – eles também têm a sua história.*

*Evite as pessoas espalhafatosas e agressivas, pois essas são um insulto ao espírito. Não se compare com os outros, para não se tornar vaidoso ou amargo, e saiba: sempre haverá pessoas melhores e piores que você. Desfrute tanto de suas realizações quanto de seus planos.*

*Cultive seu trabalho, mesmo que ele seja humilde; esse é um bem real, frente às variações da sorte. Seja cauteloso em seus negócios, pois o mundo é cheio de armadilhas. Mas não deixe que isso o torne cego para a virtude, que está sempre presente; muitas pessoas lutam por ideais nobres e, por toda a parte, a vida é sempre exemplo de heroísmo.*

*Seja sempre você mesmo. E, sobretudo, nunca finja afeição. Nem seja cínico em relação ao amor, pois, apesar de toda a aridez e desencanto, ele é tão perene quanto a relva.*

*Aceite serenamente os ensinamentos do passar dos anos, renunciando suavemente àquilo que pertence à juventude. Fortaleça seu espírito para que ele possa protegê-lo diante de uma súbita infelicidade. Não antecipe sofrimentos pois muitos temores são apenas fruto do cansaço e da solidão. Mesmo seguindo uma disciplina rigorosa, seja leniente consigo.*

*Você é filho do Universo, tanto quanto as árvores e as estrelas; e tem o direito de estar aqui. E mesmo que isso não seja muito claro para você, não tenha dúvida de que o Universo segue na direção certa.*

*Portanto, esteja em paz com DEUS, não importa a maneira como você O concebe, e sejam quais forem as suas lutas e aspirações, na terrível confusão que é a vida, fique em paz com sua alma.*

*Pois, apesar de toda a falsidade e sonhos desfeitos, este ainda é um lindo mundo. Seja cauteloso. Lute para ser feliz.*

*DESIDERATA (Max Ehrmann)*

## RESUMO

Busca-se, na presente dissertação discutir a efetividade da concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), criado pela Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993 e suas alterações posteriores, que regulamentou o art.203, V, da Constituição Federal, frente aos requisitos legais para a sua concessão, especialmente a prova pericial médica e socioeconômica. Trata-se de ponto crucial em razão do qual muitos pedidos deixam de ser concedidos, mediante uma análise dos fundamentos jurídicos que o revestem, principalmente após a internalização no ordenamento jurídico pátrio da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF). O objetivo do estudo está em demonstrar que o BPC, um benefício de amparo ao mínimo existencial, com redação do art.6º, da Constituição Federal, se enquadra como um direito fundamental social, que resguarda a dignidade da pessoa humana e o respeito ao princípio da necessidade social, com destaque para o requerente portador de deficiência. Nesse sentido, procura-se demonstrar que o Estado ainda não foi capaz de dar efetividade ao BPC e às questões de mínimo existencial ao deficiente, apesar do longo tratamento concedido ao tema na Constituição Federal. Para alcançar os objetivos pretendidos o estudo está fundamentado na doutrina, no ordenamento jurídico e na jurisprudência. Optamos, também, pela metodologia teórico-dogmática. Oportuna a referência a alguns regulamentos e instrumentais utilizados pelo Juizado Especial Federal Cível de São Paulo, no que tange aos requisitos para conceder o BPC, apresentando, como exemplo, o conteúdo de laudos médico-pericial e socioeconômico, além de decisão judicial para verificar como essa instância judicial enfrenta a questão. Ao final, lança-se mão dos julgados dos tribunais brasileiros para demonstrar como caminha a jurisprudência pátria em relação ao mínimo existencial e, em específico, ao benefício assistencial, com destaque para os julgados que envolvem os pedidos dos deficientes.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais sociais. Princípio da necessidade social. Benefício de prestação continuada (BPC). Renda *per capita*. CIF. Incapacidade. Deficiência. Avaliação social.

## ABSTRACT

Search in this dissertation the discussion on the effectiveness of the BPC award – Continued provision Benefit established by law n. 8,742, December 7, 1993 and its subsequent amendments, which regulated the Article 203, V, of the Federal Constitution, against the requirements that the law established for its grant, especially in socio-economic and medical expert testimony in order to handle the crucial point in that many requests are no longer awarded, through an analysis of the legal bases that are mainly after internalization the legal system of the homeland of the place of the ICF-International Classification of functionality, disability and health. The crux of the question is trying to demonstrate that the BPC, understood as a benefit of amparo to the existential minimum, with the wording of article 6, heading, of the Federal Constitution, qualifies as a fundamental right in guard the dignity of the human person and respect for the principle of social need, highlighted by the applicant disability. In this sense, seeks to demonstrate that the State has not yet been able to give the necessary effectiveness to the BPC and the questions of existential minimum to the poor, despite the long treatment given to the subject in the Federal Constitution. To achieve the desired objectives supporting the work on doctrine, the legal system and jurisprudence, opting for the theoretical and dogmatic methodology. Timely reference to some regulations and instruments used by the Special Federal Civil Court of Sao Paulo, with regard to requirements for the granting of the BPC, showing, the illustrative reports content title, expert medical and socioeconomic, as well as judicial decision to assess how this Court faces the question. Still, to Crown the work, if the justices of our courts, with the goal of demonstrating how walks the jurisprudence homeland in dealing with the question of the existential minimum and in particular the assistance benefit, especially for the trial involving the applications of disabled people.

**Keywords:** Fundamental Social Rights. Principle of social need. BPC. Per-Capita Income. ICF. Incapacity. Disability. Social Evaluation.

## SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	BREVE HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL	12
2	A IMPORTÂNCIA DA TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS PARA A CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO DA NECESSIDADE SOCIAL E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	17
2.1	Sistemas e princípios jurídicos	17
2.1.1	Direitos fundamentais sociais	24
2.1.2	Princípio da necessidade social	29
2.2	Políticas públicas	36
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	41
3.1	O sistema de direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988	41
3.2	Eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais	52
4	O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL	64
4.1	Reserva do possível	64
4.2	Mínimo existencial	68
4.3	Mínimo existencial <i>versus</i> reserva do possível	70
5	BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA – BPC: O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA	73
5.1	Necessidade social: significado e potencialidade como princípio norteador do acesso ao direito social prestacional ao BPC	73
5.2	O direito ao benefício assistencial devido às pessoas portadoras de deficiência, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal	85
5.3	BPC e pessoa com deficiência	93
5.4	A importância da CIF para a concessão do BPC	106
5.5	Os juizados especiais federais e os critérios de avaliação da incapacidade para fins de concessão do BPC	117
5.6	A jurisprudência brasileira frente à aplicação do princípio da necessidade social: desafios e possibilidades à garantia da eficácia da norma que define o direito ao benefício de prestação continuada	135
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	151
	REFERÊNCIAS	155

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por finalidade discutir a efetividade da concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), criado pela Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993 e suas alterações posteriores, que regulamentou o art. 203, V, da Constituição Federal, frente aos requisitos legais para a sua concessão, especialmente a prova pericial médica e socioeconômica. Trata-se do ponto crucial, em razão do qual muitos pedidos deixam de ser concedidos, tendo em vista o alto grau de subjetividade que permeia essas duas espécies de avaliação para habilitar o pretense candidato hipossuficiente a perceber esse benefício assistencial, mediante uma análise dos fundamentos jurídicos que o revestem, principalmente após a internalização no ordenamento jurídico pátrio da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF).

Cumprido, assim, confrontar o BPC, um benefício de amparo ao mínimo existencial, com o art. 6º da Constituição Federal, visando enquadrar tal benefício como um direito fundamental social, em resguardo à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, procura-se demonstrar que o Estado ainda não foi capaz de dar efetividade ao BPC e às questões de mínimo existencial, apesar do longo tratamento conferido ao tema pela Constituição Federal de 1988. Justifica-se essa afirmação diante dos números apresentados pela Justiça Federal, que demonstram a vastidão de pedidos de benefícios previdenciários a partir de 2002 após a criação dos Juizados Especiais Federais. A situação é ocasionada por requisitos que, ao contrário de fornecer subsídios à concessão da assistência, funcionam como verdadeiros “gargalos” sistêmicos ao direito fundamental, somados a todos os problemas observáveis no estudo do sistema previdenciário no Brasil (desgovernança, desvio de verbas, influência econômica, deficiência na gestão administrativa, etc.).

As chamadas “barreiras de acesso” vão dos indeferimentos administrativos – que podem traduzir-se em situações aptas a ensejar a responsabilidade objetiva do Estado (morte do pretense beneficiário, por exemplo) – à “superlotação” da Justiça Federal, especialmente dos Juizados Especiais Federais, com demandas previdenciárias, todas visíveis nas pautas de audiência extensas e na crescente demanda por peritos médicos. Não apenas, mas os problemas cíclicos geram um aumento significativo de gastos ao Estado diante dos

reagendamentos administrativos e da movimentação da estrutura do Poder Judiciário.

Para alcançar os objetivos estabelecidos e responder aos questionamentos lançados adiante, lastrea-se o estudo na doutrina, no ordenamento jurídico e na jurisprudência.

Entendeu-se também relevante referir-se a alguns regulamentos e instrumentais pelo Juizado Especial Federal Cível de São Paulo, no que tange aos requisitos para conceder o BPC, apresentando, como exemplo, o conteúdo de laudos médico pericial e socioeconômico e decisão judicial para verificar de que forma essa instância judicial enfrenta a demanda.

Ao final, lança-se mão dos julgados das cortes de justiça que incluem os Tribunais Regional Federais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, além da Turma Nacional de Uniformização. As decisões selecionadas têm como objetivo aferir, quando da apreciação do mérito das demandas relativas ao BPC, com destaque aos requerentes deficientes, possíveis quebras de paradigmas, tendo em vista uma nova ordem internacional relativa aos seus direitos.

Assim, através de uma análise doutrinária e da amostra jurisprudencial, quando houver confronto entre os institutos legais e os elementos práticos da concessão do BPC, pretende esta pesquisa responder às seguintes indagações:

- 1- É possível considerar o BPC um direito fundamental já que se trata de direito social nos termos do art. 6º da Constituição Federal de 1988?
- 2- É o benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, um mínimo existencial em atenção aos princípios da necessidade e da dignidade da pessoa humana?
- 3- Sendo um direito social, previsto na Constituição Federal, estaria esse direito ao mínimo existencial, considerando a dignidade da pessoa humana, condicionada ao princípio da reserva do possível?
- 4- A legislação infraconstitucional está em sintonia com a Constituição Federal ao estabelecer os critérios para o seu percebimento?
- 5- O que deve ser entendido por deficiência e incapacidade, segundo o ordenamento jurídico e a doutrina? Quais as barreiras de acesso ao benefício, pelas pessoas portadoras de deficiência?

6- Quais os avanços e entraves surgidos com a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), internalizado em nosso ordenamento jurídico ao efetivar o BPC ?

## 1 BREVE HISTÓRICO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Os primeiros registros da prática assistencial no Brasil remetem a 1543, quando Brás Cubas instituiu a Santa Casa de Misericórdia de Santos (CEDENHO, 2012, p.21). Seguiram-se, no Rio de Janeiro e em São Paulo, outros serviços de caráter assistencialista, também sob a responsabilidade das Santas Casas, que tinham como seus maiores provedores os governadores de cada Estado. Era o início da prestação de serviços de abrigo, de alimentação e de serviços médicos por benemerência do Poder Público.

Em 1824, com a Constituição, surgiu o instituto dos “socorros públicos”, além de outros direitos sociais, ainda muito incipientes.

No final do século XIX, o Brasil passou por mudanças no rumo da economia nacional, que deixou de ser mercantil escravagista para seguir um modelo de economia exportadora capitalista, amparado pela produção cafeeira e livre da submissão a Portugal. O uso da mão de obra estrangeira nas fazendas de café fez com que São Paulo, principalmente, recebesse e hospedasse um grande número de imigrantes. Entre as alternativas de estalagem, estava a Hospedaria de Imigrantes, então mantida por fazendeiros paulistas. Além dela, havia centros de higiene, serviços sanitários e médicos (CEDENHO, 2012, p.25).

Em 24 de novembro de 1888, surgiu o primeiro embrião da previdência no Brasil: a Lei nº 3.397, que instituiu a “Caixa de Socorros” para os trabalhadores das estradas de ferro (CEDENHO, 2012, p.25).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, apesar de liberal, não espelhava a realidade brasileira, ainda enraizada no coronelismo. Trazia em seu texto tímidos rudimentos de proteção social, como o benefício da aposentadoria para os funcionários públicos nos casos de invalidez em prestação de serviços à nação (art. 175). No entanto, o instituto dos socorros públicos foi extinto, salvo nos casos de calamidade (art. 5º).

No cenário mundial, a questão social entra na pauta dos países industrializados principalmente após o Tratado de Versalhes e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). No Brasil, a Lei Eloy Chaves, promulgada pelo Decreto Legislativo nº 4.682, tornou-se a primeira norma brasileira de previdência social. Destinava-se, porém, unicamente à proteção da categoria dos

ferroviários. Nas palavras de José Ricardo Caetano Costa (apud CEDENHO, 2012, p.27):

Não foi por caridade ou algum fim humanístico que os ferroviários foram os primeiros a ter os seus direitos assegurados, mas sim por interesses das forças dominantes e dirigentes expressas através do Estado, na segunda década de 1900. Melhor dizendo, foi justamente a correlação de classes, naquele momento histórico, que propiciou o nascimento desta primeira forma de proteção securitária: de um lado os trabalhadores, inicialmente do setor ferroviário, fortemente organizados buscando os seus direitos e, de outro, a necessidade do crescimento do estado brasileiro a partir de um incipiente processo de industrialização, em que o transporte (ferroviário e marítimo) passa a ser o principal meio para incrementar a industrialização.

A Revolução de 1930 apontou para o declínio do coronelismo e da Primeira República. Getúlio Vargas, então no comando do país, inclinou-se para a questão social. Com uma administração centralizada, baseada na representatividade das várias categorias de trabalhadores e dos setores da elite dominante, foram criados em 1930 os Ministérios do Trabalho, da Indústria e Comércio, da Educação e da Saúde.

No campo da assistência social, vários foram os instrumentos criados, como por exemplo, a Caixa de Subvenções, de fins caritativos. O ápice foi a Carta Constitucional de 1935, inspirada na Constituição de Weimar, de 1919, expandindo expressivamente os direitos sociais. Assim leciona Jediael Galvão Miranda (apud CEDENHO, 2012, p.28)

A Constituição de 1934 trouxe diversas disposições acerca da proteção social, provendo assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta o descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, além de prever a instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, para cobrir os eventos de velhice, invalidez, maternidade, acidentes do trabalho ou morte. Tratou, portanto, do custeio tripartite do sistema, bem como foi a primeira Carta Constitucional a utilizar o termo "previdência", porém sem o complemento "social".

Ainda que a Constituição de 1934 tenha trazido algum amparo assistencial, foi em 1938, com a criação do Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS), que se consolidou a primeira regulamentação de serviço social. Apesar disso, a máxima liberal permanece contribuindo para a profunda desigualdade social no país. A Carta de 1937 em nada avançou em relação aos institutos de proteção social porque estava mais voltada à sustentação do processo de desenvolvimento

econômico, com predominância ao setor industrial. A defesa dos direitos individuais e a assistência aos necessitados foram deixadas em segundo plano.

A preocupação com os direitos sociais, no entanto, permaneceu em voga nas nações já industrializadas, principalmente em razão das guerras, culminando no surgimento do chamado Estado Social<sup>1</sup>. Publicado em 1942, o Relatório Beveridge, intitulado em homenagem ao seu criador inglês, Willian Beveridge, serviu como alicerce para a elaboração de muitos documentos de proteção social ao redor do mundo, pois tinha como proposta a “proteção do berço ao túmulo”. Como repercussão inicial, no Brasil, surgiu a Liga Brasileira de Assistência, sob a coordenação da primeira dama Darcy Vargas.

Sem prejuízo, Wagner Balera leciona que a Carta do Atlântico, de 1941, a qual os governantes Churchill e Roosevelt redigiram a bordo do Cruzador Augusta, poderia ser considerada a primeira referência ampliada de concepção de seguridade social. No entanto, postula que “a certidão de nascimento da seguridade social seria lavrada pela Primeira Conferência Interamericana de Seguridade Social, realizada em Santiago (Chile), de 10 a 16 de setembro de 1942 (2010, p.75)”. Foi um período de grandes conquistas sociais, culminando com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1948.

Nesse clima, a Constituição de 1946 surgiu “segundo um modelo de Estado intervencionista, planejador dos problemas econômicos e sociais”, coincidindo com a realização, em 1947, na cidade de São Paulo, do primeiro Congresso Brasileiro de Direito Social, que tinha como objetivo realizar estudos técnicos e científicos sobre o bem-estar da pessoa humana.

A 35ª Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida em Genebra, em 1952, por intermédio do Convênio 102, estabelece a necessidade de observar a norma mínima de proteção social em cada legislação nacional (2012, p.33).

Com o intuito de responder às demandas sociais foi editada, no Brasil, a Lei nº 3.807/60, chamada Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), demonstrando a expansão da proteção social previdenciária.

No entanto, com o golpe militar de 31 de março de 1964, iniciou-se um período de exceção no Brasil, com a promulgação da Carta Constitucional de 1967, de conteúdo autoritário, o que resultou na redução de direitos individuais. Com o

---

<sup>1</sup> Também denominado Estado de bem-estar social ou Estado-providência.

fortalecimento do Poder Executivo e a preocupação com a segurança nacional, houve uma redução dos direitos individuais. A nação testemunhou seguidas reviravoltas na tentativa de se estabelecer uma nova ordem constitucional, como as emendas constitucionais, repercutindo na área social, em que a Liga Brasileira de Assistência (LBA) mesclava formas novas e arcaicas de proteção assistencial.

Nesse sentido, a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SIMPAS), em 1977, significou a unificação das antigas Caixas e Institutos e tinha como finalidade “integrar as atividades de assistência social, previdência social, assistência médica e administração financeira e patrimonial das várias entidades vinculadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social” (CEDENHO, 2012, p.35).

Na tentativa de mesclar formas novas com arcaicas de proteção social, o modelo brasileiro de Estado Social entrou em crise no Brasil, na medida em que as antigas promessas de proteção social universal foram substituídas pelos discursos de livre mercado e de Estado mínimo. Dessa forma, “o Estado de bem-estar social, surgido das necessidades sociais não atendidas pelo Estado liberal, agora enfrentava sua própria crise” (CEDENHO, 2012, p.37).

Foi apenas a partir da Constituição Federal de 1988 que a assistência social ganhou um contorno de direito social, ao evoluir do antigo conceito de caridade para o de garantia constitucional e de obrigação legal do Estado; um verdadeiro marco histórico, garantindo-lhe a certeza de provisão.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, considerada o mais importante documento jurídico da história contemporânea, serviu como forte influência à Constituição de 1988. Adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, traz insculpida em seu art. 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Foi nesse sentido que caminhou a constituinte de 1988, ao abolir do caráter benemérito e filantrópico da assistência social para uma política de proteção social capaz de integrar o sistema de seguridade social, na busca do bem-estar e da justiça social.

Carlos Gustavo Moimaz Marques (2009, p.35) transcreve parecer que ilustra o propósito daquilo que aqui se advoga:

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 frequentemente se chega é sobre a impossibilidade de se optar por apenas uma das duas conclusões. 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”.

O Benefício de Prestação Continuada, previsto para idosos e portadores de deficiência na nossa Constituição Federal, vem estabelecido e, em alguns pontos, foi regulado com essa dupla finalidade: “dar o peixe enquanto se ensina e se oferece condições para a pesca”. Prova disso é o disposto no art. 24, § 2º, da Lei Orgânica da Assistência Social, segundo o qual os programas voltados ao idoso e à integração da pessoa portadora de deficiência serão devidamente articulados com o benefício de prestação continuada estabelecido no art. 20 desta Lei<sup>2</sup>.

Em razão da Declaração Universal dos Direitos do Homem, a inclusão dos cidadãos portadores de deficiência também teve lugar no ordenamento jurídico pátrio, como é o caso do Decreto nº 6.949/2009, que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Após elencar 25 “considerandos”, todos lastreados no respeito à igualdade e na dignidade dos seres humanos, a Convenção estabelece em seu art. 1º:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

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.

Por ora, a breve retrospectiva sobre a assistência social satisfaz o propósito deste capítulo. Em seguida, prosseguiremos abordando o contexto da assistência social na arquitetura reservada pelo constituinte na Carta de 1988.

Posteriormente, trataremos da relevância dos princípios para a concepção da segurança social, dentro de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que somente a partir dos princípios é possível idealizar e concretizar a tão almejada segurança social em respeito à dignidade da pessoa humana, especialmente aos mais desvalidos.

<sup>2</sup> BRASIL. Parecer Procuradora da República, Eugênia Augusta Gonzaga Favero, nos autos do Processo nº 2001.61.07.000276-3. 1ª Vara de Araçatuba.

## 2 A IMPORTÂNCIA DA TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS PARA A CONCEPÇÃO DO PRINCÍPIO DA NECESSIDADE SOCIAL E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Neste capítulo propõe-se uma breve discussão sobre a teoria dos princípios, a partir da qual extrair-se-á o conceito de princípio da necessidade social, um dos pilares do presente estudo, tendo em vista o contexto dos direitos sociais, especialmente a previsão constitucional da Carta Magna de 1988 na qual se vislumbram no título I, os princípios fundamentais, dentre os quais a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). Também dar-se-á ênfase ao conceito de políticas públicas, especialmente por tratarmos nesta pesquisa da efetividade do Benefício de Prestação Continuada (BPC), concebido no art. 203, em cumprimento ao direito social aos desamparados, previsto no art. 6º, ambos da Constituição Federal de 1988.

### 2.1 Sistemas e princípios jurídicos

Iniciaremos abordando sucintamente a teoria dos princípios com o objetivo de alcançarmos o princípio da necessidade social.

Parte-se do pressuposto de que, onde está o homem, está o direito. Assim, “o homem é, ao mesmo tempo, indivíduo e ente social. Embora seja um ser independente, não deixa de fazer parte, por outro lado, de um todo, que é a comunidade humana” (DINIZ, 2006, p.336).

Para Maria Helena Diniz, o fundamento das normas está na *exigência da natureza humana de viver em sociedade*, “dispondo sobre o comportamento de seus membros”. (DINIZ, 2006, p.337). Assim, a norma jurídica é “a coluna vertebral” do corpo social (DINIZ, 2006, p.338, grifos da autora).

Ronald Dworkin, na obra *Império do Direito* (1999), inicia e finaliza seu texto questionando sobre o que vem a ser o direito e responde à pergunta de um modo não convencional:

[...] O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. [...] A atitude do direito é acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude

fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 1999, p.492).

Parte-se do pressuposto de que um sistema jurídico é determinado através dos tempos, que considera o desenvolvimento das civilizações, a partir do qual o direito absorve as novas realidades sociais. O direito é, portanto, um produto cultural.

Ao tratar do direito como um sistema, Eros Grau postula não existir concretamente o direito, mas os direitos, já que, como produto cultural, “[...] o direito é, sempre, fruto de uma determinada cultura. Por isso, não pode ser concebido como fenômeno universal e atemporal” (GRAU, 2011, p. 24).

Justifica sua afirmação (Grau, 2011, p.65), argumentando que cada modo de produção elabora a sua cultura e constitui o que se denomina *direito pressuposto*. Por esse motivo, cada modo de produção capitalista reclama um *direito posto*, construído sobre o seu direito pressuposto (grifos do autor).

Tomando o direito como um sistema, no qual predominam os sentidos axiológico e o teleológico, o autor define o sistema jurídico como uma ordem axiológica de princípios gerais de direito. Considera o sistema jurídico aberto já que ele “decorre da incompletude e da provisoriedade do conhecimento científico”. Também o considera um sistema objetivo e dinâmico, suscetível de aperfeiçoamento, por ser um produto histórico, cultural e em contínua evolução. (GRAU, 2011, p.24)

No entanto, também é sabido que um ordenamento jurídico nasce pela concepção de princípios. Segundo Luís Díez Picazo (apud BONAVIDES, 1996, p.228), essa ideia deriva da linguagem da geometria, “onde designa as verdades primeiras”, e que por isso são princípios, porque “estão no princípio” e, portanto, se constituem nas “premissas de todo um sistema que se desenvolve *more geometrico*”. Assim, os princípios são as verdades objetivas, “nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade”.

Leciona Paulo Bonavides (1996, p.232), que a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. Na primeira, os princípios habitam ainda a esfera abstrata; sua

normatividade é basicamente nula e duvidosa, e contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça. Na segunda, juspositivista, os princípios ingressam nos códigos, como fonte subsidiária. Segundo Gordillo Cãnas, os princípios entram nos códigos unicamente como “válvulas de segurança”, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, introduzidos para “estender a sua eficácia e impedir o vazio normativo”. (BONAVIDES, 1996, p.235). A terceira fase, a do pós-positivismo, corresponde aos grandes momentos da criação constitucional das últimas décadas do século XX, cujas novas constituições “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”. (BONAVIDES, 1996, p.237)

Na cátedra de Robert Alexy, regras e princípios distinguem-se na medida em que os últimos são normas ordenadoras de algo que pode ser realizado na maior medida possível segundo as possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, portanto, os princípios *mandamentos de otimização*, que se caracterizam por poderem ser satisfeitos em diferentes graus e pelo fato de a medida de satisfação não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já para as regras jurídicas são normas que podem ou não ser satisfeitas. Assim, conforme o autor, para que uma regra seja válida, deve-se fazer exatamente aquilo que ela prescreve, visto que as regras possuem *determinações* daquilo que é fática e juridicamente possível. Para ele, toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2012, p.90-91, grifos do autor).

Verificado um conflito entre regras, segundo o autor, somente se pode solucioná-lo introduzindo, em uma das regras, uma cláusula de exceção para eliminar o conflito ou por meio da declaração da invalidade de uma das regras. (ALEXY, 2012, p.92)

Já para um eventual conflito entre princípios, um deles deverá ser afastado, o que, todavia, não significa ser considerado inválido, mas apenas, que um princípio tem precedência sobre o outro. Diante dos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os de maior relevância devem prevalecer. Assim, “conflito entre regras ocorre na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso”. (ALEXY, 2012, p.94)

A respeito das diferenças e peculiaridades dos princípios e dos valores, leciona o autor que existe uma aproximação entre esses conceitos, visto que é possível falar tanto em colisão e sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e sopesamento entre valores. Também, segundo o autor, a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores. (ALEXY, 2012, p.144).

Ao invocar a cátedra de George Henrik Von Wright, Robert Alexy afirma existir uma diferença importante entre valor e princípio. Para ele, dividem-se em três grupos os conceitos práticos: os deontológicos, os axiológicos e os antropológicos. Nos deontológicos estão subscritos os conceitos de dever, proibição, permissão e de direito a algo. Os conceitos axiológicos não se caracterizam pelo dever ou dever-ser, mas pelo conceito de bom. Nesse sentido, estão relacionados a algo bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de Direito. Por fim, os conceitos antropológicos são os de vontade, interesse, necessidade e ação. (ALEXY, 2012, p.145-6)

Afirma Robert Alexy que, aceita essa tripartição, fica fácil perceber a diferença decisiva entre os conceitos de princípio e de valor, uma vez que os princípios são mandamentos de otimização pertencentes ao âmbito deontológico, enquanto os valores pertencem ao campo axiológico. (ALEXY, 2012, p.146).

E completa argumentando que para distinguir princípios e valores, deve-se concentrar em um ponto apenas. Para ele, aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido. Por sua vez, aquilo que é, no modelo de valores, definitivamente o melhor é, no modelo de princípios, definitivamente devido. Isto posto, os princípios e os valores se distinguem apenas em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo. (ALEXY, 2012, p.153).

Convém, aqui, referir-nos à cátedra de Virgílio Afonso da Silva (2009, p.31), o qual, ao tratar de direitos fundamentais, adota um método analítico para avaliar os conceitos básicos e mais elementares do suporte fático desses direitos<sup>3</sup>.

O autor aborda, inicialmente, o que vem a ser suporte fático, salientando o pouco uso desse termo em direito constitucional, mais presente no direito penal e tributário. Isso se explica pela tradição do direito constitucional

---

<sup>3</sup> Utiliza a divisão de dogmática jurídica conforme proposta por Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012, p.33-36).

brasileiro, mais presente no brasileiro, mais voltado, pelo menos até 1988, para a organização estatal e dos poderes, do que propriamente dos direitos fundamentais (SILVA, 2009, p.67). E registra:

[...] Como se verá, é no âmbito dos direitos fundamentais que o conceito de suporte fático tem sua aplicação por excelência no direito constitucional. De outro lado, porque o método de trabalho analítico é menos comum no direito constitucional brasileiro. E é sobretudo a partir da dogmática analítico-conceitual – preocupada, entre outras coisas, com uma minuciosa análise conceitual e com a reconstrução de complexos problemas teóricos e práticos a partir de seus elementos mais simples – que a necessidade e, sobretudo, a utilidade da definição de um conceito fático para os direitos fundamentais ficam patentes [...].

A importância do conceito de suporte fático para este trabalho se justifica pelas afirmações do autor, visto que é no campo dos direitos fundamentais que ele mais se acentua.

Dessa forma, a concepção de suporte fático, defendida por Virgílio Afonso da Silva (2009, p.67), pressupõe a distinção entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto.

O primeiro, em linhas gerais, é formado pelos fatos ou atos do mundo, descritos pela norma e para cuja realização ou ocorrência é prevista uma consequência<sup>4</sup>. Logo, postula o autor, preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. Assim, “suporte fático concreto, intimamente ligado ao abstrato, é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos que a norma jurídica, em abstrato, judicizou”. E, “a verificação da ocorrência do suporte fático concreto dependerá, como ficou claro, da sua configuração em abstrato”.

Para fins didáticos, seguindo a cátedra de Virgílio Afonso da Silva, consideramos princípios fundamentais ensejadores à proteção social, na Constituição Federal de 1988, caracterizados como suporte fático abstrato, aqueles elencados nos arts. 1º, 4º e 6º. Como suporte fático concreto, consideramos as prescrições do art. 203, V, da Carta Magna.

No entanto, deve-se observar, no que for pertinente, as restrições doutrinárias como a *proporcionalidade*, a *ponderação* e o *sopesamento*, conforme

---

<sup>4</sup> Segue a posição de Pontes de Miranda (MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, v.1, 4.ed. São Paulo: RT, 1983, p.3-4).

discorre o autor. Importa, para este trabalho, aquilo que o autor denominou *conteúdo essencial do direito fundamental*. (SILVA, 2009, p.182)

Ao criticar o *conteúdo essencial absoluto* dos direitos fundamentais, leciona que “o grande desafio de qualquer teoria absoluta sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é a definição do que pertence a esse conteúdo e do que dele deve ser excluído” (SILVA, 2009, p.187).

Destaca, ainda, o princípio da dignidade humana, que vem sendo utilizado de forma “inflacionária” nos meios acadêmicos e judiciais, como um enorme “guarda-chuva” para abarcar situações das mais diversas ocasionando a *banalização do uso* deste princípio:

[...] Claro que não é o caso, aqui, de ser ingênuo ao ponto de pensar que no Brasil todos têm sua dignidade respeitada a todo tempo. Imaginar isso em um país em que parte considerável da população vive abaixo da linha de pobreza e que tem a quarta pior distribuição de renda em todo o Planeta seria muito inocente. Mas também seria uma ingenuidade pensar que é essa situação social indigna que gera o constante recurso à garantia da dignidade humana no discurso acadêmico e forense no Brasil. Não são esses casos de vida indigna que chegam aos juízes; até porque aqueles que vivem nessa situação poucas chances têm de ter acesso ao Judiciário. A inflação no uso da dignidade humana no discurso forense *não tem ligação direta com a realidade social do país*, e é um fenômeno limitado exclusivamente ao discurso jurídico. (SILVA, 2009, p.193-94)

Segundo o autor, essa banalização presente no discurso acadêmico e postulativo dos litigantes em defesa de seus clientes também pode contribuir para banalizar os julgados, na medida em que seus argumentos podem ser interpretados como desnecessários (SILVA, 2009, p.195).

Assim sinaliza o autor para a teoria relativista do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que respeita os postulados da proporcionalidade, do sopesamento e da ponderação. E, por fim, invoca Konrad Hesse (apud Silva, 2009, p.197): “ambos os conceitos – ‘*conteúdo essencial e proporcionalidade*’ guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos”. Ao se contrapor ao pensamento de Jorge Miranda, para quem as teorias relativistas confundem proporcionalidade com conteúdo essencial, Konrad Hesse afirma que “as teorias que pressupõem um conteúdo essencial relativo *identificam* esse núcleo com o produto da aplicação da regra da proporcionalidade”

(grifos do autor). Nesse sentido, o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no julgamento do “caso Ellwanger”<sup>5</sup>:

[...] a superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais há de resultar da utilização, pelo STF, de critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, *hic et nunc*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deve ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, *desde que, no entanto, a utilização do método de ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistério da doutrina” (SILVA, 2009, p.199).

E afirma: “[...] se é inimaginável considerar como constitucional uma restrição que invalida o conteúdo essencial de algum direito, *então, o proporcional respeita sempre o conteúdo essencial*”. E sintetiza seu raciocínio por meio do seguinte silogismo:

- ✓ restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;
- ✓ restrições que passem pelo teste da proporcionalidade são constitucionais;
- ✓ restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial. (SILVA, 2009, p.206)

O posicionamento de Virgílio Afonso da Silva vem enriquecer essa pesquisa visto que, ao tratarmos do BPC ao deficiente, estamos diante de um direito fundamental, cujo conteúdo essencial é sua sobrevivência, com o mínimo essencial.

Se, conforme defende Ricardo Lobo Torres, todos os direitos sociais só garantem o mínimo (TORRES apud SILVA, 2009, p.204), então devemos considerar que ele os está considerando direitos *básicos* para viver e que, o *mínimo do mínimo* seria o BPC, ao lado da alimentação sem a qual o indivíduo não sobreviveria (grifos nossos). A esse respeito, argumenta Ricardo Lobo Torres (apud LAZARI, 2012):

[...] É objetivamente mínimo [...] por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de sua condições. [...] É subjetivamente mínimo por tocar parcialmente, em seu *status positivus libertatis*, ‘[...] a quem esteja abaixo da linha de pobreza’.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 188.858(912) (sem grifos no original)

Para encerrarmos essa fase da nossa exposição, as lições de Marcus Correia (2006, p.121) ao defender que “a segurança social passou a ser segurança normativa e, mais, segurança normativo-constitucional”:

[...] Obviamente, que o melhor ambiente para o estudo de um conceito de segurança social é o âmbito da Constituição Federal. Portanto, deve-se partir do pressuposto da necessidade da análise dos termos constitucionais e dos princípios constitucionais. Os termos constitucionais seriam aqueles que estão na Constituição e que, por meio do ato interpretativo, emergem no sistema. Portanto, a nossa leitura sugere uma conjugação dos princípios que informam o texto constitucional. Ora, se existe um termo como previdência em matéria constitucional, ou mesmo saúde, é da Constituição que emergirão os conceitos de previdência e saúde. Esses conceitos, por sua vez, somente serão revelados na medida em que constatarmos quais os princípios fundantes da previdência ou da saúde em dado modelo de Estado [...].

### 2.1.1 Direitos fundamentais sociais

Ao elaborar um modelo de direitos fundamentais sociais, Robert Alexy não determina quais os direitos fundamentais do indivíduo, porém, diz que o indivíduo pode ter alguns deles e assinala o que é relevante para a sua existência e o seu conteúdo.

Assim, estabelece o autor alguns requisitos indispensáveis para que o direito à sua prestação seja definitivamente garantido:

- 1- Se o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente;
- 2- Se o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) forem afetadas em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da prestação e pelas decisões do tribunal constitucional que levarem em consideração;
- 3- Se os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da prestação e pelas decisões do tribunal constitucional que levarem em consideração; (ALEXY, 2012, p.512)

Objeções a esse modelo sempre existirão, mas o autor afirma que se trata de um modelo lastreado no sopesamento, de tal forma que aquilo que é devido *prima facie* é mais amplo que aquilo que é devido definitivamente. (ALEXY, 2012, p.514)

Poder-se-ia argumentar que mesmo os direitos fundamentais mínimos causariam – se são muitos os pretendentes – enormes impactos financeiros. Todavia, esse fundamento não se sustenta. Isso porque, o princípio da competência

orçamentária não é ilimitada e não se constitui em um princípio absoluto; além disso, direitos individuais podem ter peso maior do que meras razões político-financeiras. (ALEXY, 2012, p.512).

Acrescenta o autor que a extensão do exercício de direitos fundamentais sociais aumenta durante as crises econômicas, justamente tendo em vista que pouco tem a oferecer. Mas isso, por si só não desmerece a garantia desses direitos já que nem tudo o que se entende como direitos sociais é exigido como direitos fundamentais mínimos. Além disso, considerados os sopesamentos, direitos definitivos podem ser distintos em circunstâncias diversas. E, ao final, contra-argumenta que é exatamente em tempos de crises que a proteção constitucional, mesmo mínima, no campo social, deve ser conferida. (ALEXY, 2012, p.513).

Segundo Lenio Luiz Streck, a noção de Estado Democrático de Direito “está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar *plus* normativo do Estado Democrático de Direito (grifo do autor):

Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como a igualdade, a justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. (STRECK, 2004, p.148).

No mesmo viés, afirma que essa noção de Estado se adequa ao conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que originam uma mudança do *status quo* da sociedade<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Prossegue o autor: “A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, a democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram do regime autoritário/ditatoriais trazem à luz constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine as relações entre Poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política, isto porque o *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-facismo pela vontade da maioria, confiou à justiça constitucional a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica. Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os Poderes do Estado, surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica ao direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.148).

Lenio Luiz Streck se contrapõe à Jünger Habermas, que critica os modelos substancialistas. Como procedimentalista, Jünger Habermas advoga com veemência à interferência do direito na política, sustentando que é melhor uma abordagem deontológica e não axiológica da validade jurídica. Assim, Jünger Habermas critica o solipsismo de Ronald Dworkin que toma o juiz como Hércules, a confiar em suas habilidades pessoais e individuais para garantir o acesso à justiça, preferindo, pois, a abordagem deontológica e não axiológica da validade jurídica, já que o juiz, reconhecendo-se membro de uma comunidade de homens livres e iguais, se reconhece, também, como um copartícipe do mundo da vida

que sustenta as pretensões de justiça cotidianamente vivenciadas por essa mesma comunidade e simplesmente busca-se expressar, deontológica e não axiologicamente, em face do caso concreto a crença intercompartilhada, aplicando adequadamente as leis para reger a vida em comum, colocando-se no lugar de cada um dos afetados pelo provimento, com a certeza de que as normas gerais e abstratas não foram feitas para gerar resíduos de injustiça para ninguém [...] (STRECK, 2004, p.156).

Lenio Luiz Streck se contrapõe a Jünger Habermas afirmando ainda que sua análise subestima o Direito naquilo que é o *plus*, ocorrido no pós-guerra, na concepção do Estado Democrático de Direito, e que se contrapõe a institutos anteriores do Estado Liberal e do Estado Social de Direito:

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrado, no campo do direito constitucional e da ciência política, uma nova legitimidade, no interior da qual o Direito assume a tarefa de transformação, até mesmo em face da crise do modelo de Estado Social, onde as políticas públicas começaram a se tornar escassas, questão que colocava em risco a realização dos direitos sociais e fundamentais. Daí se altera a configuração do processo de legitimação: ao contrário das constituições liberais ou meramente sociais, a legitimidade, agora, advém da própria Constituição [...], que exsurge de um processo de re-fundação da sociedade. (STRECK, 2004, p.166)

Nesse sentido, a cátedra de Rodolfo Arango (2005). Ao tratar dos desafios enfrentados pelo *status* de direitos sociais num Estado Democrático e Constitucional – tendo em vista a existência de uma corrente doutrinária a defender um ativismo “bem-vindo” pelas cortes constitucionais, em detrimento de outra corrente para a qual essa postura impede os avanços políticos e institui um Estado judicial – Rodolfo Arango (2005, p.90) afirma ser possível reconhecer direitos

fundamentais sociais objetivamente, sem substituir o sistema democrático pelo denominado Estado judicial e sem assumir uma posição moralista.

O autor defende a “tese cognitiva dos direitos” como reconhecimento dos direitos fundamentais sociais pelos juízes, uma tese que desafia as concepções relativistas e não cognitivistas sobre direitos, fazendo-o em três passos:

- ✓ Apontar os defeitos das teorias standards dos direitos que servem de base para a filosofia política moderna dos direitos fundamentais e propor um modelo consequencialista de reconhecimento dos direitos;
- ✓ Enfrentar o problema da objetividade dos juízos valorativos, em especial, do contraste entre decisões constitucionais e decisões políticas;
- ✓ Demonstrar que a tese cognitivista que defende não resulta no perfeccionismo e tampouco no maximalismo moral.

Seu argumento primordial é o de que “o reconhecimento objetivo dos direitos fundamentais sociais permite corrigir situações extremas, que afetam grupos marginalizados ou discriminados. Assim, torna-se crucial em uma teoria constitucional apropriada a países caracterizados por profundas desigualdades econômicas e sociais”. (ARANGO, 2005, p.90)

Para a primeira proposta, critica as teorias liberais progressistas, a exemplo de John Rawls, denominando-as “paroquiais”, haja vista terem sido idealizadas para sociedades bem ordenadas ou industrializadas com alto grau de racionalização, “sem qualquer noção de que elas seriam estendidas para outros países, nomeadamente aqueles de economia capitalista nascente, caracterizados por níveis elevados de desigualdades”. A esse respeito, salienta que o próprio John Rawls, em *Political Liberalism*, modificou a sua *Teoria de Justiça*, abdicando da prioridade estrita da liberdade sobre a igualdade para reconhecer direitos constitucionais ao “bem-estar” ao adotar um mínimo social frente às necessidades básicas. (ARANGO, 2005, p.91)

E conclui seu primeiro postulado afirmando: “[...] é sensível à realização humana, porque começa com as diferenças de capacidades e condições dos indivíduos e evita desvantagens naturais ou sociais como limitações objetivas para o reconhecimento e gozo de direitos [...]” (ARANGO, 2005, p.93).

No que tange ao segundo tópico, afirma que a diferença entre uma decisão política e uma decisão constitucional é o fato de esta estar lastreada em

fundamentos objetivos; a primeira, por sua vez, é o produto da vontade da maioria em um determinado espaço de tempo.

E arremata afirmando que, sua teoria consequencialista “torna possível demonstrar que a recusa de um juiz a uma posição normativa válida e bem fundada é incompatível com um Estado Democrático e constitucional” (ARANGO, 2005, p.94):

Embora a Constituição não seja uma “lâmpada de Aladim” que torne imediatamente possível a transformação de nossos ideais em realidade, os juízes devem levar a sério a Constituição quando violações da dignidade da pessoa humana, particularmente violações de direitos humanos estiverem em jogo. O que torna possível ao juiz constitucional intervir de um modo objetivo razoável e controlável no reconhecimento dos direitos fundamentais sociais, sem cair na tentação de substituir o legislador? A resposta é que sua decisão deve se fundar em princípios objetivos que não o permitem agir arbitrariamente. Um desses princípios é o da urgência [...], que não envolve autonomia da vontade humana, mas é pressuposta em um Estado constitucional e democrático. (ARANGO, 2005, p.95)

Quanto ao terceiro tópico, defende Rodolfo Arango o minimalismo judicial e o maximalismo político, em detrimento do maximalismo moral:

Primeiro, maximalismo moral significaria que estamos obrigados a satisfazer as necessidades de cada um em qualquer sentido. Essa imagem é próxima de um mundo pleno de bondade e desprovida de egoísmo. Esse ideal não é defensável. Nenhum máximo moral é aceitável se ele elimina a autonomia do indivíduo. A eliminação da autonomia significaria, ao mesmo tempo, a eliminação da moralidade. Portanto, o maximalismo moral leva necessariamente ao autoritarismo, porque somente por meio do controle absoluto da alocação de direitos e deveres, tanto quanto na distribuição de bens e responsabilidades, seria viável satisfazer de forma exhaustiva as necessidades humanas. O minimalismo moral, pelo contrário, deixa espaço para a autodeterminação humana. O que pode ser moralmente exigido dos outros, da família, da comunidade, ou do Estado é o que é necessário para evitar a degradação de não ser capaz de viver sob condições materiais e culturais básicas, e compete a cada indivíduo melhorar a sua situação, seja material, espiritual ou intelectual. (ARANGO, 2005, p.98)

Para Rodolfo Arango, o minimalismo moral no reconhecimento dos direitos sociais fundamentais é compatível com o maximalismo político. Isto, porque, é no curso do debate político que as concessões são feitas. Quanto ao minimalismo judicial, o Estado não pode realizar o impossível e uma exigência de maximalismo judicial teria a mesma conotação de pedir a um tribunal para ordenar a felicidade humana. Ao Poder Judiciário cabe apenas corrigir excessos e omissões, sem a pretensão de substituir os órgãos de “expressão política”.

Apresentadas estas considerações acerca dos direitos sociais fundamentais na Constituição, no tópico seguinte proporemos uma conceituação do princípio da necessidade social, como sustentáculo para a nossa pesquisa.

### **2.1.2 Princípio da necessidade social**

Iniciaremos a discussão acerca deste princípio a partir dos seguintes questionamentos: como definir “estado de necessidade”? Como determinar a situação de “risco social” a reclamar a cobertura da seguridade social e, nela, da assistência social?

As respostas a essas questões serão problematizadas durante esta pesquisa com início neste capítulo, no qual teceremos considerações sobre os critérios que permitem definir quem são os “desamparados” aos quais alude a Constituição brasileira.

Como o tema escolhido para o nosso estudo é o Benefício de Prestação Continuada (art. 203, V, da Constituição Federal), em cumprimento ao disposto no art. 6º que abarca a assistência aos desamparados, julgamos necessário preliminarmente conceituar necessidade social.

Segundo Frederico Amado (2014, p.37), a partir do constitucionalismo pós-positivista, os princípios passaram à categoria de normas jurídicas ao lado das regras, de tal forma que os princípios não ostentam a mera função de integrar o sistema quando ausentes as regras regulatórias, “sendo agora dotadas de coercibilidade e servindo de alicerce para o ordenamento jurídico, pois axiologicamente inspiram a elaboração das normas-regras”

Na cátedra de Mattia Persiani (2009, p.32), as condições sociais dos indivíduos depois da Segunda Guerra Mundial ensejaram iniciativas em todo o mundo visando garantir todos os cidadãos da libertação das situações de necessidade, a exemplo da Carta do Atlântico, da Organização Internacional do Trabalho e do Plano Beveridge, de 1948, numa demonstração de que essas garantias deveriam ser uma responsabilidade de toda a sociedade e do Estado “recorrendo-se a uma solidariedade que é geral, na medida em que envolve todos os cidadãos”. Destaca, ainda, que das reformas levadas a efeito para concretizar as

tais ideais, emergiram dois princípios fundamentais a caracterizar a evolução dos sistemas jurídicos de seguridade social:

a intervenção cada vez mais determinante do Estado, que agora assume diretamente, entre suas metas, a realização da tutela previdenciária e a progressiva extensão destas novas situações de necessidade e a novas categorias de indivíduos, inclusive, além do âmbito tradicional do trabalho subordinado.

Destaca-se, para a finalidade desse estudo, o art. 38 da Constituição italiana, segundo o qual “todo cidadão incapacitado para o trabalho e destituído de meios indispensáveis de sobrevivência tem direito ao sustento e à assistência social”.

Entende Denise Tanaka dos Santos (2011, p.35) que o conceito de necessidade social deve estar em sintonia com os valores constitucionais, assim como princípios e regras, “como uma assistência *lato sensu* de pobreza relativa, sob um viés inclusivo, à luz da dignidade da pessoa humana, que difere do critério de miserabilidade contido na Lei de Organização da Assistência Social [...]”.

A autora, socorrendo-se dos gramáticos, justifica sua afirmação pelo fato de a Constituição Federal, em seu art. 203, estabelecer que a assistência social será prestada a quem dela necessitar e, portanto, não distinguir entre a pobreza relativa e a miséria absoluta, como o fez a lei ordinária.

De um lado, miserabilidade significa estado ou condição do que é miserável, estado de miséria, miserabilismo. Já miserável é a pessoa muito pobre, paupérrima. No mesmo sentido, miséria é um estado de enorme sofrimento, infelicidade, desgraça, estado de carência absoluta de meios de sobrevivência, indigência, penúria. (HOUAISS; VILLAR, apud SANTOS: 2011, p.35)

Postula a autora que, como direito fundamental, em respeito à dignidade da pessoa humana, o significado constitucional de necessidade – tendo em vista o teor do art. 203 – só pode ser aquele em conformidade com a vontade do legislador constituinte de 1988, ou seja, de acordo com os princípios fundamentais constitucionais, em detrimento do ofertado pelo legislador infraconstitucional, ao editar a Lei nº 8.742/93 (LOAS), visto estar carregado da conotação negativa de pobreza extrema e de exclusão. (SANTOS, 2011, p.35)

Por aí, notamos como são difíceis os caminhos para a justiça social tão propalada, mas pouco efetivada, tais os entraves que o próprio legislador, muitas

vezes em sintonia com os ideários momentâneos dos governantes, podem causar aos cidadãos.

Ora, se como afirmado, a assistência social é um direito de quem necessitar, e não exige uma condição absoluta de miserabilidade – uma vez que é direito fundamental – a perversidade da aplicação da LOAS, ao tomar como pressuposto a miséria absoluta, não amparará o cidadão visto que não conjuga a concessão desse benefício com outras políticas públicas de assistência social, à luz da dignidade humana.

Nas palavras de Potyara Amazoneida Pereira (apud SANTOS, 2011, p.40), essa é uma definição perversa para a concessão do benefício assistencial. Pobreza absoluta é uma categoria restrita que acaba justificando ações governamentais focalizadas e emergenciais com a finalidade de suprir, de maneira paliativa e, quando o faz, situações extremas de carência, transformando o benefício assistencial em um “antidireito” na medida em que “não promove e nem livra o pobre da privação extrema, reforçando as negativas opiniões sobre ela”.

Completa ainda Potyara Amazoneida Pereira (apud Santos, 2011, p.40), que essa nefasta conceituação de pobreza (absoluta) “estimula a legitimação de mecanismos de restrição da demanda por benefícios e serviços assistenciais, uma vez que houve a expansão do processo de privatização das políticas públicas e a redução do gasto na área social”.

Assim, não se caracteriza mais a proteção social ao desamparado como benevolência do Estado, constituindo-se, doravante, numa solidariedade de toda a sociedade<sup>7</sup>.

Oportuna a cátedra de Rodolfo Arango ao referir-se à manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre a condição das crianças que mendigam nas ruas da Bolívia:

---

<sup>7</sup> Prossegue Mattia Persiani: “As primeiras intervenções de assistência social, com efeito, encontraram sua justificação a partir do temor de que a indigência ‘destituída de todo conforto e levada à exasperação’ pudesse induzir a uma insurreição contra a ordem estabelecida. Nenhum destaque era atribuído ao indivíduo carente e protegido, ao ‘pobre’, e nem poderia ser diferente na lógica de uma legislação voltada essencialmente para a eliminação dos riscos políticos e sociais determinados ou gerados pelas exigências dos necessitados. Com base em motivação política bastante semelhante surgia também a tutela previdenciária. A propósito, bastaria recordar como, por ocasião da primeira legislação que instituiu na Europa um completo sistema de seguros sociais – ou seja, a alemã de 1882 – Bismarck declarou ao seu Imperador que ‘os males da sociedade não são curados somente com a repressão das tentativas social-democráticas, mas juntamente com o incremento positivo do bem-estar dos trabalhadores.” (PERSIANI, Mattia. **Direito da previdência social**. 14.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.45).

O indivíduo não é mais considerado um simples agente da liberdade, mas um ser dependente de tudo que o cerca. A vida humana não é apenas subsistência. Ela é uma existência que se dignifica em situações onde um indivíduo pode atingir o seu máximo potencial. A plena realização dessa ideia é o objetivo de uma visão enriquecida dos direitos fundamentais, mas também de uma democracia realmente efetiva. (ARANGO, 2005, p.101).

A Constituição Federal traz, em seu Título I, como fundamentos e objetivos, entre outros: a dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais (arts. 1º e 3º).

Wagner Balera, ao tratar do tema da seguridade social (2010, p.85), afirma ser a justiça social um referencial para compreender os mecanismos de proteção estabelecidos pelo constituinte em 1988, que ao apontar os fins, indica, também, os meios para alcançá-la.

Segundo o constituinte, a justiça social é o valor maior que justifica as políticas sociais; está acima dos princípios das regras jurídicas. A esse respeito, invoca a cátedra de Gaetano Azzariti (apud Balera, 2009, p.15) para quem “os valores surgem antes das normas (e dos princípios), e neles deve ser recuperada, antes do nascimento dos princípios (e das normas), a razão final e a sua justificação”:

Enquanto os valores se situam em esfera axiológica – que se apreende a realidade como algo bom – os princípios e regras estão ubicados no âmbito deontológico, que institucionaliza a realidade como algo devido (dever ser). A justiça social, na hierarquia de valores, se concretiza a fim de que a ordem social cumpra o objetivo para o qual foi estruturada. (BALERA, 2009, p.15).

Dessa forma, o constituinte de 1988, estabeleceu, no art. 1º, os fins, como os valores maiores a serem buscados: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

No campo da seguridade estão os valores maiores, quando da arquitetura nacional de seguridade social, estampados no art. 193, da Constituição: o primado do trabalho, o bem-estar e a justiça social.

Assim, no sistema de seguridade social firmado pelo constituinte, existe certa hierarquia entre os princípios constitucionais (objetivos) os quais, por sua relevância, se sobrepõem aos demais por se constituírem objetivos gerais da ordem social. Ao tratar dos princípios, afirma Wagner Balera (2010, p.102):

[...] só podem adquirir tal envergadura certos comandos exarados pelo Estatuto Supremo que, com essa qualidade, se revelem aptos a direcionar, desde o princípio, a vida da comunidade, de arte a conferirem apoio e fundamento a todas as ações nas quais os integrantes dessa mesma comunidade, com o instrumental jurídico, são chamados a intervir.

Assim, os princípios terão sempre a função de ordenar o sistema, “[...] como uma bússola que ajusta o rumo a ser seguido. Qualquer desvio deverá ser corrigido porque o destino (justiça social) já foi tracejado pelos valores”. (BALERA, 2010, p.103)

As regras, a seu turno, têm por função dirigir comportamentos humanos, as quais impõem, proíbem ou permitem uma determinada conduta. A regra em vigor rege: “é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos”. (ALEXY apud BALERA, 2010, p.104).

No Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, encontra-se o art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”.

Já o art.6º assegura: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social aos desamparados, na forma da Constituição”.

Destacamos o §1º, do art. 5º, segundo o qual: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Imaginemos o alcance desses postulados e o motivo de ali estarem insculpidos. Certamente isso ocorre porque a razão da sociedade organizada existir é o bem-estar do ser humano.

Ainda caminhando na esfera constitucional para concretizar os direitos sociais, o constituinte idealizou o Título VIII, nomeando-o Ordem Social, a fim de atender o art. 6º, que trata dos direitos sociais. Assim rege o art. 193, da Constituição Federal: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Claro está que um país próspero, justo e solidário far-se-á pela força do trabalho dos seus integrantes, sem a qual a riqueza e a prosperidade não advirão. Assim, é necessário proporcionar as condições adequadas para o exercício laboral, considerando o desenvolvimento econômico, conforme o art. 7º, do Título II.

Nesse sentido, o constituinte de 1988 elaborou o modelo de seguridade social, capaz de fazer frente às novas demandas de um país emergente. E no art. 194, estabeleceu: “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”.

Formou-se, então, o tripé, por meio do qual o Poder Público e a sociedade caminhará para concretizar a previsão constitucional da seguridade social, direito fundamental do art. 6º, cujo financiamento será fundado no art. 195: “A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais [...]”.

Segundo o constituinte, compete ao Poder Público organizar a seguridade social, conforme os objetivos traçados no art. 194, parágrafo único, destacando os fins didáticos e a universalidade da cobertura e do atendimento. Segundo o entendimento de Frederico Amado (2014, p.38),

A seguridade social deverá atender a todos os necessitados, especialmente através da assistência social e da saúde pública, que são gratuitas, pois independem do pagamento de contribuições diretas dos usuários (*subsistema não contributivo da seguridade social*) (grifos do autor).

O constituinte de 1988, cumprindo o Título II dos Direitos Sociais (art. 6º), fez consignar no art. 203 a redação abaixo sobre o ideário de justiça social, em específico aos desamparados, a que se comprometeu:

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 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.

Por fim, o financiamento dessas contingências foi previsto pelo art. 204.

Emerge desses postulados o princípio da necessidade social, conforme a Lei nº 8.742/93, art. 4º (Lei Orgânica da Assistência Social), que regulamentou o art. 203, V, da Constituição Federal, em atenção ao art. 6º da Carta, a reger sobre a assistência aos desamparados:

art. 4º. A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:  
 I – supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;  
 [...]
 III – respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

Embora não seja pacífico o entendimento doutrinário de que o mínimo existencial seja um princípio, a necessidade social pressupõe o respeito a valores maiores constitucionais. É nesse sentido a lição de Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.  
 Nada obstante, está impregnado pelos valores e princípios jurídicos mais relevantes. (TORRES, 2009, p.83)

Rafael José Nadim Lazari (2012, p.108) classifica o mínimo existencial como um princípio. Mas, dada a sua alta carga valorativa, não pode ser considerado um princípio “comum”:

[...] Consoante já mencionado, o Mínimo Existencial é dotado de alta carga valorativa (por se relacionar com elementos como a liberdade e a igualdade), mas esta não é sua carga exclusiva, já que também integram-no princípios e regras. É dizer: o “mínimo” é formado por valores, regras e princípios. Um mix tipicamente jusfundamental. (LAZARI, 2012, p.109)

Em conclusão, naquilo que tem pertinência com o nosso estudo, afirmamos que a necessidade social, segundo a qual o programa constitucional objetiva combater, é aquela que impede o indivíduo de exercer o seu direito de cidadania, portanto, inviabiliza o seu direito à vida se lhe forem negadas as condições básicas à existência. Negadas serão, também, o seu direito à liberdade, visto que não irá usufruir o direito de ir e vir, porque, uma vez hipossuficiente, e sem as mínimas condições de vida digna, não se locomove, não usufrui da vida como qualquer ser humano digno. Também não terá segurança porque, desguarnecido

daqueles direitos constitucionais, não exerce o papel de cidadão. Nesse sentido, é como se não fizesse parte da urbe e merecesse o crédito da sociedade e das instituições públicas, as quais foram criadas para protegê-lo.

Ora, sabemos que o Direito não contém palavras vazias; dessa forma, a cidadania e a dignidade da pessoa humana são valores a serem concretizados cuja arquitetura da Constituição deve providenciar.

Se o direito à vida digna é um direito do cidadão, a assistência aos desamparados vem cumprir os ideários de justiça que o constituinte elegeu como valores maiores. Dessa forma, delegou ao legislador infraconstitucional a incumbência de efetivar essa previsão constitucional. Logo, ao estabelecer o constituinte, no art. 203, V da Constituição Federal, o BPC para o desassistido idoso ou deficiente, sem condições de sustento, afirma que o cidadão tem direito à vida, no mínimo existencial, para não sucumbir. Esse mínimo existencial, no entanto, virá acompanhado de uma rede de serviços suficientes para entregar a dignidade. Logo, uma coisa é o mínimo existencial; outra coisa são os seus direitos básicos como cidadão. O art. 6º elenca os direitos básicos, entre os quais destacamos alguns mínimos, como o BPC. É possível até afirmar, por outro lado, que se as mínimas necessidades podem ser supridas com a entrega dos direitos previstos no art. 6º, o BPC será considerado o “mínimo dos mínimos”, pois, sem ele, nem mesmo haverá o direito à vida, cuja concepção não é um produto do engenho humano, mas uma concepção divina, pois só o Criador dá e retira a vida.

## **2.2 Políticas públicas**

Para o ideário de justiça social, o constituinte de 1988 estabeleceu uma arquitetura capaz de distribuí-la num arcabouço jurídico complexo e detalhado. No campo da seguridade social, delineou objetivos precípuos a serem perseguidos, cumprindo ao Estado estabelecer políticas públicas do bem-estar. Nesse sentido, o art. 193, da Constituição Federal: “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivos o bem-estar e a justiça social. Por sua vez, segundo o art. 194:

A seguridade social compreende um conjunto de ações de iniciativa de Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

É esse *conjunto de ações estatais*, tratando-se de um Estado Democrático de Direito e de Bem-Estar, que é necessário desvelar para saber como o Estado se organiza para cumprir os objetivos constitucionais (grifos nossos).

O constituinte estabeleceu um pacto social para financiar esse grande projeto que, a par dos objetivos do art. 194, como a universalidade de cobertura e do atendimento, apontou a cada segmento social um quinhão pecuniário a ser observado.

Formado o tripé da seguridade social, constatamos a redação do art. 203. A par dos objetivos da assistência social (de que trata o art. 203), o art. 204 prescreve as *ações governamentais* necessárias para o alcance dos objetivos, além de tratar das fontes de financiamento (grifos nossos).

Por sua vez, a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social), dispõe em seu art. 1º:

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizadas através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Chegamos, portanto, ao aspecto central da discussão desse tópico: o que são políticas públicas? É o que pretendemos investigar.

Segundo Eros Grau, a expressão “política pública” pressupõe a atuação do Estado, delimitando os limites de atuação da sociedade e do Estado, tendo em vista o modo de produção capitalista, estabelecendo, assim, a dicotomia direito público e direito privado e daí concluindo que toda atuação estatal é a expressão de “um ato de intervenção na ordem social” (grifos do autor) (GRAU, 2011, p.26).

Para o autor (2011, p.27-28), a virada do século XIX para o XX testemunhou o declínio do capitalismo liberal. O Estado deixou de se limitar a produzir o direito e garantir a segurança e começou a desenvolver novas formas de atuação, numa demonstração de que essa atuação não deveria ficar adstrita à área econômica, mas se estender a um conjunto de atuações estatais no campo social. Dessa forma, a expressão “políticas públicas” designa “todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do Poder Público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito passa a se manifestar como

uma *política pública* – o direito é também, ele próprio, uma *política pública*” (grifos do autor).

Inegavelmente, é crescente a importância atribuída atualmente à busca da concretização dos direitos sociais, a ponto de serem as políticas públicas objeto de estudos jurídicos, conforme afirmou Eros Grau, para quem o próprio direito é uma política pública.

As políticas públicas evoluíram das propostas da sociologia e das ciências políticas para o campo normativo positivo, a exemplo dos institutos constitucionais especialmente o art.3º que trata dos objetivos fundamentais, dentre os quais a erradicação da pobreza, a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; de igual calibre os arts. 6º e 7º, dos direitos sociais.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas integram o ramo do direito administrativo, dentro dos contornos postos pelo direito constitucional. Assim, embora a ação estatal esteja presente em outros ramos do direito, a exemplo do direito econômico e financeiro, urbanístico e ambiental, o direito administrativo permanece “o direito instrumental do Estado” e, por isso, o “direito público interno”, expressão tomada por empréstimo de Garcia de Enterría e Fernández. E esclarece:

É no direito administrativo que se disciplina os modos fundamentais da ação da Administração: o ato, o contrato, o regulamento e as operações materiais e, modernamente, também o processo administrativo. Isso, seja por meio do governo, incorporando a dimensão política sejam no âmbito da Administração, simplesmente, na perspectiva da execução das decisões políticas do Estado. (BUCCI, 2006-introd.)

A autora postula que a grande barreira à consecução das políticas públicas está na discricionariedade atribuída à Administração, o que faz as decisões nem sempre irem ao encontro do bem comum, deixando uma grande margem de escolha ao administrador. Isso pode atentar quanto ao interesse público, haja vista a falta de definição de parâmetros jurídicos substanciais.

Políticas públicas, segundo Bucci (2002, p.140), compreendem os programas governamentais para a consecução de objetivos determinados, executadas em um interregno de tempo definido.

Para a autora, o que justifica o seu surgimento é a existência dos direitos sociais – “aqueles, dentre o rol de direitos fundamentais do homem, que se concretizam por meio de prestações positivas do Estado”. Enquanto os direitos

individuais, como direitos fundamentais de primeira geração consistem em liberdades, os direitos sociais, por sua vez, como direitos de segunda geração, se traduzem em poderes cuja concretização pressupõe a imposição de certas prestações positivas pelo Estado. (BUCCI, 1997, p. 90)

Embora o raciocínio não seja suficiente para justificar as políticas públicas como a industrial, a energética, os transportes, etc., que não se fundam na realização de direitos sociais, é certo afirmar que estão inseridas no conceito de desenvolvimento, o que, certamente, contribui para elevar o nível e a qualidade de vida dos cidadãos. (BUCCI, 1997, p. 90)

Leciona José Reinaldo de Lima Lopes (1994, p.133) que para compreender as políticas públicas é necessário entender o regime de finanças públicas, tendo em vista a delegação que o Estado recebeu do constituinte para planejar o desenvolvimento nacional; sem orçamentos, nenhuma política pública será possível implementar. E elenca, ao final, um rol de políticas públicas:

- 1- Sociais, de prestação de serviços essenciais e públicos (saúde, educação, segurança e justiça, etc.);
- 2- Políticas sociais compensatórias (previdência, assistência social, seguro desemprego, etc.)
- 3- Políticas de fomento (créditos, incentivos, preços mínimos, desenvolvimento industrial, tecnológico, agrícola, etc.)
- 4- Reformas de base (reforma urbana, agrária, etc)
- 5- Políticas de estabilização monetária, entre outras.

Por outro lado, para executar essas políticas públicas, sempre aparecem questionamentos envolvendo a transparência, a previsibilidade, a responsabilidade política do Estado e a responsabilidade civil dos agentes públicos. Vislumbram-se, então, inúmeras contradições quando o Poder Judiciário é acionado para enfrentá-las. Parte-se da premissa de que o Poder Judiciário tem uma característica distinta dos outros poderes, visto que só atua mediante provocação.

O dilema nasce aí. A responsabilização do Estado por omissão é muito complexa, considerando que a maioria dos serviços omitidos são *uti universi*, e não *uti singuli*. (LOPES, 1994, p.131). Em privilégio a isso, deve-se obediência ao princípio da repartição dos poderes, estando as políticas públicas mais afetas aos Poderes Executivo e Legislativo, enquanto ao Poder Judiciário cabe aplicar a lei ao caso concreto.

Todavia, ao se tratar de direitos sociais, estará o Poder Judiciário garantindo as condições de exercício desse direito, que diferem de outros concernentes à propriedade, à mercadoria, etc., notadamente quando constatada a exploração mercantil da saúde, pela iniciativa privada, restando sucateada a saúde pública.

José Reinaldo de Lima Lopes (1994, p.136) afirma que o Poder Judiciário, se provocado adequadamente, poderá ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas, como no caso da previdência social. Afinal, é a atitude de cidadãos que reivindicam judicialmente e em massa os seus interesses ou direitos que provocam o debate judicial permitindo o avanço da democracia.

Na cátedra do autor, o debate judicial possibilita “o avanço da democracia ao permitir as discussões de temas relevantes” e por isso, pode o cidadão, reivindicar, sim, seu direito público subjetivo a direitos sociais, a fim de compelir o Estado a uma prestação ou indenização. (LOPES, 1994, p.137)

Logo, as políticas públicas correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam devido ao reconhecimento de parte da sociedade ou pelos poderes públicos como novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais.

Emergem desse raciocínio as políticas sociais, compreendidas como ações governamentais desenvolvidas em conjunto por meio de programas que proporcionam a garantia de direitos e as condições dignas de vida ao cidadão de forma equânime e justa. Consideram-se políticas sociais aquelas que asseguram à população o exercício do direito à cidadania: educação, saúde, trabalho, assistência social, previdência social, justiça, agricultura, saneamento, habitação popular e meio ambiente.

Emerge, também, daí o conceito que mais nos interessa: a política de assistência social compreendida como uma política de seguridade social não contributiva realizada através de ações de iniciativa pública e da sociedade, garantindo o atendimento às necessidades básicas do cidadão.

### **3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Nesse capítulo discutiremos a inserção dos direitos fundamentais sociais na Constituição brasileira, problematizando a emergência desses direitos e sua inclusão no sistema constitucional pátrio. Entre nossos objetivos, está destacar o direito à assistência social, positivado no art. 6º da Constituição Federal e no art. 194 do mesmo diploma, que o insere no Sistema de Seguridade Social. Além disso, examinaremos o art. 203, V, que normatiza o direito ao BPC, um benefício particularizado no último item do capítulo no qual buscamos detalhar as principais controvérsias por ele suscitadas.

#### **3.1 O sistema de direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988**

Os direitos fundamentais sociais traduzem o caráter de um Estado que almeja ser, a um só tempo, democrático, social e de direito. Essa noção traz implicações que vão além de sua mera inserção na Carta constitucional, pois há que se buscar sua concretização e garantia nos marcos dos princípios da dignidade humana e dos valores da igualdade, da liberdade e da justiça social. Em muitas de suas dimensões essenciais, a Constituição brasileira é, para Paulo Bonavides (2003, p.371), uma Constituição do Estado Social:

Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra, a Constituição do Estado social. A primeira é uma constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda, uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.

Mesmo ciente da dificuldade de juridicizar o Estado Social e de estabelecer novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos e efetivá-los, Paulo Bonavides (2003, p.373) entende que não é possível “compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos sociais fundamentais [...]”.

Diante disso, o destaque para o fato de a Constituição Federal possuir três características que, segundo entende Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.77), podem ser consideradas extensivas ao título dos direitos fundamentais: “seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente”. Pontua ainda que, embora o constituinte não tenha se inspirado em apenas uma teoria sobre os

direitos fundamentais, preponderaram as teorias liberal e social acerca desses direitos, o que resultou em profundos reflexos na formação do catálogo constitucional.

É dispensável relembrar o contexto em que tal Carta foi debatida e aprovada no Brasil, bastando dizer, com apoio em Paulo Bonavides (2003, p.373), que o direito constitucional do Estado Social é Direito que exprime, com toda a força, a tensão entre a norma e a realidade, entre os elementos estáticos e os elementos dinâmicos da Constituição, entre a economia de mercado e a economia dirigida, entre a liberdade e a planificação, entre o consenso e o dissenso, entre a harmonia e o conflito, entre o pluralismo e o monismo, entre a representação e a democracia, entre a legalidade e a legitimidade e até mesmo entre partidos políticos e associações de classe, profissões ou interesses, as quais aparecem invariavelmente no ápice da revolução participatória da contemporaneidade.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.78-83) destaca alguns aspectos inovadores da Constituição, como a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo, e os princípios fundamentais, a adoção da terminologia “direitos e garantias fundamentais”, diversa das Constituições anteriores que adotavam a expressão “direitos e garantias individuais” e a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais, o que reafirma sua condição.

Quanto a este último aspecto, há uma diferença importante em relação às Cartas anteriores, pois nelas os direitos sociais estavam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes reconhecido um caráter meramente programático e de eficácia limitada (SARLET, 2006, p.79).

Como inovação mais significativa, contudo, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.79) aponta a do art. 5º, §1º:

art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

Nas palavras do autor, isso exclui, em princípio, o cunho programático destes preceitos. Ademais, conforme ensina, a proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se ainda “mediante a inclusão destes no rol da ‘cláusulas

pétreas' do art. 60, § 4º, da Constituição Federal de 1988, impedindo a supressão e a erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder constituinte derivado” (SARLET, 2006, p.79).

Nesse mesmo sentido, ao comentar a Carta brasileira de 1988, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 95) sinaliza que a par de considerar a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado brasileiro (art. 1º, III) a Constituição, nos termos apontados por Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.79), conferiu aos direitos e garantias fundamentais uma aplicabilidade imediata e tratou de assegurar-lhes uma expectativa de expansão, conforme o disposto no art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E complementa:

[...] sinalizando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, mantendo a garantia de eternidade (art. 60, § 4º, IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, II), ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV), com a criação de instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), e explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição da liberdade ou da propriedade (art. 5º, LIV) (BARROS, 2003, p. 95).

É oportuno, também, acrescentar a posição de Paulo Bonavides (2003, p.374) ao ensinar que a Constituição “estabelece objetivos fundamentais para a República, como o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais [...]”. É assim que, na lição do autor, “o novo texto constitucional imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir de 1934”.

Esses direitos formam a espinha dorsal do Estado social brasileiro “na última versão que lhe é dada por uma constituinte republicana” (BONAVIDES, 2003, p. 374).

Cabe registrar, de forma sistemática, o catálogo dos direitos fundamentais na Constituição brasileira positivado no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, dividido em cinco capítulos:

Capítulo I – Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º, I a LXXVIII);  
 Capítulo II – Dos Direitos Sociais (arts. 6º, 7º, I a XXXIV, 8º, 9º, 10 e 11);  
 Capítulo III – Da Nacionalidade (arts. 12 e 13);  
 Capítulo IV – Dos Direitos Políticos (arts. 14, 15 e 16);  
 Capítulo V – Dos Partidos Políticos (art. 17).

Os Direitos Sociais (arts. 6º a 11), privilegiados neste estudo, estão enunciados em Capítulo próprio na Constituição (BONAVIDES, 2003, p.374). Incluídos no rol dos “Direitos e Garantias Fundamentais” são entendidos como direitos fundamentais sociais. Ou seja, o fato de os direitos sociais estarem incluídos no conjunto dos direitos fundamentais, eleva-os “à condição de normas jurídicas diretamente aplicáveis e, portanto, capazes de gerar efeitos jurídicos” (SARLET, 2006, p.87).

Como parte do Capítulo II, o art. 6º, do catálogo dos direitos fundamentais sociais, rege: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Os arts. 7º a 11 tratam dos direitos dos trabalhadores rurais e urbanos. Destacam-se no art. 7º, por exemplo, a garantia do direito ao seguro-desemprego, o fundo de garantia por tempo de serviço, o salário mínimo, o décimo terceiro salário e o repouso semanal remunerado.

Cada um desses direitos mereceria um estudo particularizado, mas pelas razões a seguir esclarecidas, apenas o direito à “assistência aos desamparados” será destacado.

De um lado, isso é necessário porque seus desdobramentos alcançam o objeto de estudo dessa pesquisa, qual seja, o direito ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) devido às pessoas portadoras de deficiência (art. 203, V, da Constituição). Por outro lado, esclarece também Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 81), ao observar que o art. 6º remete ao Título VIII da Constituição, que trata da Ordem Social e na qual está inscrito (art. 203, V), o direito ao Benefício de Prestação Continuada:

A falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, de modo especial no que diz com a terminologia utilizada, pode ser apontada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição, revelando contradições, ausência de fundamento lógico na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica. É o que ocorre, por exemplo, com a redação do art. 5º, seguido dos 78 incisos, bem como

do art. 6º, que anuncia genericamente quais os direitos sociais básicos, sem qualquer explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscado no capítulo da ordem econômica, e acima de tudo, da ordem social [...] (SARLET, 2006, p.81).

Assim, a análise do direito à “assistência aos desamparados” (art.6º) não pode desconsiderar o art. 203, no qual consta de maneira mais precisa seu conteúdo; ao mesmo tempo, este último não pode prescindir do art. 6º para embeber-se da fundamentalidade de que dispõe por estar inserido no rol dos direitos sociais fundamentais.

A aproximação entre os arts. 6º e 203, portanto, assenta-se no fato de que o conteúdo e o objeto dos direitos neles implícitos não se diferenciam. Pois, quem são os desamparados de que trata o art. 6º, senão aqueles que não dispõem de meios para prover sua própria subsistência ou tê-la provida por sua família, conforme disciplina o art. 203, V ?

É por essa razão que, se os direitos fundamentais, conforme reitera Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.83), são, em verdade, concretizações do princípio fundamental da dignidade humana, expressamente consagrado na Constituição, o direito ao Benefício de Prestação Continuada (art. 203, V), por compreender os desamparados previstos no art. 6º, pode ser entendido, da mesma forma, como um direito social fundamental a ser tratado sob a égide desse princípio maior que estrutura o sistema constitucional pátrio.

Ao se referir ao direito à “assistência aos desamparados”, José Afonso da Silva (2007 b, p.187) afirma:

É a estes, de modo específico, que se destinam as normas constitucionais de direito social assistencial, constantes dos arts. 203 e 204, segundo os quais ‘a assistência social será prestada a quem dela necessitar’, mediante ações governamentais ‘realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195’ – independente, pois, de contribuição do beneficiário à seguridade social. É aqui, especialmente, que ocorrem as ações afirmativas na busca de igualização das condições dos desiguais.

Registradas essas considerações, reitera-se que a remissão ao art. 6º (que prevê o direito à “assistência aos desamparados”) se dá em razão de sua característica como direito social fundamental a abranger, por extensão, o art. 203, V. Este último é o maior interesse dessa pesquisa, cuja pretensão é examinar sua eficácia no conjunto dos direitos fundamentais.

Antes de proceder a esse exame, oportuno destacar os conteúdos que informam o Título VIII da Constituição Federal sobre a Ordem Social, especialmente o Capítulo II, que prevê o direito à Seguridade Social. É no âmbito da Seguridade Social que consta, na Seção IV, o direito à Assistência Social e, nesta, o direito ao benefício assistencial devido às pessoas portadoras de deficiência (art. 203, V, Constituição Federal). Se a Constituição de 1988 traz em capítulo próprio os direitos sociais (art. 6º a 11), estes não podem ser dissociados do Título que trata da Ordem Social que, de maneira evidente, amplia os conteúdos relacionados a esses direitos, sobretudo o do art. 6º, à “assistência aos desamparados”.

O Título VIII, no qual a Ordem Social está inserida, divide-se em oito capítulos, dos quais destacamos: “Capítulo I – Disposição Geral (art.193); Capítulo II – Da Seguridade Social: Disposições gerais – arts. 194 e 195; Da saúde, arts. 196 a 200; Da previdência social, arts. 201 e 202 e Da assistência social, arts. 203 e 204”.

Neste item do nosso estudo, o foco está no art. 193 (“A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social”), e nos arts. 194 e 195 que estabelecem disposições gerais a respeito da Seguridade Social (Capítulo II). Ainda no conjunto dos direitos inerentes à Seguridade Social, destacaremos os arts. 203 e 204 que tratam da Assistência Social e abrangem os direitos dos “desamparados”. Acerca da Ordem Social, relevantes as observações de José Afonso da Silva (2007b, p.758):

Ter como objetivo o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, não de propiciar trabalho e condição de vida material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há que ser equanimemente distribuída.

Segundo Alessandra Gotti Bontempo (2006, p.72), é no título que trata da Ordem Social que a Constituição de 1988 inova substancialmente, uma vez que destina, pela primeira vez na história constitucional brasileira, um capítulo próprio dedicado à Seguridade Social, além daqueles relativos à ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, e aos índios.

Ao dispor, no Capítulo II, sobre a Seguridade Social, a Constituição expressa em seu art. 194: “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”. O parágrafo único do artigo lista os objetivos a serem observados na organização da seguridade social:

- I – universalidade da cobertura e do atendimento;
- II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV – irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V – equidade na forma de participação no custeio;
- VI – diversidade da base de financiamento;
- VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O art. 195, por outro lado, disciplina acerca do sistema de financiamento da seguridade social: “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais”.

Destaque-se, no contexto da Seguridade Social, a Previdência Social como uma espécie de seguro social a requerer a contribuição dos destinatários para fazerem jus às suas prestações.

A Saúde tem um caráter universal e independe da contribuição dos seus destinatários para alcançarem os serviços dos quais necessitam.

A Assistência Social, todavia, ainda que independente de contribuição, será prestada a quem dela necessitar. É o critério da necessidade, portanto, que permite o acesso aos serviços e benefícios previstos nessa política.

Wagner Balera (1995, p.33) esclarece que a Constituição de 1988 equipara sob a concepção de seguridade social as três áreas: saúde, previdência e assistência social. Tempos atrás, apenas a previdência era um direito subjetivo, enquanto a saúde e a assistência social eram eventuais, dependentes, portanto, de decisões políticas, forças de pressão e de recursos disponíveis para serem concretizados.

Diferentemente de seguro, a seguridade social traz intrinsecamente a ideia de Proteção Social a ser afiançada pelo Estado e, no dizer de Wagner Balera (1995, p.33) possui três dimensões.

A primeira delas, genérica, é o seu conceito como sistema. Como tal, trata-se de um Sistema Nacional de Seguridade Social, que identifica uma realidade

indissolúvel entre saúde, previdência e assistência social. A despeito da noção de sistema, a cada setor foi dispensada uma dinâmica legislativa própria, o que resultou na aprovação da lei relativa à saúde, em 1990 (Lei nº 8.080/90), da lei relativa à previdência, em 1991 (Leis nº 8.212/91 e nº 8.213/91) e da lei relativa à assistência social, em 1993 (Lei nº 8.742/93), portanto, somente cinco anos após a promulgação da Constituição brasileira.

A segunda dimensão da qual fala Wagner Balera (1995, p.34) refere-se ao conceito de seguridade social, um conjunto de direitos públicos a exigir a atuação do Estado para assegurar políticas públicas destinadas à sociedade.

A terceira dimensão incide no objetivo da seguridade social, centrado no ideal da universalidade, tanto no sentido de oferecer cobertura como atendimento.

Em artigo recente, o autor esclarece que “ao conceito de seguridade social, tal como formulado pela doutrina clássica, a cada dia que passa são acrescentados novos aportes”. (BALERA, 2005, p. 249).

Após reconhecer que a seguridade social, “produto acabado do Estado do Bem-Estar, opera de modo sistemático, mas não isolado do sistema jurídico do sistema estatal e privado de proteção social” (BALERA, 2009, p.151), o autor conclui que “os componentes e os recursos de que dispõe o sistema se revelam aptos a conduzir a vida brasileira ao ambiente específico da Ordem Social que é o bem-estar e, em seu mais avançado estágio, ao respectivo objetivo: a justiça social”. (BALERA, 2009, p.153). E complementa o raciocínio:

carece o sistema, sem dúvida, para chegar ao resultado a que se propôs, nos termos constitucionais, de medidas que aperfeiçoem a sua complexa estrutura de ação, a fim de que, dispondo dos meios (recursos) suficientes, se empenhe em fazer render, à plena carga, seus componentes, intervindo no ambiente para transformá-lo em lugar de seguridade social. (BALERA, 2009, p.153).

Vale destacar também a contribuição de Sérgio Pinto Martins (2004, p.44) que assim define o “direito da seguridade social”:

Um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Segundo o autor, a natureza da seguridade social tem cunho publicístico, decorrente de sua previsão legal. Como tal, envolve um sistema de direito social, constituindo-se em direito fundamental da pessoa humana (MARTINS, 2004, p.52).

José Afonso da Silva (2007b, p.759) leciona que um verdadeiro sistema de seguridade social “há de ter por ambição proteger tanto quanto possível o conjunto da população”. É nessa perspectiva que considera-o “o sistema mais perfeito de proteção social contra o risco social suscetível de impedir total ou parcialmente o exercício da atividade profissional ou de diminuir a capacidade de ganho”<sup>8</sup>. Daí à realização das promessas constitucionais há uma distância que vêm sendo analisada com propriedade por estudiosos dos sistemas de proteção social no mundo e, em particular, no Brasil, perspectiva que não nos cabe aprofundar<sup>9</sup> neste momento.

Do escopo da seguridade social destacam-se os artigos relacionados à assistência social (arts. 203 e 204):

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente da 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 a 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 própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O art. 204 refere-se às ações governamentais na área de assistência social; prevê sua realização com recursos do orçamento da seguridade e com base nas diretrizes que assim determina:

<sup>8</sup> José Afonso da Silva aborda, com propriedade, cada um dos capítulos e artigos abrangidos pelo Título VIII, que trata da Ordem Social, aí incluído o da Seguridade Social e suas três áreas (saúde, previdência e assistência social). (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007).

<sup>9</sup> Mais uma vez, importa referir a riqueza de estudos sobre o sistema de seguridade social, mais especificamente no campo da política de assistência social que bem revelam as dificuldades para efetivar o ideário constitucional proposto. Sugere-se além dos autores mencionados, estudo sobre a cultura política da assistência social que, em item sobre os sistemas de proteção social, indica autores renomados no trato dessa matéria. (OLIVEIRA, Heloisa Maria Jos **Cultura política e assistência social: uma análise das orientações de gestores estaduais**. São Paulo: Cortez, 2003).

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no Art. 195, além de outras fontes e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

- I – descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;
- II – participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

O art. 204, parágrafo único, incluído pela Emenda Constitucional 42/2003, dispõe:

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

- I – despesas com pessoal e encargos sociais;
- II – serviço da dívida;
- III – qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

O direito à assistência social constitui, para José Afonso da Silva (2007b, p.781), a face universalizante da seguridade social:

É aí que se situam a “proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” que o art. 6º destacou como um tipo de direito social, sem guardar adequada harmonia com os arts. 194 e 203, que revelam como direito social relativo à Seguridade o inteiro instituto da assistência social, que compreende vários objetos, e não só aquele mencionado no art. 6º.

O acesso à assistência social, e, portanto, o gozo de suas prestações gratuitas, todavia, tem como critério a comprovada impossibilidade de manutenção e sobrevivência autônoma do indivíduo, inclusive com o auxílio de sua família.

A responsabilidade familiar é elemento fundamental a definir o acesso à assistência social, ou, como define Marcelo Leonardo Tavares (2003, p.215), “a responsabilidade pelo sustento das pessoas é inicialmente do círculo familiar”. Para o autor, o poder público possui responsabilidade supletiva, atuando apenas quando não houver meios próprios de sustento no âmbito das famílias.

É a Lei nº 8.742, de 1993, que regulamenta esse direito fundamental, previsto pelo constituinte de 1988. Em seu art. 20, § 3º (a ser transcrito no item que segue), estabelece o critério de renda a partir do qual é definido o estado de necessidade a permitir o acesso ao benefício previsto pelo art. 203, V, da Constituição Federal. Nesse sentido, incapaz de prover a manutenção da pessoa

portadora de deficiência ou idosa é a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

Em suma, os “desamparados” protegidos pela Constituição, em seu art. 203, são aqueles que em função de situação de deficiência, idade e, principalmente, em caso de necessidade (determinada pelo critério de renda estabelecido em lei posterior), não tiverem meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Se, de um lado, são apontados requisitos objetivos (TAVARES, 2003, p.225) para o acesso à assistência social, como o da idade para conceder o benefício assistencial aos deficientes (art. 203, V) há, por outro lado, requisitos subjetivos utilizados como parâmetros ao acesso a este mesmo benefício e a outras medidas protetivas no âmbito da política de assistência social, como é o caso do critério da necessidade.

Em face de legislação posterior disciplinadora da matéria, necessário ponderar a respeito da aplicabilidade do conceito de necessidade, conforme afirma Marcelo Leonardo Tavares (2003, p. 224):

[...] verificando que a previsão objetiva da lei não é suficiente para cumprir o princípio moral da dignidade da pessoa humana e que a insuficiência relega pessoa incapacitada para o trabalho a uma situação de miséria, o juiz deve externar fundamentadamente as razões de seu convencimento, baseado nessa concepção teleológica e ética.

No caso concreto, o critério acolhido pelo legislador pode não ser suficiente para atender às necessidades de sobrevivência daqueles que demandam o direito ao benefício mensal de um salário mínimo (art.203, V). É este artigo que dispõe de maneira mais evidente sobre as garantias destinadas aos “desamparados” a que alude o legislador no art. 6º da Constituição.

Sendo assim, este benefício assistencial é um direito fundamental social prestacional, cuja outorga, pela Lei Maior, lhe confere prerrogativas capazes de assegurar o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, ou como afirma Patrícia de Mello Sanfelice (2005, p.101, grifo nosso):

Ora, se os direitos sociais devem, salvo melhor juízo, ser compreendidos como elemento indispensável ao conjunto dos direitos fundamentais, inegavelmente a assistência social faz parte desse grupo. Assim, seu fundamento no art. 6º da Constituição Federal que define: ‘são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, **a assistência aos desamparados**, na forma desta Constituição.

Para compreender alguns dos limites à efetivação desse mínimo existencial necessário analisar, preliminarmente, a eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Essa abordagem é que delimita o objeto de estudo do capítulo que segue. Somente após discuti-la é que poderemos discorrer a respeito do estatuto do benefício assistencial descrito entre os direitos fundamentais.

### **3.2 Eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais**

O marco que estabelece o princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais na história do constitucionalismo pátrio é o art. 5º, § 1º, da Constituição, segundo o qual “todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Há que se reiterar, contudo, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 269), que essas normas repousam em disposições distintas entre si no que diz respeito à sua forma de positivação no texto constitucional. Face à íntima conexão entre a técnica de positivação e a eficácia jurídica da norma definidora de direito fundamental, resta evidente: [...] a carga eficaz será diversa em se tratando de direito fundamental proclamado em norma de natureza eminentemente programática [...] ou sob forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento do direito subjetivo ao particular titular do direito fundamental [...]” (SARLET, 2006, p. 269).

As diversas funções assumidas pelos direitos fundamentais assumem relevância quanto à eficácia (SARLET, 2006, p.270).

José Afonso da Silva (2010, p.180), ao comentar o art. 5º, §1º, da Constituição Federal, assegura que o cerne da questão está em se o parágrafo contemplaria direitos individuais previstos no art. 5º e também nos arts. 6º a 11.

A relevância é abrangente na medida em que, neste trabalho, tratamos do mínimo existencial como um direito fundamental e à luz da teoria dos princípios, com destaque para a dignidade da pessoa humana e a necessidade social.

Já afirmamos que o mínimo existencial, analisado o caso concreto, e a situação de necessidade deve ser exigível, administrativa ou judicialmente.

Retomam-se as lições de José Afonso da Silva (2010, p.180) ao explicar que a interpretação desse parágrafo 1º engloba o contexto na medida em que “envolve participantes e parâmetros temporais e espaciais do evento discursivo,

assim como as crenças, o conhecimento e as intenções dos participantes naqueles eventos”. Desta maneira, observa que, quando o participante é um intérprete oficial da norma, o sentido a ser dado a esta norma dependerá do contexto.

Para José Afonso da Silva, a norma em discussão teria outro sentido caso o Supremo Tribunal Federal não fosse uma instituição que “interpreta as normas constitucionais com visão privatista”, a julgar pela quase anulação do “mandado de injunção”, uma vez que esse instrumento jurídico daria eficácia às normas. Enfraquecido, restou enfraquecida também a eficácia do art. 5º, § 1º.

Dessa forma, segundo o autor, embora pelo enunciado do parágrafo, possamos inferir que estão abrangidos os arts. 5º e 6º ao 11, na verdade, “a regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais sejam de aplicação imediata”, enquanto aquelas outras definidoras de direitos sociais, isto é, previstas no art. 6º ao 11, como os direitos sociais, culturais e econômicos “nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhe completem a eficácia e possibilitem a sua aplicação”. (SILVA, 2010, p.180). E ao discorrer sobre o sentido normativo do texto, conclui:

[...] Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicação imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicação imediata.

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições. (SILVA, 2010, p.180)

Neste sentido, se não existem controvérsias quanto à aplicabilidade imediata dos direitos de defesa, o mesmo não ocorre em relação aos direitos a prestações que, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, têm sua aplicabilidade imediata negada por boa parte dos autores e, por consequência, também sua plena eficácia (SARLET, 2006, p. 270).

Não raras vezes, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.270), os direitos a prestações

[...] são positivados expressamente sob a forma de normas programáticas, normas-objetivos, imposições legiferantes mais ou menos concretas, enfim, de tal forma a exigir [...] uma interposição do legislador para que venham a adquirir sua plena eficácia e aplicabilidade.

Em razão disso o autor afirma que a análise da eficácia dos direitos fundamentais não pode desconsiderar sua função precípua (direito de defesa ou prestacional), nem sua forma de positivação no texto constitucional. Isso porque os dois aspectos são fatores intimamente vinculados ao grau de eficácia e de aplicabilidade dos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p.270).

No mesmo sentido, conforme alerta Clèmerson Merlin Clève (2003, p.21), embora a Constituição brasileira não separe os direitos de defesa e os direitos prestacionais em regimes distintos, é evidente que esses direitos decorrem de disposições constitucionais dotadas de estruturas normativas diversas. É por isso que não se pode desconsiderar “que a estrutura das normas que tratam de direitos sociais é diferente daquela própria dos direitos de defesa” (CLÈVE, 2003, p.21).

No âmbito desses direitos, é possível igualmente sustentar, conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.282), a distinção entre normas que em virtude de sua insuficiente normatividade não estejam em condições de, a despeito de uma *interpositio legislatoris*, gerar a plenitude de seus efeitos, e normas que, dotadas de suficiente normatividade, “não reclamam ato de natureza concretizadora para serem imediatamente aplicáveis aos casos concretos e alcançarem, desde logo, sua plena eficácia” (SARLET, 2006, p.282). Ao referir-se ao art. 5º, § 1º, da Constituição, observa:

[...] a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais [...] Percebe-se, desde logo, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas [...], de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto, isto é, da norma de direito fundamental em pauta.

A importância dessas lições para o estudo da aplicabilidade e da eficácia dos direitos fundamentais reside no fato de que o artigo representa, no entendimento de García de Enterría (apud SARLET, 2006, p.283-284), “[...] um *plus* agregado às normas definidoras de direitos fundamentais, que tem por finalidade

justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer norma concretizadora”.

É o que reitera Alessandra Gotti Bontempo (2006, p.181) quando afirma ser destituída de amparo a posição de que o princípio da aplicabilidade imediata não se aplica ao conjunto dos direitos fundamentais, “quer estejam positivados no art. 5º, quer nos arts. 6º a 17, ou nos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais (art. 5º, §§ 2º e 3º)”. E sintetiza:

As diferentes concepções acerca do significado do princípio da aplicabilidade imediata previsto no art. 5º, § 1º, da Carta de 1988, oscilam entre a sua ineficácia (na medida em que os direitos fundamentais alcançariam a sua eficácia nos termos e na medida de sua densidade normativa) e a ótima eficácia, considerando que todo e qualquer direito e garantia fundamental independeria de concretização legislativa, em virtude de sua imediata aplicabilidade (BONTEMPO, 2006, p.181).

A par do art. 5º, § 1º, que trata da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, importa também destacar o art. 60, § 4º, IV, da Carta de 1988, que estabelece limites materiais à reforma constitucional: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] §4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais”.

A doutrina dissente a respeito do alcance da proteção desse artigo ao conjunto dos direitos fundamentais. Em discussão sobre esses direitos como *direitos subjetivos pétreos*, João dos Martins Neto (2003, p.87, grifos do autor) esclarece:

Embora variáveis historicamente por força das concepções locais e temporais predominantes, os direitos fundamentais integram em cada ordenamento jurídico positivo um conjunto mais ou menos extenso de prerrogativas subjetivas comumente pensadas como ‘pressupostos jurídicos elementares da existência digna de um ser humano’. Isso equivale a afirmar que, sem eles, ou na eventualidade de sua supressão, é lícito supor que ‘a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.’ De fato, à medida que geralmente preordenados à realização concreta do ‘princípio da dignidade da pessoa humana’, eles exprimem o juízo alimentado pelo constituinte originário quanto aos bens jurídicos sem os quais não se pode passar sob pena de comprometimento daquele valor supremo (MARTINS NETO, 2003, p.8, grifos do autor).

Dessa forma, a conclusão quanto ao grau de abrangência dessa cláusula depende de interpretação. Ou seja, essa é matéria deixada à concretização do Supremo Tribunal Federal. Todavia, conforme acredita João dos Martins Neto,

[...] todas as posições subjetivas asseguradas no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais) estão abrangidas, o que inclui os direitos implícitos, na forma do § 2º do art. 5º [...], bem como os direitos cuja especificação foi transferida para fora do catálogo propriamente dito, com destaque para os direitos sociais (MARTINS NETO, 2003, p.93-94).

Importa destacar Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.285) no tocante à aplicabilidade imediata das normas que tratam de direitos fundamentais, ainda que em caráter excepcional, ou seja, hipóteses nas quais não é possível dispensar uma concretização pelo legislador:

[...] em favor das normas de direitos fundamentais (e não de todas as normas constitucionais, igualmente aplicáveis imediatamente) vigora uma presunção de plenitude eficaz, que por motivos elementares [...] não pode ser absoluta (SARLET, 2006, p.285-286).

Apesar da plena eficácia dos direitos de defesa, especialmente em face do art. 5º, § 1º, não constatamos sua plena aceitação no âmbito da jurisprudência brasileira. Conforme esclarece Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 289) é o caso do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do mandado de injunção relativo ao direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da Constituição Federal).

Em defesa da imediata aplicabilidade dos direitos de defesa, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.291) explica que a esses direitos não se aplicam os argumentos dirigidos aos direitos sociais, como a ausência de recursos (limite da reserva do possível) e a ausência de legitimação dos tribunais para definir o conteúdo e o alcance da prestação. Por outro lado, adotando a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.292) argumenta que os direitos de defesa são, em princípio, um direito subjetivo individual, incluídos, portanto,

[...] naquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto, uma atitude abstencionista por parte do destinatário da norma (SARLET, 2006, 292).

No que diz respeito à eficácia dos direitos prestacionais em sentido estrito, alguns aspectos merecem destaque. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que o objeto dos direitos sociais a prestações, como explica Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.297), “difícilmente poderá ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, necessitando de análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental que se enquadre nesse grupo [...]”.

Em segundo lugar, relevante assinalar os custos dos direitos sociais, visto que, para significativa parcela da doutrina, conforme demonstra Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.300), “a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso”. Como essa realização depende da conjuntura econômica, “[...] aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas” (SARLET, 2006, p. 300).

Em terceiro lugar, para além da possibilidade material de disposição está “a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado (assim como o destinatário em geral) também deve ter [...] o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes” (SARLET, 2006, p.301). Em outras palavras, o Estado necessitará de meios para cumprir essas obrigações.

É o que reitera Clèmerson Merlin Clève (2003, p.21) ao afirmar que os direitos sociais:

[...] são insuscetíveis de realização integral (o horizonte é sempre infinito), pois o seu cumprimento implica uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos.

[...]

Mais do que isso, a realização desses direitos pressupõe a existência de uma bem elaborada peça orçamentária, mecanismo através do qual o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita (CLÈVE, 2003, p. 21).

Essas questões remetem ao debate a respeito da “reserva do possível” que apresenta, para Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.301), três dimensões: a disponibilidade fática dos recursos para realizar os direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; e a proporcionalidade da prestação (em especial quanto à sua exigibilidade) e também da sua razoabilidade (SARLET, 2006, p.301).

Como exemplo do problema, o autor recorre à doutrina alemã, segundo a qual seria possível sustentar:

[...] não haveria como impor ao Estado a prestação da assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento. O que, contudo, corresponde ao razoável, também depende [...] da ponderação por parte do legislador (SARLET, 2006, p.301).

Embora seja uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, a “reserva do possível” poderá, conforme o caso, garantir os direitos fundamentais. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.302), isso ocorreria:

[...] por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2006, p. 302).

De qualquer modo, indaga-se, com Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.302-303), se as limitações da “reserva do possível” podem, de fato, impedir a plena eficácia dos direitos fundamentais. Isso porque, “todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa” (SARLET, 2006, p.309).

Quanto aos direitos à prestação de cunho programático, em se tratando de direitos concretizados pelo legislador, questiona-se, a par da “reserva do possível”, o princípio da “proibição do retrocesso”, que impede o legislador de abolir posições jurídicas por ele mesmo criadas. Seria esse, pergunta o autor (SARLET, 2006, p.314), um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais de cunho programático? Novamente acompanhando Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.314) postula-se que, concretizado um determinado direito constitucional, este se transforma em típico direito de defesa. E mais, com a mesma carga eficaz que estes últimos possuem. Então, o que imprime aos direitos sociais prestacionais dessa natureza a marca de fundamentalidade necessária ao seu reconhecimento como direitos péticos?

Para melhor compreensão da eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais, oportuno examiná-los na condição de direitos subjetivos a prestações, direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006), Clèmerson Merlin Clève (2003) e Luis Roberto Barroso (2006) contribuem para o entendimento dos temas que passamos a apresentar. No que diz respeito aos direitos sociais como direitos originários a prestações, estes podem ser desde logo reclamados, inclusive judicialmente, mesmo na ausência de uma norma regulamentadora. É o que sustenta Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 23) para quem, ainda que o poder público não tenha colocado

os serviços à disposição dos particulares e não tenha regulamentado a matéria, esses direitos implicam a criação imediata de situações jurídicas subjetivas de vantagem. São, portanto, suscetíveis de demanda perante o Poder Judiciário.

Por outro lado, há limites no universo dos direitos originários, visto que eles também são de natureza progressiva a depender do nível de riqueza da sociedade. Seu diferencial, em relação aos direitos derivados, reside no fato de serem desde logo exigíveis,

[...] cabendo ao juiz verificar, na hipótese de omissão do poder público, se a prestação exigida pelo particular é compatível com o que, razoavelmente, se poderia esperar do poder público em termos de atendimento ao direito em questão (CLÈVE, 2003, p.24).

Os direitos sociais como direitos derivados a prestações, por outro lado, “[...] não se realizam inteiramente sem a prévia regulamentação, ou seja, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária” (CLÈVE, 2003, p. 24).

Os direitos sociais, em sua maioria, pertencem à categoria dos direitos prestacionais derivados. Faz sentido, nessa direção, o argumento de Clèmerson Merlin Clève (2003, p.26), que insiste no fato de caber ao poder público consignar na peça orçamentária as dotações necessárias para a progressiva realização desses direitos:

Não se trata de adiar a sua efetividade. Trata-se de estabelecer de modo continuado as ações voltadas para sua realização num horizonte de tempo factível. Lamentavelmente, o que tem ocorrido na trágica experiência orçamentária brasileira é que o poder público muitas vezes se vê autorizado a estabelecer contingenciamentos arbitrários, praticamente nulificando as rubricas sociais (moradia, esgotamento sanitário, etc.) (CLÈVE, 2003, p.26).

Essa matéria carece de maior atenção na doutrina pátria, pois, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.316), em outras ordens constitucionais, especialmente na germânica, é um tema discutido com mais propriedade. Os argumentos, nesse caso, gravitam em torno do princípio geral da isonomia (direito geral de igualdade) e à luz do princípio do Estado Social, expressamente positivado na Lei Fundamental.

No que tange aos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações, cabe explicitar o posicionamento de Luis Roberto Barroso (2006, p.100) para quem o direito subjetivo consiste no “poder de ação, assente no direito objetivo,

e destinado à satisfação de certo interesse”. Nesse sentido, a norma jurídica de conduta é bilateral, pois se dirige a duas partes, atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Essa relação jurídica contempla de um lado o *direito subjetivo*, ou seja, a possibilidade de exigir, e de outro, o *dever jurídico*, que consiste na obrigação de cumprir (BARROSO, 2006, p.99, grifos do autor).

Para Luis Roberto Barroso (2006, p.100), o que distingue o direito subjetivo de outras posições jurídicas é a presença, cumulada, das seguintes características:

- a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular, um meio jurídico – que é a ação judicial – para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado (BARROSO, 2006, p.100).

Na mesma direção, Clèmerson Merlin Clève (2003, p.22) destaca que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais envolve a constituição de posições jusfundamentais que autorizam o titular a reclamar em juízo uma determinada ação, omissiva ou comissiva. Dessa forma, incumbe ao poder público agir sempre para conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, prestar os serviços públicos necessários, exercer o poder de polícia e legislar para o fim de dar concretude aos comandos normativos constitucionais (CLÈVE, 2003, p. 22).

No que diz respeito aos direitos sociais, Clèmerson Merlin Clève (2003, p.23) afirma sua natureza progressiva, vinculando sua realização ao Produto Interno Bruto (PIB) e, portanto, à riqueza do país. Assim como Luis Roberto Barroso (2006, p.100), Clèmerson Merlin Clève (2003, p.23) destaca que no plano da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais desempenham, pelo menos, três funções: defesa, prestação e não-discriminação. No tocante à função de defesa, os direitos fundamentais permitem que o particular se oponha à atuação do poder público quando este agir em desconformidade com o mandamento constitucional. No que diz respeito à função de prestação, cabe ao particular exigir do poder público a atuação necessária para realizar esses direitos. Por fim, em se tratando da função de não-discriminação, cabe exigir que o Estado disponibilize ao particular, igualmente, os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento (CLÈVE, 2003, p.23).

Assim, “a exigência é de que os serviços sejam colocados à disposição de todos os brasileiros (ideia de universalidade) implicando para o particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário idêntico tratamento” (CLÈVE, 2003, p. 23).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.314), no caso dos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações, cabe verificar “até que ponto e sob que condições é possível, com base numa norma proclamatória de direito fundamental social, reconhecer-se ao particular um direito subjetivo individual [...]” ou, em outras palavras, até onde é possível exigir judicialmente do Estado uma determinada prestação material, como o direito à saúde ou o direito à assistência social. O autor se refere aqui aos direitos originários a prestações, ou seja, àqueles que não dependem de uma interposição legislativa para serem concretizados. Por outro lado, postula que, mesmo a partir de normas de cunho programático que em princípio reclamam uma interposição legislativa, pode-se deduzir um direito subjetivo individual (SARLET, 2006, p.315).

Em virtude do seu objeto, a maior parte das normas definidoras de direitos fundamentais a prestações está contida em dispositivos que melhor se enquadram na categoria das normas de cunho programático. É o caso dos direitos a prestações (inclusive aqueles que constam fora do catálogo) como, por exemplo, “os arts. 6º e 7º, II, III, IV, XI, XII e XIV, bem como os arts. 194, 196, 205 e 215, todos da nossa Constituição” (SARLET, 2006, p.315-316).

Considerando que grande parte dos direitos fundamentais sociais inseridos na Constituição já foi objeto de concretização pelo legislador, não resta dúvida de que o particular é titular de um direito subjetivo nela consagrado. É o caso, por exemplo,

[...] do direito à previdência (inclusive aposentadoria) e assistência social, do direito ao seguro-desemprego, do direito ao salário mínimo, etc., todos já previstos e regulamentados em nível infraconstitucional (SARLET, 2006, p.316).

Ao retomarmos o estudo de Luis Roberto Barroso (2006, p.104-113), tem-se que a conformação das regras consagradoras dos direitos sociais produz efeitos de diferentes naturezas, investindo os jurisdicionados em posições jurídicas que podem ser distribuídas em três grupos, com diversos resultados. Elas geram, por vezes, situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado ou

contemplam interesses cuja realização depende da edição de uma norma infraconstitucional integradora.

No primeiro caso, a relação jurídica estabelecida é semelhante àquela dos direitos individuais, visto que o dever jurídico consiste numa omissão, a exemplo do direito de greve, previsto no art. 9º, da Constituição. No segundo caso, o dever jurídico a ser cumprido exige uma atuação efetiva, a entrega de um bem ou a satisfação de um interesse. É o que ocorre com o art. 196, que garante a proteção da saúde; com os arts. 6º e 201, que garantem a previdência social; e com o art. 201, § 7º, I, que prevê a aposentadoria da mulher após trinta anos de contribuição. Quanto a alguns desses direitos, o teor de objetividade da norma permite a pronta verificação de seu cumprimento. Nos outros casos, mais fluidos, essa verificação é mais complexa e seus limites advêm do fato de que certas prestações estão no âmbito da “reserva do possível”.

Luis Roberto Barroso (2006, p.105) assim leciona: “a ausência da prestação será sempre inconstitucional e sancionável; mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua, muitas vezes, e impossível outras tantas”.

No terceiro caso, quando se trata de posições jurídicas que contemplam interesses cuja realização depende de normas infraconstitucionais integradoras, Luis Roberto Barroso (2006, p.108) lembra que a Constituição não delega ao legislador competência para conceder determinado direito; ela própria o concede. O que cabe ao órgão legislativo é instrumentalizar sua realização, regulamentando-o. Assim, nas hipóteses em que não são prontamente desfrutáveis, os direitos sociais dependem, em geral, de prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo.

Diante disso, Luis Roberto Barroso (2006, p.111) sustenta: “[...] direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designa uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, [...] sob o fundamento de ser um direito não exigível”.

Em resumo, os direitos a prestações podem ser entendidos, em sentido amplo, como direitos de proteção e de participação na organização e procedimento. De certa forma, eles podem ser relacionados ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do *status negativus*. De outro lado, os direitos a prestações podem ser entendidos em sentido estrito, nele incluídos os direitos a

prestações materiais sociais, vinculados prioritariamente às funções do Estado Social (SARLET, 2006, p. 218).

Pelo exposto, constatamos que não são poucos os argumentos a sustentar a eficácia dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional. E isso, tanto no que diz respeito aos direitos previstos no art. 6º, da Constituição, quanto aos localizados fora do catálogo formal dos direitos fundamentais. É o caso do art. 203, V, da Constituição Federal, que garante um salário mínimo de benefício mensal aos idosos e às pessoas com deficiência que dele necessitarem. Em que medida essa norma é eficaz e o critério de necessidade adotado no sentido de dar oportunidade de acesso dos idosos e pessoas com deficiência ao benefício é tema que merece ser investigado com maior atenção. Esse é o propósito do capítulo que segue, cujos parâmetros serão construídos a partir das considerações teóricas até aqui pontuadas.

## 4 O MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Esse capítulo tratará da reserva do possível como um limite fático e jurídico à garantia dos direitos constitucionais sociais, do mínimo existencial como conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, para, então, estabelecer uma relação entre os conceitos.

### 4.1 Reserva do possível

Os direitos sociais prestacionais reclamam uma atuação positiva do legislador e do Poder Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental (SARLET, 1998, p. 259).

Nesse contexto, a restrição de recursos públicos constitui um limite fático à concretização dos direitos fundamentais, especialmente no que tange aos direitos sociais, como o direito à saúde. Isso ocorre porque “as necessidades humanas são infinitas e os recursos financeiros para atendê-las são escassos” (SCAFF, 2005, p. 214).

Assim, tendo em vista que os direitos sociais, bem como todos os direitos, são custosos, é necessário aferir em que medida é possível exigir do Estado prestações efetivas. E é justamente na discussão sobre as restrições à efetivação dos direitos fundamentais sociais que a reserva do possível é invocada.

Para Ana Paula de Barcellos (2002, p.236), “a expressão procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas”.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (1988, p. 261), o conceito de reserva do possível provém do direito alemão, em decisão conhecida como ‘Numerus Clausus’ (BverfGE nº 33, S. 333), relativa ao direito de acesso ao ensino superior. Essa decisão, recusando a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos, determinou que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado estaria sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos” (SCAFF, 2005, p. 219).

Segundo Fernando Facury Scaff (2005, p.219), a decisão do Tribunal Constitucional Alemão menciona que estes direitos a prestações positivas do Estado

“estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Ou seja, a argumentação utilizada diz respeito à razoabilidade da pretensão.

Nesse sentido, o autor assevera que a disponibilidade desses recursos estaria localizada no campo discricionário das decisões políticas, por meio da elaboração dos orçamentos públicos (SCAFF, 2005, p. 219).

Ocorre que a discricionariedade do legislador sobre a disponibilidade dos recursos não é ampla, porquanto a Constituição Federal estabeleceu objetivos a serem perseguidos pelos governos, bem como um sistema de planejamento voltado a efetivar esses objetivos (SCAFF, 2005, p. 219-220).

Em seu art. 3º, a Constituição Federal dispõe:

Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais a República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No âmbito orçamentário, essencial para que o Estado demonstre a origem de suas receitas e o destino das despesas e investimentos, foi estabelecido um sistema de planejamento formado por um conjunto de leis: Lei do Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), e Lei Orçamentária Anual (LOA). Todos os planos e programas nacionais, regionais e setoriais devem estar de acordo com o plano plurianual (art. 165, parágrafo 4º da Constituição Federal) e a LDO deverá estar sempre em consonância com o PPA (art. 166, parágrafo 4º, da Constituição Federal).

Fernando Facury Scaff (2005, p.220) lembra que todas estas normas possuem necessária e obrigatória pertinência com as normas-objetivo traçadas no art. 3º e com outras do texto constitucional.

Porém, embora o constituinte de 1988 tenha prescrito o dever do legislador e do poder público de utilizarem o orçamento para efetivar as normas-objetivo, a teoria da reserva do possível é um dos principais limitadores à consecução dos direitos fundamentais sociais.

A respeito da aplicação da reserva do possível, Anderson Rosa Vaz (2009, p.31) assevera:

[...] os condicionamentos impostos pela cláusula da ‘reserva do possível’ ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implementação sempre onerosa –, traduzem-se em uma binômio que compreende, de uma lado (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas reclamadas.

J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 234) vê a efetivação dos direitos sociais dentro de uma reserva do possível e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. Assim, seu nível de realização estaria sempre condicionado pelo volume de recursos suscetíveis a serem mobilizados para essa finalidade.

No mesmo sentido, assevera Giovanni Bigolin (2004, p. 5):

[...] a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetivação dos direitos sociais, esteja a aplicação dos correspondentes recursos na esfera da competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Ou seja, [...] o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários. Não se pode negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe.

Colhe-se, ainda, dos ensinamentos de Gustavo Amaral (2001, p. 184):

[...] também não nos parecem razoáveis máximas como ‘se está na lei é para ser cumprido’, pois a lei, não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhes emprestem os governantes, não consegue remover a escassez e, existindo ela, alguém deixará de ser atendido, alguém sofrerá dano ou mesmo morrerá.

No entanto, embora haja uma reserva orçamentária, não pode ser utilizada como argumento impeditivo ou desculpa para a omissão estatal na realização dos direitos prestacionais. Isso se deve ao fato de ser dever do Estado “maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível.” (SARLET, 1998, 223). É o que opina Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 212):

Assim, a reserva do possível atua sobre os direitos fundamentais prestacionais como elemento externo, que pode se reduzir, ou até mesmo eliminar o acesso dos titulares de um dado direito fundamental social ao bem juridicamente protegido (educação, saúde, previdência, moradia), enfraquecendo a obrigação assumida pelo Estado, de modo a afetar desvantajosamente o conteúdo do direito fundamental.

[...] a reserva do possível, enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, não é absoluta, mas sujeita a um padrão e razoabilidade (enquanto racionalidade) e proporcionalidade. Assim, a reserva do possível se relaciona com a proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, de modo que não se pode exigir do Estado e

da sociedade algo fora dos padrões razoáveis, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional. (OLSEN, 2008, p. 213).

Corroborando com esse entendimento, Anderson Rosa Vaz (2009, p.33) alerta que a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais pode ser comprometida pela aplicação da reserva do possível, que como uma condição de realidade a impor a observância da disponibilidade de recursos pelo julgador, acabou legitimando a negligência dos poderes públicos com a destinação dos recursos econômicos.

Afirma, ainda, que a noção de escassez de recursos tem sido apresentada como um dogma insuperável, de maneira que a disponibilidade não é apreciada em sua concepção original, ou seja, aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado para satisfazer o direito.

A reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em especial quando dessa conduta negativa puder resultar nulificação ou aniquilação de direitos fundamentais (OLSEN, 2008, p. 214).

Acerca dos limites à concretização dos direitos fundamentais e da necessidade do poder público fundamentar adequadamente sua alegação de escassez orçamentária, complementa Leal (2005, p. 174):

A verdade é que a simples alegação de que tais limites se darão pela reserva do possível em termos de verificação das condições materiais do Estado de cumprir com suas obrigações não é suficiente, mesmo tomando esta reserva aqui como a existência de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerando a limitação material, a imediata efetivação do comando no texto da Carta Política. Isto porque, salvo melhor juízo, não cumprida a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível ou não nos termos de efetivação dos direitos fundamentais, em face da não-disponibilidade.

Assim, a efetivação dos direitos fundamentais não pode ser negada apenas sob o argumento do custo desses direitos; devem os valores fundamentais da vida e dignidade da pessoa humana apontarem o parâmetro demarcatório que representará o real limite à restrição dos direitos, coibindo eventuais abusos que possam levar ao seu esvaziamento ou à sua supressão (OLSEN, 2008, p. 325).

Com efeito, diante das limitações orçamentárias, a reserva do possível tem sido utilizada constantemente pelos poderes públicos como entrave à efetivação dos direitos sociais. No entanto, esse argumento não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Isto, porque, qualquer pleito visando fomentar uma existência minimamente decente não pode ser considerado sem razão, já que a garantia da vida e da dignidade da pessoa humana são alguns dos principais objetivos do Estado brasileiro. E é por isso que a reserva do possível não pode ser oposta ao mínimo existencial, que será abordado a seguir.

## **4.2 Mínimo existencial**

A Constituição Federal previu, em seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito. Visando garantir sua aplicação, estatuiu direitos e garantias fundamentais assegurando a todo ser humano suas necessidades básicas, o reconhecimento à uma sobrevivência digna.

Nesse contexto se insere o mínimo existencial, que prevê o resguardo dos direitos fundamentais, vinculando as prestações estatais para satisfazer as mínimas condições de sobrevivência ao ser humano.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos (2002, p.23-24), o mínimo existencial corresponde a “um elemento constitucional essencial pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”. Define, ainda, que é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito, “o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana”.

Ana Paula de Barcellos (2002, p.24) relaciona sua noção de mínimo vital a um núcleo irreduzível do princípio da dignidade humana, o qual englobaria um mínimo ligado aos direitos individuais de liberdade e a direitos de ordem prestacional: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso ao Poder Judiciário.

A respeito da necessária prestação de recursos existenciais mínimos, dispõe Ingo Wolfgang Sarlet (1988, p.352):

Negar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para manutenção de sua existência [...] pode significar, em última análise condená-lo à morte por inanição, por falta de atendimento médico etc. Assim, há como sustentar – na esteira da doutrina dominante – que ao menos na esfera das condições essenciais mínimas encontramos um claro limite à liberdade de conformação do legislador.

Para Ricardo Lobo Torres (apud OLSEN, 2008, p.317), o mínimo existencial corresponde a um direito constitucional prontamente exigível:

há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas. Este mínimo se relaciona à dimensão essencial e inalienável da dignidade de todo o ser humano, já que sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade e as condições materiais da existência não podem retroceder além de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigente podem ser privados.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (apud OLSEN, 2008, p. 316) acrescenta:

Há como sustentar que, na base dos quatro direitos sociais expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não pensa na condição de mera sobrevivência física do indivíduo (aspecto que assume especial relevância no caso do direito à saúde), mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade.

Embora variem na doutrina as tentativas de definir o mínimo existencial, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 318) sustenta que “sempre que a vida humana, e a personificação do homem [...] estiverem em risco, poderá o intérprete aquilatar a presença do mínimo existencial, sob pena de violação à vida e ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Segundo a autora (OLSEN, 2008, p.325), mesmo que a fundamentação dos direitos sociais na dignidade da pessoa humana seja válida por fornecer um norte para o intérprete no momento de sua aplicação, é preciso reconhecer que a redução dos direitos sociais a um mínimo existencial é um tanto quanto perigosa, na medida em que sua exigibilidade deve ser delimitada de acordo com cada caso concreto, sempre que ponderados os princípios e os bens jurídicos em conflito.

Nesse sentido, Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p.326) complementa que o mínimo existencial, necessário à sobrevivência com dignidade do titular dos direitos, pode ser identificado em cada caso concreto. “No caso do direito fundamental à saúde, há que se observar se a atuação restritiva dos poderes públicos não anula a possibilidade de reabilitação do enfermo, condenando-o à morte em virtude de argumentos como a escassez de recursos”.

### 4.3 Mínimo existencial *versus* reserva do possível

De acordo com os ensinamentos de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p.326), “a norma de direito fundamental social pode ser restringida até o limite de suficiência da prestação material demandada, a fim de garantir a realização mínima pretendida”:

O que se verifica nos casos envolvendo direitos fundamentais sociais no sistema constitucional pátrio é que a reserva do possível, enquanto uma condição de realidade, acaba por se apresentar sempre que se demanda do Estado uma prestação material. A questão principal – e nisso jaz a validade do mínimo existencial – é que sempre que a sobrevivência digna do titular do direito estiver em risco, extremamente grave deverá ser a justificativa para a intervenção negativa dos poderes públicos no núcleo normativo. Os bens jurídicos resguardados em contrário a este direito deverão ser pungentes, individualizados e racionalmente defensáveis que se possa compreender a legitimidade da sua restrição (OLSEN, 2008, p. 328).

Assim, no que diz respeito ao mínimo existencial, não é possível alegar a escassez de recursos em contraposição às prestações materiais necessárias à sobrevivência digna.

Corroborando com este entendimento, afirma Clèmerson Merlin Cléve (apud OLSEN, 2008, p.328, grifo do autor):

É evidente que a efetivação dos direitos sociais só ocorrerá à luz das coordenadas sociais e econômicas do espaço-tempo. Mas a **reserva do possível** não pode, num país como o nosso, especialmente em relação ao **mínimo existencial**, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial.

Conforme Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p.329), esta também foi a posição adotada por Robert Alexy ao salientar que, quando estão em jogo direitos sociais mínimos, relacionados ao mínimo existencial, a alegação de prevalência de outros bens jurídicos, como a segurança orçamentária, não pode ser acatada em detrimento do direito fundamental. A realização deste mínimo existencial não teria o condão de afetar de forma significativa os direitos individuais, princípios ou bens jurídicos em conflito.

Para Ana Paula de Barcellos (2002, p. 252-253), o mínimo existencial pode conviver com a reserva do possível a partir do princípio da dignidade da pessoa humana como ponto de partida:

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridade orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (apud OLSEN, 2008, p. 333), “[...] o mínimo existencial se revela como importante argumento a fazer pender a balança da ponderação em prol da realização dos direitos fundamentais sociais, em detrimento da reserva do possível [...]”.

Desta relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, destaca Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 333):

Ainda que não seja o mais adequado considerá-lo como fator determinante da subjetividade (exigibilidade) dos direitos fundamentais sociais, é certo que diante da atuação da reserva do possível, atingindo desvantajosamente o âmbito de proteção da norma jusfundamental, e reduzindo a responsabilidade do Estado para com as prestações materiais normativamente previstas, o mínimo existencial, compreendido como condições necessárias à sobrevivência do homem, e como núcleo essencial do direito fundamental no dado caso concreto, em relação direta com a dignidade da pessoa humana, erige-se, tal qual verdadeira muralha, que não poderá ser transportada, sob pena de comprometimento de todo o sistema constitucional, e da legalidade do Estado Democrático de Direito.

Apresentados estes argumentos, verificamos a possibilidade de conceber o mínimo existencial como um importante instrumento jurídico quando se trata de refrear a reserva do possível enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais como o BPC.

Parece-nos evidente a complexidade que cerca o debate sobre os direitos sociais prestacionais, visto serem problemáticas, de um lado, a eficácia e a realização desses direitos e, de outro, a circunstância de lhes ser negada a condição de autênticos direitos subjetivos (no sentido de gerarem, para o seu titular, uma pretensão em juízo).

Chega-se, desse modo, em um aspecto fundamental deste trabalho, visto que o Benefício de Prestação Continuada devido às pessoas portadoras de deficiência (art. 203, V, da Constituição), encontra abrigo a partir da legislação que

estabelece e regulamenta a política de assistência social prevista na Constituição, no Título que trata da Ordem Social e no Capítulo que dispõe sobre o sistema de Seguridade Social.

## 5 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC): O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE SOCIAL COMO UM INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Este capítulo discute a eficácia do direito fundamental social ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) às pessoas portadoras de deficiência sob a ótica do princípio da necessidade social. Esse benefício está positivado no art. 203, V, da Constituição no capítulo que trata da Seguridade Social.

Sua regulamentação se deu com a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) aprovada em dezembro de 1993. Em seu art. 20, estabeleceu como aptas a terem acesso ao BPC as pessoas idosas, com 70 anos ou mais (65 anos a partir de 2003 com a aprovação do Estatuto do Idoso), e as pessoas portadoras de deficiência cuja renda familiar *per capita* seja inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

Ao estabelecer a condição da renda per capita, a legislação infraconstitucional restringiu a aplicabilidade do preceito constitucional e desconsiderou um dos princípios elementares orientadores desse benefício que é o atendimento às necessidades sociais, como adiante demonstraremos.

### 5.1 Necessidade social: significado e potencialidade como princípio norteador do acesso ao direito social prestacional ao BPC

Inicialmente, extrai-se da Constituição Federal e da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) os artigos relevantes para o estudo que passamos a desenvolver, conforme segue:

Constituição Federal

Art. 203. A assistência social será prestada **a quem dela necessitar**, independentemente da contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

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.

LOAS (redação original):

Art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir **o atendimento às necessidades básicas**.

[...]

Art. 4º. A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

I – supremacia do **atendimento às necessidades sociais** sobre as exigências de rentabilidade econômica;

[...].

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 65(sessenta e cinco) anos ou mais **que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.**

[...]

§ 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 ¼ (um quarto) do salário mínimo.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, como instrumento de garantia de renda mínima aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que dele necessitam para viver com dignidade traduz, o direito fundamental à assistência social previsto no art. 6º, da mesma Carta.

Tal direito, mais do que a garantia de sobrevivência, significa, nas palavras de Marcelo Leonardo Tavares (2003, p.221), “[...] a medida de concretização dos princípios fundamentais da cidadania, da soberania popular, da democracia, da dignidade da pessoa humana [...] e do objetivo da erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais”.

Ainda que a norma constitucional assegure esse direito aos idosos com mais de 65 anos e às pessoas com deficiência que comprovem não possuir meios de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família, a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (LOAS) que regulamenta o BPC define, em seu art. 20, § 3º, como pessoa necessitada, aquela idosa ou portadora de deficiência cuja renda mensal *per capita* da família seja inferior a ¼ do salário mínimo.

Daí que a definição legal de *pessoa necessitada* apta a requerer o benefício esvazia o preceito constitucional e limita sobremaneira o acesso ao BPC para idosos ou pessoas com deficiência que dele necessitam para atender às suas necessidades básicas de sobrevivência. O rigoroso parâmetro de renda a definir quem são os necessitados, portanto, restringe e exclui desse benefício um significativo número de idosos e deficientes que não possuem outros mecanismos de renda ou possibilidades de auferi-la para viverem dignamente.

Para analisar a eficácia do direito fundamental ao BPC e verificar o posicionamento do Poder Judiciário acerca da matéria, oportuno esclarecer o conceito de necessidades básicas e o significado do direito ao mínimo existencial

ou, aos mínimos sociais, conforme a LOAS visando reforçar a discussão do tópico 2.1.2 que tratou do princípio da necessidade social.

Preliminarmente importa ressaltar que tanto o conceito de mínimos sociais como de necessidades básicas só podem ser compreendidos no âmbito da noção de Proteção Social. Pois, como ressaltam Maria Ozanira da Silva, Maria Carmelita Yasbek e Geraldo Di Giovanni (2004, p.16), os modernos sistemas de proteção social não são apenas respostas automáticas às necessidades apresentadas pelas diferentes sociedades. Mais do que isso,

[...] eles representam formas históricas de consenso político, de sucessivas e intermináveis pactuações que, considerando as diferenças existentes no interior das sociedades, buscam, incessantemente, responder a pelo menos três questões: quem será protegido? Como será protegido? Quanto de proteção?

[...] No fundo, essas questões estão no cerne da organização das políticas públicas de proteção social que o mundo atual conhece. São respostas sociais e politicamente engendradas que determinam a natureza dos sistemas de proteção social: universalismo *versus* particularismo; alto grau de generosidade *versus* baixo grau de generosidade; alto grau de efetivação dos direitos sociais *versus* afrouxamento da noção de direito social; mercantilização *versus* desmercantilização da proteção social; participação social democrática *versus* centralismo e autoritarismo na definição das políticas sociais; caráter público *versus* privado, etc. (SILVA; YASBEK; DI GIOVANNI, 2004, p.16).

O BPC foi normatizado constitucionalmente no âmbito das garantias dos direitos sociais. E, ainda que a LOAS e as normas reguladoras do BPC ofereçam claras restrições ao seu acesso e que sua efetivação esteja longe de alcançar o contingente populacional que dele necessita, é sob a lógica do sistema de proteção social brasileiro que ele se insere. Assim, desde o seu surgimento e, mais recentemente, sob a orientação da Política Nacional de Assistência Social (PNAS), aprovada em 2004, e do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), aprovado em 2005, o BPC vem sendo compreendido como um mecanismo de transferência de renda assegurado pela assistência social, um direito fundamental previsto nos arts. 6º e 203 da Constituição Federal.

A PNAS, por sua vez, confirma que a inserção da assistência social na Seguridade Social aponta “[...] seu caráter de política de Proteção Social articulada a outras políticas do campo social, voltadas à garantia de direitos e de condições

dignas de vida” (PNAS, 2004, p. 25). Conforme explica Geraldo Di Giovanni (1998, p. 10) o documento afirma que a noção de Proteção Social supõe as formas:

[...] às vezes mais, às vezes menos institucionalizadas que as sociedades constituem para proteger parte ou o conjunto de seus membros. Tais sistemas decorrem de certas vicissitudes da vida natural ou social, tais como a velhice, a doença, o infortúnio, as privações. Incluo neste conceito, também, tanto as formas seletivas de distribuição e redistribuição de bens materiais (como a comida e o dinheiro), quanto os bens culturais (como os saberes), que permitirão a sobrevivência e a integração, sob várias formas na vida social. Incluo, ainda, os princípios reguladores e as normas que, com intuito de proteção, fazem parte da vida das coletividades (DI GIOVANNI apud PNAS, 2004, p.25).

Como princípios a regular a Proteção Social, a PNAS destaca aqueles sinalizados pela LOAS, em seu capítulo II, seção I, art.4º, I e III:

Art. 4º. A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:  
 I – supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;  
 [...]
 III – respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

É sob esse parâmetro que o SUAS, responsável pela gestão da Política Nacional de Assistência Social propõe regular e organizar em todo o território nacional a rede de ações socioassistenciais considerando as seguintes referências: vigilância socioassistencial, defesa social e institucional e proteção social. Destaca-se a proteção social que, além de prever mínimos sociais, tem por objetivo oferecer serviços de proteção básica e especial capazes de garantir as seguranças de acolhida, de renda, de convívio ou vivência familiar, comunitária e social, de desenvolvimento da autonomia individual, familiar e social e de sobrevivência a riscos circunstanciais (NOB/SUAS 2005, p.19).

A proteção social de assistência social, portanto,

[...] consiste no conjunto de ações, cuidados, atenções, benefícios e auxílios ofertados pelo SUAS para redução e prevenção do impacto das vicissitudes sociais e naturais ao ciclo da vida, à dignidade humana e à família como núcleo básico de sustentação afetiva, biológica e relacional (NOB/SUAS, 2005, p.19).

Cabe ainda destacar que a proteção social básica enfatiza:

[...] prevenir situações de risco, por meio do desenvolvimento de potencialidades, aquisições e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. Destina-se à população que vive em situação de vulnerabilidade social, decorrente da pobreza, privação (ausência de renda, precário ou nulo acesso aos serviços públicos, dentre outros) e/ou fragilização de vínculos afetivos – relacionais e de pertencimento social (NOB/SUAS, 2005, p.19).

A proteção social especial, por outro lado, tem por objetivo prover atenção socioassistencial a famílias e indivíduos em situações de abandono, de maus tratos físicos e/ou psíquicos, de abuso sexual, de uso de substâncias psicoativas, cumprir medidas socioeducativas, abarcar situações de rua e de trabalho infantil, entre outras (NOB/SUAS, 2005, p.19).

A noção de mínimos sociais e de necessidades sociais, na perspectiva da PNAS e do SUAS, portanto, vincula-se à ideia de seguranças a serem alicerçadas pela proteção da assistência social. É nessa dimensão que se insere o BPC que, incluído no nível de proteção social básica tem por objetivos, por meio da garantia de renda, prevenir situações de risco e fortalecer a autonomia e o estreitamento dos vínculos familiares e sociais dos idosos e das pessoas com deficiência. Em suma, proporcionar-lhes condições de uma vida digna atendendo suas necessidades sociais.

Mas o que significam, afinal, mínimos sociais e necessidades básicas de acordo com a LOAS? O estudo realizado por Potyara Amazoneida Pereira (2000) que discute as necessidades humanas sob o enfoque dos “subsídios à crítica dos mínimos sociais” contribui para esse entendimento, ao estabelecer significativas diferenças entre o *mínimo* e o *básico*. Para a autora, enquanto o primeiro tem a conotação de *menor*, de *menos*, o básico representa algo *fundamental*, *principal*, *primordial*. A relevância dessa diferença reside no fato de que, para a pesquisadora (PEREIRA, 2000, p.26, grifos da autora), é o *básico* que na LOAS qualifica as necessidades a serem satisfeitas (necessidades básicas), constituindo “o pré-requisito ou as condições prévias suficientes para o exercício da cidadania em sua acepção mais larga”.

Potyara Amazoneida Pereira (2000, p.26-27, grifo da autora) esclarece a diferença da seguinte forma:

[...] enquanto o *mínimo* pressupõe supressão ou cortes de atendimento, tal como propõe a ideologia liberal, o *básico* requer investimentos sociais de qualidade para preparar o terreno a partir do qual maiores atendimentos

podem ser prestados e otimizados. Em outros termos, enquanto o *mínimo* nega o “ótimo” de atendimento, o básico é a mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção ao ótimo.

Aldaíza Sposati (1997, p.13) pondera que há uma dupla interpretação dos mínimos sociais: uma restrita, minimalista, e outra ampla e cidadã. A primeira se funda na pobreza e no limiar da sobrevivência. A segunda se sustenta em um padrão básico de inclusão. Assim é que Aldaíza Sposati (1997, p.15) parte de cinco patamares de padrão de vida para propor os mínimos sociais visando garantir:

- Sobrevivência biológica*, isto é, o limite de subsistência no limiar da pobreza absoluta;
- Condição de poder trabalhar*, isto é, algumas condições para ser empregado e poder manter-se;
- Qualidade de vida*, isto é, o conjunto de acesso a um padrão de vida por meio de serviços e garantias;
- Desenvolvimento humano*, isto é, a possibilidade de desenvolver as capacidades humanas, o que coloca em evidência o padrão educacional adotado em uma sociedade e a universalização do acesso a todos;
- Necessidades humanas*, isto é, atender não só as necessidades gerais, mas incluir as necessidades especiais, garantindo tanto a igualdade como a equidade (SPOSATI, 1997, p. 15-16, grifo nosso).

Propor mínimos sociais, portanto, “não é partir de ajustes às condições dadas, mas construir outra referência na institucionalização de cidadania aos brasileiros” (SPOSATI, 1997, p.16).

Além de um conjunto de seguranças que entende como de responsabilidade da assistência social – algumas das quais já foram incluídas na PNAS e na NOB/SUAS –, para Aldaíza Sposati (1997, p.35), no que concerne à ideia de “mínimos sociais”, trata-se de escolher entre minimizar os mínimos, equiparando-os ao limiar da sobrevivência, ou constituir os mínimos como padrões básicos de inclusão.

Nessa perspectiva, Potyara Amazoneida Pereira (2000, p. 27) reafirma que *mínimo* e *básico*, ao contrário do inferido pelo texto da LOAS, são noções incompatíveis entre si. Assim, “para que a provisão social prevista na LOAS seja compatível com os requerimentos das necessidades que lhe dão origem, ela tem que deixar de ser *mínima* ou *menor*, para ser *básica*, *essencial*” (PEREIRA, 2000, p.27, grifo da autora).

Somente dessa forma, reafirma Potyara Amazoneida Pereira (2000, p. 27), “será possível falar em direitos fundamentais, perante os quais todo cidadão é titular, e cuja concretização se dá por meio de políticas sociais correspondentes”. Ao

lembrar que aqueles que não usufruem de bens e serviços essenciais sob a forma de direitos não são capazes de se desenvolver como cidadãos ativos, a autora destaca a importância de “se rever o significado de mínimos de provisão social constante da LOAS, *vis-à-vis* a noção de necessidades humanas básicas”. (PEREIRA, 2000, p. 27, grifo da autora).

Para tanto, há que se conceber *provisões* e *necessidades* como conceitos correlatos, de maneira que as provisões básicas, em vez de mínimas – que não são de responsabilidade exclusiva da assistência social –, sejam cada vez mais *otimizadas*. A inter-relação com as políticas econômicas é essencial para que estas provisões adquiram racionalidade e efetividade (PEREIRA, 2000, p.27, grifo da autora).

É sob este aspecto que a autora rejeita a noção de mínimos e opta pela noção de básicos, que permite “a inferência de que níveis superiores e concertados de satisfação devem ser perseguidos quando se lida com necessidades *humanas*” (PEREIRA, 2000, p.181). Ao discordar da tendência de comparar necessidades humanas básicas à sobrevivência biológica, e da ideia segundo a qual necessidade básica é um fenômeno social relativo, sujeito a variações, Potyara Amazoneida Pereira (2000, p.181) sustenta a pertinência da formulação de um conceito objetivo e universal de necessidades humanas básicas. Isso porque, aqueles que privilegiam o subjetivismo e o relativismo no trato dessas necessidades, assim entendem:

[...] se não há necessidades comuns que sejam vivenciadas coletivamente e que sirvam de parâmetro para a formulação e implementação de políticas públicas, não haverá melhor mecanismo para satisfazê-las do que o *mercado*. [...] Com base nessa tendência, tem proliferado interpretações de necessidades sociais que sistematicamente as confundem com outras noções, tornando-as inespecíficas. E [...] a inespecificidade das necessidades determina formas de satisfação confusas e voluntaristas que não concretizam direitos (PEREIRA, 2000, p. 39, grifo da autora).

Para Potyara Amazoneida Pereira (2000, p.39-40), as necessidades sociais são frequentemente consideradas falta ou privação de algo, preferência por determinado bem ou serviço, desejo de quem psicologicamente se sente carente de alguma coisa, compulsão, demanda, motivação ou expectativa. Assim é que tanto liberais e conservadores como progressistas resistem “à ingerência do Estado no processo de decisão e de provisão sociais” (PEREIRA, 2000, p.40). Os primeiros defendem o predomínio do mercado na regulação das necessidades sociais, porque

as entendem como preferências individuais; os segundos, identificados com as esquerdas, temem o autoritarismo e o paternalismo do Estado (PEREIRA, 2000, p. 40).

Criticando o que denomina *approaches* relativistas, Potyara Amazoneida Pereira (2000, p.51) destaca que “há uma visível incompatibilidade entre o princípio da soberania do consumidor, vinculado ao mercado, e o conceito de necessidades sociais, que serve de parâmetro para a formulação de políticas públicas”. Sem definir um padrão de necessidades, não há segurança para definir medidas não arbitrárias e não aleatórias de políticas sociais. Essas medidas, “para não se transformarem em desmedidas, devem se identificar com alguma forma de regulação pública e de racionalidade coletiva” (PEREIRA, 2000, p.54). No contexto capitalista, no qual imperam percepções equivocadas das necessidades, há que se defender uma coerente teoria das necessidades humanas, sem a qual fica difícil “evitar a prevalência de um perigoso idealismo, apoiado na crença de que, se deixados sozinhos, os indivíduos sabem se autoproteger ou se autoassistir” (PEREIRA, 2000, p.54-55).

Na mesma perspectiva, Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2006, p.184) opta pelo conceito de necessidades humanas básicas em oposição ao conceito de mínimos sociais; defende que “a Constituição Federal de 1988 estabeleceu direitos fundamentais sociais a partir da concepção das necessidades humanas básicas e não propriamente através do conceito de mínimos sociais”. Isso porque, a Carta Magna:

[...] trouxe à tona toda uma normatividade tendente não apenas a manter patamares mínimos de prestações sociais, mas sobretudo a universalizar, a médio e a longo prazos, as prestações sociais no interior de um determinado grupo que possui seu direito reconhecido constitucionalmente (GONÇALVES, 2006, p. 184).

Potyara Amazoneida Pereira (2000, p.65-86) adota a posição de Len Doyal e Ian Gough para esclarecer seu entendimento a respeito das necessidades humanas básicas. Estes, ao sustentarem que todos os seres humanos, em todos os tempos, lugares e culturas têm necessidades comuns, afirmam que, de qualquer modo, trata-se de distinguir “*necessidades básicas de necessidades não básicas* (ou intermediárias) e de *aspirações, preferências ou desejos (wants)*” (DOYAL; GOUGH apud PEREIRA, 2000, p. 67, grifos da autora).

Esses autores consideram fundamental para diferenciar as necessidades básicas dos demais tipos de necessidades o fato de as necessidades básicas e somente elas terem como implicação “a ocorrência de *sérios prejuízos* à vida material dos homens e à atuação destes como *sujeitos* (informados e críticos) caso essas necessidades não sejam adequadamente satisfeitas” (DOYAL; GOUGH apud PEREIRA, 2000, p. 67, grifos da autora).

Por sérios prejuízos entendem

[...] os impactos negativos cruciais que impedem ou põem em sério risco a possibilidade objetiva dos seres humanos de viver física e socialmente em condições de poder expressar a sua capacidade de participação ativa e crítica. [...]. Assim, necessidades humanas básicas estipulam o que as pessoas devem conseguir se querem evitar sérios e prolongados prejuízos [...] constituindo a satisfação dessas necessidades uma condição necessária à prevenção de tais prejuízos (DOYAL; GOUGH apud PEREIRA, 2000, p. 67).

Conclui Potyara Amazoneida Pereira (2000, p.68) que as necessidades básicas são objetivas (pois sua especificação independe de preferências individuais) e universais (pois a concepção de sérios prejuízos, decorrentes de sua não-satisfação são os mesmos para todos os indivíduos).

Para Doyal e Gough (apud PEREIRA, 2000, p.68, grifos da autora) “as *necessidades humanas básicas* como categorias objetivas e universais que devem ser satisfeitas concomitantemente são: *saúde física e autonomia*”. Saúde física é uma necessidade natural que afeta todos os homens; sem a sua satisfação estarão impedidos de viver. Autonomia, por outro lado, não significa apenas que o homem deve ser livre para agir, mas, acima de tudo, que deve ser livre para eleger objetivos e crenças, valorá-los e sentir-se responsável por suas decisões e seus atos (PEREIRA, 2000, p.71).

Acerca da autonomia, Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2006, p.186) pondera que em uma sociedade democrática e pluralista, ela não significa “que alguns tenham direito ao mínimo, mas que, pelo menos a médio e longo prazo, todos tenham, no mínimo, direito ao básico”. Neste sentido é que saúde física e autonomia devem ser realizadas em um contexto coletivo envolvendo os poderes públicos, com a participação da sociedade (PEREIRA, 2000, p.71).

Essas necessidades, embora comuns a todos, não implicam uniformidade na sua satisfação. Para Doyal e Gough (apud PEREIRA, 2000, p.75), há uma ampla variedade de *satisfiers* (“satisfatores”) que podem ser empregados

para atendê-las. Estes *satisfiers* ou agentes de satisfação, conforme Leivas (2006, p. 124) são bens, serviços, atividades, medidas e políticas cuja realização pode contribuir para melhorar a saúde física e a autonomia dos seres humanos. Considerando a saúde e a autonomia necessidades básicas, o direito ao mínimo existencial é, então:

[...] o direito a objetos, atividades e relações que garantem a saúde e a autonomia humana e, com isso, impedem a ocorrência de dano grave ou sofrimento em razão da deficiência de saúde ou impossibilidade de exercício da autonomia (LEIVAS, 2006, p.135).

Como cada povo apresenta suas particularidades, Doyal e Gough (apud PEREIRA, 2000, p.75) procuram delimitar as características de *satisfiers* de escopo universal, aí incluindo onze necessidades intermediárias essenciais à proteção da saúde física e da autonomia. Ou seja, os autores distinguem entre necessidades (saúde e autonomia) e seus agentes de satisfação (chamadas necessidades intermediárias).

Nove dessas necessidades se aplicam a todas as pessoas e duas se referem a necessidades específicas de crianças e mulheres. São elas: alimentação nutritiva e água potável, habitação adequada, ambiente de trabalho desprovido de riscos, ambiente físico saudável, cuidados de saúde apropriados, proteção à infância, relações primárias significativas, segurança física e econômica, educação apropriada e segurança no planejamento familiar, na gestação e no parto.

Para Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2006, p.186, grifo da autora) a lista apresentada por Doyal e Gough contempla um conjunto de necessidades que englobam objetivamente a dignidade humana. Dessa forma, “as *necessidades humanas básicas* agregam por igual as liberdades e os direitos fundamentais sociais”.

Essa necessidade intermediária, para Potyara Amazoneida Pereira, (2000, p.80) deve ser satisfeita para garantir a manutenção e o desenvolvimento da autonomia individual e pressupõe duas possibilidades: “[...] o indivíduo poder planejar e ver realizado um futuro concreto; ou o indivíduo poder fazer isso tendo como referência uma série de normas, recompensas e relações humanas previsíveis e duradouras”.

Sustentando que a falta dessas possibilidades pode acarretar sentimentos de desorientação e de instabilidade capazes, inclusive, de provocar

doenças mentais e morte, Doyal e Gough (apud PEREIRA, 2000, p.80) definem a insegurança econômica como “o risco objetivo de um declive inaceitável no nível de vida de uma pessoa, no qual o ‘inaceitável’ refere-se à ameaça à sua capacidade de participação”. Medidas protetoras sob a forma de renda contra contingências sociais como velhice, enfermidade, incapacidade e desemprego, como é o caso do BPC, portanto, devem ser previstas para permitir melhorar as condições de vida e de cidadania das pessoas em situações sociais de vulnerabilidade.

Evidente que idosos e pessoas com deficiência estão “sujeitos a um adicional de ameaças e riscos que tornam mais sofrida sua existência física e autônoma, o que requer, também por isso, um adicional específico de *satisfiers*” (DOYAL; GOUGH apud PEREIRA, 2000, p.85). Isso não significa que as necessidades básicas desses grupos sejam diferentes das necessidades dos outros segmentos, pois, como ensina Potyara Amazoneida Pereira (2000, p.85), “necessidades básicas [...] bem como as condições para satisfazê-las são as mesmas para todos [...]. O que é relativo é o seu atendimento”.

O nível de satisfação dessas necessidades para Doyal e Gough (apud LEIVAS, 2006, p.126) varia entre o ótimo mínimo e o ótimo máximo. Considerando a realidade brasileira, observamos, conforme propõe Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p.126), que um nível ótimo não é realista. Todavia, continua a ser o único critério lógico e moral possível aplicado à valoração da satisfação das necessidades em longo prazo.

No Brasil, segundo Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p.128), o conceito de necessidade encontra abrigo em normas constitucionais e infraconstitucionais, em especial no campo da assistência social. Nessa perspectiva, o autor:

[...] a existência de necessidades básicas não satisfeitas é um forte argumento para a existência de direitos à sua satisfação. Porém, direitos à satisfação dessas necessidades devem ser buscados em normas que prescrevem direitos fundamentais, em especial nos direitos fundamentais sociais (LEIVAS, 2006, p.128).

No caso do BPC, a previsão objetiva dos requisitos para a sua fruição, foi concretizada pela LOAS, em seu art. 20, ao destacar o critério de  $\frac{1}{4}$  de renda *per capita* como parâmetro a definir a situação de necessidade. Este requisito é, para Marcelo Leonardo Tavares (2003, p. 220), o elemento de mais difícil solução. Isso porque, o art. 20, §3º dispõe que é incapaz de prover sua subsistência o idoso ou

pessoa com deficiência cuja renda mensal familiar *per capita* seja inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo. Ou seja, é a renda que define os necessitados aptos a usufruir do BPC.

Ao estabelecer um critério tão restritivo de renda para definir os beneficiários do BPC, a legislação infraconstitucional (LOAS) não teria descumprido o preceito constitucional que dispõe ser a assistência social prestada a quem dela necessitar? A *necessidade* não deveria ter sido considerada como princípio fundamental para a aplicação da norma constitucional? Por outro lado, ao dispor, em seu art. 4º, I, que a assistência social rege-se, entre outros princípios, pela “supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica”, não estaria a própria LOAS reconhecendo o princípio da necessidade como um vetor principal a definir os usuários do BPC? Como resolver, então, inicialmente, as contradições entre a norma constitucional, que determina prestar assistência social a quem dela necessitar, e a norma infraconstitucional, ao estabelecer como critério para auferir essa necessidade a renda familiar *per capita* em valor inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo?

Em segundo lugar, como resolver as contradições no âmbito da LOAS que prevê, de um lado, em seus arts. 1º e 4º, I, o princípio da prevalência das necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica e, de outro lado, o critério de renda familiar *per capita* em valor inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo? Como equacionar o conflito entre o princípio da necessidade (previsto no art. 203 da Constituição Federal, 1º e 4º, I, da LOAS) e um critério tão restritivo como o de renda (previsto na LOAS e no decreto posterior que regulamenta o BPC)?

Pelo que expusemos até aqui, evidente que o atendimento às necessidades sociais dos idosos e das pessoas com deficiência é vital não apenas para a sua saúde e sobrevivência, mas sobretudo para alcançar sua autonomia e dignidade. Somente assim será possível falar em um sistema de proteção social que contribua para atingir os objetivos constitucionais previstos visando erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

Esse debate não é novo na doutrina ou na jurisprudência brasileiras. Todavia, também não se esgotou a ponto de não merecer novas abordagens. O próprio Poder Judiciário, que não adota posições unânimes ao apreciar a matéria, revela algumas tendências interpretativas que contribuem para o exame da eficácia do BPC.

O próximo item deste capítulo pretende avançar um pouco mais nessa discussão. Nele serão consideradas as referências teóricas esboçadas e novas informações para a melhor compreensão do alcance das normas definidoras do direito à assistência social, especialmente, da norma constitucional que dispõe sobre o BPC.

## **5.2 O direito ao benefício assistencial devido às pessoas portadoras de deficiência previsto no art. 203, V, da Constituição Federal**

Cumprir reiterar que esta pesquisa direcionou-se, prioritariamente aos direitos dos deficientes, com vistas ao BPC, embora, num contexto mais amplo, esse benefício contemple também as pessoas idosas.

As previsões constitucionais relativas à assistência social – o que inclui o direito social do art. 203, V – foram regulamentadas pela Lei nº 8.742/93 Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que no Capítulo I trata das definições e objetivos dessa política e assim define a assistência social:

Art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Assim, a LOAS indica os objetivos da assistência social (listados no art. 203 da Constituição Federal) e estabelece seus princípios, diretrizes, formas de organização e gestão, benefícios, serviços, programas e projetos de assistência social e os meios de financiamento. Conforme dispostos no art. 4º da LOAS, destacamos os princípios da assistência social:

Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:  
 I – **supremacia do atendimento às necessidades sociais** sobre as exigências de rentabilidade econômica; (grifos nossos)  
 II – universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;  
 III – respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;  
 IV – igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;

V – divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Política pública inserida no Sistema de Seguridade Social, a assistência social tem como função precípua, portanto, prover os mínimos sociais a quem dela necessitar. Sua condução deve pautar-se em marcos descentralizados e participativos, o que exige, de um lado, a gestão negociada e articulada dessa política entre a União, os Estados e os Municípios – com definição de atribuições e de comando único em cada uma dessas esferas de governo – e, de outro, a organização e o funcionamento de instâncias paritárias e deliberativas de gestão, por meio dos Conselhos de Assistência Social nesses três níveis de poder (OLIVEIRA, 2003, p. 118).

Esse novo desenho para a Assistência Social remete à ideia de um pluralismo institucional que incumbe ao Estado o papel decisivo de enfrentar a pobreza, junto a sociedade (PEREIRA, p.1998), garantindo padrões de redistributividade e de proteção social, compatíveis com a democracia e a cidadania.

É a LOAS, portanto, que regulamenta as condições para a fruição dos direitos do art. 203 da Constituição brasileira. Em seus arts. 20 e 21 (na redação original), particularmente, a lei reitera o direito constitucional ao Benefício de Prestação Continuada (BPC/LOAS), nos seguintes termos:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 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.

Os parágrafos 1º a 8º do artigo (redação original) detalham as condições para o acesso ao benefício, destacando os parágrafos 2º e 3º que assim expressam:

§ 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 ¼ (um quarto) do salário mínimo.

O art. 21 da LOAS trata, especificamente, da revisão do BPC, que deve ocorrer a cada dois anos. Ressalte-se que o gerenciamento do BPC, no âmbito do Poder Executivo, é feito pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à

Fome (MDS) a quem compete sua gestão, acompanhamento e avaliação. Ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) cabe a sua operacionalização. Os recursos para custeio do BPC provêm do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). Nesse caso, 88,73% provêm da contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS, 7,67%) de recursos ordinários e 2,94% do Fundo de combate e erradicação da pobreza (SPOSATI, 2004, p.159).

Em comentário à LOAS, Ana Ligia Gomes (2004, p.194) situa o contexto da sua aprovação. Isto, porque, diversamente daquele no qual foi aprovada a “Constituição Cidadã”, o cenário da década de 1990 no Brasil revelou o agravamento do desequilíbrio fiscal e abrigou propostas de reformas constitucionais como parte do equacionamento dos efeitos da crise econômica e dos imperativos da nova ordem mundial.

Trata-se de uma informação relevante para entender por que, no momento em que era necessário definir os mecanismos e os instrumentos para regular a assistência social, o Brasil, em movimento contrário, desresponsabiliza-se do tema social. Em decorrência, a LOAS traz dispositivos que fragilizam o acesso ao direito prestacional devido aos idosos e às pessoas com deficiência previstos pela Constituição.

Os questionamentos mais apontados no tocante a LOAS se direcionam, de fato, aos critérios<sup>10</sup> de acesso ao BPC, quais sejam, o grau de deficiência, a idade e a renda dos possíveis beneficiários. Como exemplo, o comentário de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2004, p.180) que esperava mais da Lei. Conforme vimos, o art. 203, V, da Constituição, garante o benefício assistencial para idosos e pessoas portadoras de deficiência que “comprovem não possuir meios de prover à própria subsistência ou que comprovem não possuir meios de tê-la provida por sua família”.

Contudo, a LOAS, ao regulamentar o dispositivo não esclareceu a questão: a Lei Orgânica da Assistência Social deveria ter trazido disposições a

---

<sup>10</sup> Interessante assinalar que diferentemente das políticas de saúde e educação, por exemplo, no caso da assistência social, os critérios definidores do acesso aos seus benefícios e serviços servem muito mais para comprovar as condições de miserabilidade e incapacidade para uma vida digna, do que para afirmar direitos. Ou seja, o acesso se faz pelo avesso, pela negação da condição de cidadania. Observe-se que não se faz propaganda para concessão de benefícios assistenciais ou para distribuir cestas básicas (com exceção dos períodos de eleição, por certo), mas são divulgadas campanhas de vacinação e feita a defesa do acesso à escola, em todos os níveis, o que é salutar, mas que, por outro lado, revela a face cruel apresentada aos que necessitam do direito à assistência social.

respeito da ausência de meios de prover à subsistência. Mas não foi o que fez (FÁVERO, 2004, p. 180):

No art. 20, § 2º, em vez de definir ausência de meios de subsistência para se saber quem seriam as pessoas com deficiência que fariam jus ao benefício, a Loas definiu o termo pessoa portadora de deficiência, como se esta definição fosse necessária e já não constasse de outros diplomas legais e infralegais. Fez muito mal, pois definiu pessoa portadora de deficiência, para efeito deste benefício, como aquela “incapacitada para a vida independente e para o trabalho” (FÁVERO, 2004, p. 180).

Diante da relevância dos posicionamentos a respeito do objeto de estudo desta pesquisa, acrescentam-se as lições de Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2004, p.181) quanto à definição da pessoa portadora de deficiência conforme disposto na LOAS:

Nem se alegue que esta definição é válida apenas para efeito de concessão do benefício assistencial. Nossa Constituição estabeleceu este benefício para a pessoa com deficiência, e não para a pessoa inválida ou incapaz, termos que não são sinônimos e não deveriam ser associados para qualquer fim, sob pena de estimular a não preparação dessas pessoas para a vida em sociedade, como está acontecendo na prática, no Brasil, em razão da disciplina da Loas. A exigência de nossa Constituição para conceder o benefício apenas para certas pessoas com deficiência, era, e ainda é, tão-somente a ausência de meios de subsistência.

Mais adiante, Eugênia Augusta Gonzaga Fávero (2004, p.181) informa que a Constituição pretendeu

[...] beneficiar aquelas pessoas com deficiência que não têm acesso a nenhuma fonte de renda, seja por suas limitações pessoais (analfabetismo, gravidade da limitação, etc.) ou pelas limitações do ambiente externo (pessoa com deficiência física que mora em local sem acessibilidade para sair de casa, dificuldade em conseguir emprego apesar de qualificado e de procura incessante, entre outros).

Assim, apesar de a Constituição ter deixado para a legislação ordinária regulamentar a assistência social, a LOAS não poderia contrariar as disposições da Carta, sob pena de inconstitucionalidade. É a posição de Maria Ferreira dos Santos (2004, p.80) para quem a LOAS criou uma legião de excluídos ao exigir, além da comprovação da incapacidade para a vida independente e para o trabalho, uma renda *per capita* familiar em valor inferior a ¼ do salário mínimo.

Quanto ao critério de renda, que é, na verdade, o parâmetro definidor da pessoa necessitada (aquela que não possui meios de prover sua subsistência ou

de tê-la provida por sua família), Patrícia de Mello Sanfelice (2005, p.119) se manifesta:

*A priori*, é importante lembrar que, embora a matemática seja exata, e a determinação em números permita uma total objetividade para o requisito, as relações sociais se apresentam de forma contrária a esta exatidão. É mesmo possível afirmar que as relações sociais são absolutamente casuísticas, com particularidades que lhes concedem a riqueza da diversidade [...]. Assim, tomando-se como ponto de partida esta absoluta heterogeneidade nas relações inter-humanas, a necessidade, como critério aí presente, pode ser objetivamente definida? Não se estaria, nesta hipótese, diante de uma possível equiparação indevida de situações desiguais?

Para reforçar a previsão constitucional, Sérgio Fernando Moro (apud SANFELICE, 2005, p.119) defende a troca do critério objetivo de renda pela verificação real da existência ou não de necessidade:

Assim, para identificar aqueles que necessitam do benefício da assistência social, há que se considerar as heterogeneidades pessoais, pois as pessoas apresentam características físicas díspares, relacionadas à 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 (MORO apud SANFELICE, 2005, p. 119).

Dados apresentados por Silva, Yasbek e Di Giovanni (2004, p.229) revelam a seletividade imposta por esses critérios, destacando o critério de renda *per capita* de  $\frac{1}{4}$ , como o principal motivo do não-acesso ao benefício. Há que se atentar para o percentual de abrangência do BPC em relação ao total de pessoas com deficiência ou idosas no Brasil, elementos que Silva, Yasbek e Di Giovanni (2004) e outros autores vêm observando por meio de pesquisas sistemáticas.

Outrossim, os requisitos para o acesso ao BPC, estabelecidos na LOAS – a renda *per capita* familiar inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, impondo à elegibilidade a linha de indigência, a deficiência incapacitante para o trabalho e vida independente e o limite da idade da pessoa idosa – sofreram algumas alterações decorrentes do processo de regulamentação da concessão do BPC. Contudo, essas modificações em nada alteraram a lógica perversa que passou a orientar a materialização desse benefício. É o que ensina Ana Ligia Gomes (2004, p.198) ao caracterizar os três momentos, segundo ela, mais significativos nesse processo:

1) Por meio do Decreto nº 1.744/95, quando se inicia a concessão, em 1996, constata-se exigências e interpretações que extrapolam a Loas, de par com as resoluções e ordens de serviço do INSS. Esse período vai de

janeiro de 1996 a agosto de 1997, com a ressalva de que já em março de 1997, por meio da Resolução/INSS nº 435, os laudos e pareceres emitidos pelas demais instituições ficam submetidos à avaliação da perícia do INSS, sem a presença do beneficiário;

2) com a previsão, na Medida Provisória nº 1.473/94, de novo conceito de família, de que somente à perícia do INSS compete a emissão de laudos e pareceres, delegando ao próprio beneficiário a responsabilidade pela declaração de renda – período a partir de setembro de 1997, ora em vigor;

3) com a implantação, a partir de 1998, de sistemática para a revisão e a avaliação da situação dos beneficiários, para fins de manutenção ou cancelamento do benefício.

É assim que o BPC se distancia da LOAS e, mais ainda, da Constituição. Ao comentar o caráter restritivo imposto pelo Decreto e por atos posteriores ao BPC, a autora aponta como predominante a lógica da exclusão e da contenção ao seu acesso: “o benefício está sujeito ao arbítrio, desde a sua regulamentação, em que a norma menor desconsidera a maior, até alcançar o agente concessor” o que gera dúvidas na interpretação da norma e, via de regra, restringe seu acesso. (GOMES, 2004, p.199)

Com isso, o que é direito da assistência social, transforma-se em “armadilha da pobreza” face ao conjunto de critérios aos quais submete o candidato, seu grau de seletividade e cobertura e abrangência de situações de vulnerabilidades praticamente irreversíveis. Isso compromete as potencialidades e possibilidades de contribuir para a autonomia dos beneficiários, e reafirma a condição do BPC como um direito solitário desgarrado da assistência social e das demais políticas de proteção social (GOMES, 2004, p. 216).

O processo de revisão do BPC, previsto no art. 21, da LOAS, tem revelado algumas dessas questões, conforme apontam os estudos de Ana Ligia Gomes (2004) e, igualmente, de Silva, Yasbek e Di Giovanni (2004).

Apesar das numerosas restrições até então esboçadas, algumas particularidades relacionadas a esse benefício, “desde seu anúncio à sua efetivação” conforme assinala Ana Ligia Gomes (2004, p.191-225, grifo nosso) merecem reconhecimento. O que se critica, de maneira sistemática no caso do BPC é sua forma seletiva e residual de acesso, que não corresponde ao disposto na Constituição ao prever tal benefício para os que dele necessitarem.

A despeito disso, cabe pontuarmos que há também o que defender. Para isso, buscamos apoio em Aldaíza Sposati (2004, p.125):

A introdução, na política de assistência social do BPC constitui a sua primeira atenção social de massa, pois:

- a) quebrou a tradicional regulação *ad hoc*, aquela operada caso a caso pelo ajuizamento individual de técnicos sociais a partir de critérios quase nada publicizados e circunscrita sua concessão ao âmbito interno de uma instituição;
- b) introduziu, em contrapartida, a forma pública de regulação social do Estado no acesso de massa a benefícios não contributivos no campo da assistência social;
- c) afiançou a condição de certeza de acesso à atenção de idosos e deficientes.

Para a autora, o BPC é um mínimo social por tratar-se de um dispositivo de proteção social destinado a garantir um valor básico de renda mensal àqueles que não possuem condições de obtê-la adequadamente por meio de suas atividades atuais ou anteriores (SPOSATI, 2004, p.126).

Para Ana Ligia Gomes (2004, p.193), é:

[...] uma garantia em forma de renda, a compor o conjunto de provisões da assistência social, a qual assume a característica de certeza e regularidade, o que a diferencia das tradicionais provisões da assistência em forma de programas, projetos e serviços, cujo traço comum é o da descontinuidade e da incerteza. O benefício, é, pois, [...] uma importante expressão desse conjunto de provisões, a que se pretende imprimir o atributo de direito, tanto pelo seu caráter e natureza como também pela sua cobertura e impacto financeiro, comparativamente às demais ações hoje realizadas pela assistência social.

De qualquer forma, cabe o alerta de Ana Ligia Gomes (2004, p.217) ao esclarecer que para os usuários, aqueles que nada possuem, o BPC significa uma *ajuda* (grifo da autora) certa, ainda que insuficiente, mas sem a qual não viveriam.

Aldaíza Sposati (2004, p.176), por seu turno, lembra:

A introdução do Brasil, a partir de 1988, no circuito dos países afiançadores de mínimos sociais por meio de políticas de garantia de renda para além do sistema de seguros sociais, e por isto não contributivas, é uma experiência nova que titubeia entre cortes e recortes, exclusões e inclusões.

Pelo exposto, evidente que numerosas são as questões relativas ao BPC, muitas das quais inviáveis de serem contempladas neste estudo. Algumas informações, contudo, podem ser acrescentadas, de modo a ampliar o entendimento deste benefício, um dos mais complexos e inovadores mecanismos de garantia de renda no Brasil.

Destaca-se, preliminarmente, o empenho de importantes sujeitos na construção e no acompanhamento desse processo, a exemplo daqueles envolvidos

nas instâncias de controle da assistência social como os Conselhos e Conferências, nos diferentes níveis da federação. Isso porque, a implantação e a implementação do novo modelo de gestão para a assistência social, conforme o art. 204 da Constituição e a LOAS, exigiu, além de criar Conselhos e de realizar Conferências, criar fundos e planos de assistência social cuja viabilização envolveu, de forma sistemática e expressiva, diversos segmentos da sociedade civil e do governo.

Se esse envolvimento foi necessário na fase inicial de organização do sistema, não menos significativo se tornou nos anos seguintes. Até porque, desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988, e, principalmente a partir de 1993, com a aprovação da LOAS, todo esse aparato legal relativo à assistência social vem sendo disciplinado por meio de leis, decretos, resoluções, normas operacionais, instruções normativas e portarias que exigem acompanhamento atento e vigilante daqueles que buscam assegurar o cumprimento dos direitos sociais a população que deles necessita para viver dignamente.

Essa nova sistemática culminou, em 2004, com a aprovação da Política Nacional da Assistência Social (PNAS) (Resolução MDS/CNAS nº 145, de 15 de outubro de 2004) e, em 2005, com a aprovação da Norma Operacional Básica da Assistência Social (NOB/SUAS) (Resolução MDS/CNAS nº 130, de 15 de julho de 2005).

O Sistema Único de Assistência Social (SUAS) regula, em todo o país, “a hierarquia, os vínculos e as responsabilidades do sistema cidadão de serviços, benefícios, programas, projetos e ações de assistência social” (NOB/SUAS, 2005). Sob a lógica de ação em rede hierarquizada de âmbito municipal, estadual e federal, bem como do Distrito Federal, o SUAS define o BPC/LOAS nos moldes já descritos, situando-o no nível de proteção social básica ao dar atenção à família, aos seus integrantes e aos indivíduos mais vulneráveis (NOB/SUAS, 2005).

Conforme entende Aldaíza Sposati (2006, p.111), o SUAS não é um programa do governo federal, mas uma nova ordenação da gestão da assistência social como política pública. Como tal, seu desafio consiste em estabelecer uma nova lógica de organização das ações socioassistenciais com base no território e foco prioritário na atenção às famílias (CARVALHO, 2006, p.125).

O Benefício de Prestação Continuada devido aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência insere-se nesse novo marco legal, cujos avanços vêm sendo paulatinamente construídos. Entretanto, há, ainda, muitos caminhos a

percorrer até garantir o acesso a esse direito social fundamental a todos os que dele necessitam.

Temos, então, que a concessão do benefício assistencial (BPC) resgatará o cidadão na sua dignidade mediante condições básicas necessárias à sua manutenção e sobrevivência; a política pública de assistência social não se restringe ao BPC mas a um conjunto de medidas assecuratórias da inserção do indivíduo na sociedade, como participante ativo do processo democrático. E não se pense que o indivíduo, ao buscar o benefício assistencial, o faz por desleixo ou acomodação, como se fora um parasita a viver às expensas do Estado.

### 5.3 BPC e pessoa com deficiência

As barreiras de acesso há muito são verificadas no que tange aos direitos sociais de deficientes a se constatar que a sociedade optou por não considerar tais pessoas como indivíduos normais, num modelo social voltado à padronização de seres humanos em série. Assim tem sido até hoje, o que obriga uma rediscussão na condição humana, a julgar pelos movimentos sociais em todo o mundo, ensejando revisões nos ordenamentos jurídicos, a fim de redefinir a condição dos deficientes, à luz dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Idilia Fernandes leciona:

O grande paradoxo das relações sociais se coloca no fato de produzirem a necessidade de padronização dos comportamentos, embora a diferença seja uma característica peculiar aos seres humanos. As pessoas vivem em seu meio social sob a égide de uma cultura de normalidade, que se desenvolve a partir de uma lógica dicotômica que divide os seres humanos em: normais/anormais; iguais/diferentes; perfeitos/deficitários. A consequência direta dessa interpretação fracionária da realidade dos seres vem a ser a segregação e a exclusão de todos aqueles que não se encaixam nos padrões de normalidade estabelecida no contexto social. (2010, p.45)

Contribui para esse raciocínio, a cátedra de Luiz Alberto David Araujo:

O que define a pessoa com deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade [...] O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência. (ARAÚJO, 2003, p. 23)

Ao atentarmos para a assistência social em nosso ordenamento jurídico, apenas a partir da Constituição Federal de 1988 observamos um resgate maior da dignidade humana, na medida em que abandonou o caráter filantrópico e caritativo para se transformar em um verdadeiro direito fundamental, ainda que um longo caminho ainda deva ser percorrido para o legislador infraconstitucional dar o melhor tratamento ao hipossuficiente.

É nesse estágio que caminha, também, a questão do deficiente, ainda que tratados internacionais tenham orientado muitos países a adotarem medidas mais humanas para essas pessoas, considerando a sua integração como “agente”<sup>11</sup> participativo e transformador.

Sabe-se que a luta para integrar as pessoas portadoras de deficiência ocorre em todo o mundo e, no Brasil, o legislador constituinte de 1988 tratou de assegurar seus direitos, à luz do princípio da igualdade, tendo em vista a grande barreira a ser superada, o preconceito, que ainda prospera e impede a participação social do deficiente, como um ser igual.

Segundo lecionam Luciana Toledo Távora Niess e Pedro Henrique Távora Niess, “em diversos segmentos da sociedade, ainda é notório o desprezo aos direitos dessa parcela da população, sendo um dever do Estado reconhecê-los, divulgá-los e fazê-los respeitar” (NIESS, 2003). A síntese de várias definições arrebanhadas em documentos internacionais e no ordenamento jurídico pátrio conceitua a pessoa portadora de deficiência como “[...] O ser humano que sofre limitação (em grau considerável) nas funções naturais do físico, da mente ou dos sentidos, para a realização das atividades do cotidiano”. (NIESS, 2003, p.3)

Não é tarefa fácil lidar com o preconceito, uma vez que, no mais das vezes, em que pese o ordenamento jurídico pátrio haver contemplado os direitos dessa parcela da população, as pessoas, diante desses indivíduos, agem de

---

<sup>11</sup> Amartya Sen (2012, p.7) leciona: “A liberdade é central para o processo de desenvolvimento por duas razões: 1-a razão avaliatória: a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas; 2- a razão da eficácia: a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas. [...] O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento das iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade de participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.[...]”

maneiras diversas: “há os que se importam com os que portam; há os que não se importam; e há os que não os suportam”, conforme afirmam os autores. Desta forma,

Os primeiros cooperam com a sua inclusão na sociedade. Os segundos são indiferentes à questão – que não parecem lhes dizer respeito, nenhum esforço fazendo no sentido da inclusão, que não apreciam, nem deixam de apreciar; os últimos procuram distanciar-se dos portadores de deficiência, negando a inclusão, muitas vezes por intermédio de zombaria e outras espécies de maus tratos, humilhando, inclusive, seus parentes e responsáveis. (NIESS, 2003, apresentação).

Para este estudo são relevantes os posicionamentos doutrinários haja vista a preocupação maior em incluir essa parcela da população, consubstanciada no contingente de pessoas portadoras de deficiência que pleiteiam, pela via administrativa e judicial, a proteção social do Benefício de Prestação Continuada (BPC).

Definiu, inicialmente, o legislador ordinário que a idade prevista para candidatar-se ao benefício, segundo a primeira redação da Lei nº 8.742/93, em seu art. 20, era para as pessoas em extrema pobreza, acima de 70 anos. Por força da Ordem de Serviço nº IN/DSS/562, de 04 de abril de 1997, que definiu os critérios para a concessão do BPC de que tratou a lei ordinária, estabeleceu-se que, a partir de 01 de janeiro de 2000, a idade seria reduzida para 65 anos.

A concessão desse benefício está condicionada, tanto para idosos quanto para os deficientes, à comprovação de renda *per capita* inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo.

No que tange à aferição do grau de deficiência, passou a ser realizada pelos peritos do INSS, devendo ser avaliada a incapacidade para a vida independente (alimentação, higiene pessoal, suporte por parte de uma terceira pessoa) e a incapacidade para o trabalho.

Assim, instituiu-se que o deficiente é a pessoa portadora de anomalias ou lesões hereditárias, congênitas ou adquiridas, irreversíveis ou proibitivas para o desempenho do labor e da vida cotidiana.

A Ordem de Serviço permitia a avaliação pelos profissionais do Sistema Único de Saúde, Centros e Núcleos de Reabilitação Profissional, Perícia Médica e Serviço Social, do INSS. Esse o texto da primeira redação da Lei nº 8.742/93, art. 20, pelo Decreto nº 1.744/95:

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

[...]

§ 2º – Para efeito da concessão desse benefício, a pessoa **portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho;** (grifo nosso)

§ 3º – Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo;

[...]

§ 6º – A deficiência será comprovada através de avaliação e laudo expedido por serviço que conte com equipe multiprofissional do Sistema Único de Saúde (SUS) ou do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), credenciados para esse fim pelo Conselho Municipal de Assistência Social;

§ 7º – Na hipótese de não existirem serviços credenciados no Município de residência do beneficiário, fica assegurado o seu encaminhamento ao Município mais próximo que contar com tal estrutura.

Já naquela ocasião era necessário avaliar a incapacidade mediante análise realizada por equipes multidisciplinares, envolvendo profissionais da área médica e do serviço social.

A Lei nº 9.720, de 30 de novembro de 1998, adequou o conceito de família àquele previsto no art. 16, da Lei nº 8.213/91 e estabeleceu um novo critério para avaliar a deficiência.

Assim foram redigidos os parágrafos 1º e 6º, da LOAS:

§ 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.

[...]

§ 6º – **A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo realizados por perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.** (grifo nosso)

Aquele benefício assistencial (art. 203, V, da Constituição Federal), além de aguardar por cinco anos para ser regulamentado pela Lei nº 8.742/93, sofreu vários revezes, numa completa falta de sintonia com o art. 6º da Carta Magna. Em apenas quatro anos, entre a edição do Decreto nº 1744/95 e a Lei nº 9.720/98, verifica-se um retrocesso quanto aos critérios de avaliação de deficiência e incapacidade. A avaliação que inicialmente era feita por equipes multidisciplinares regrediu para terminar com uma simples avaliação médica, suprimindo-se a participação de assistentes sociais.

Contudo, a mobilização da sociedade, principalmente por meio das Conferências de Assistência Social resultou em alterações legislativas.

Podemos considerar um marco histórico a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), estabelecida pela Resolução da Organização Mundial de Saúde nº 54.21 e aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001, visto que o seu nascimento ensejou outros instrumentos jurídicos que deram maior amplitude e relevância à avaliação da deficiência e do grau de impedimento. Passou a integrar o Sistema Único de Saúde (SUS) pela Resolução nº 452, de 10 de maio de 2012, expedida pelo Conselho Nacional de Saúde e estendeu o atendimento pela rede complementar de saúde visando atingir os seguintes objetivos:

Que a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF seja utilizada no Sistema Único de Saúde, inclusive na Saúde Suplementar:

- nas investigações para medir resultados acerca do bem-estar, qualidade de vida, acesso a serviços e impacto dos fatores ambientais (estruturais e atitudinais) na saúde dos indivíduos;
- como uma ferramenta estatística na coleta e registro de dados (em estudos da população e inquéritos na população ou em sistemas de informação para a gestão);
- como ferramenta clínica para avaliar necessidades, compatibilizar os tratamentos com as condições específicas, ampliando a linha de cuidado;
- para dar visibilidade e avaliar os processos de trabalho com os respectivos impactos reais das ações dos profissionais de saúde, que atuam diretamente com a funcionalidade humana;
- no dimensionamento e redimensionamento de serviços visando qualificar e quantificar as informações relativas ao tratamento e recuperação da saúde no processo de reabilitação e os respectivos resultados;
- como ferramenta no planejamento de sistemas de seguridade social, de sistemas de compensação e nos projetos e no desenvolvimento de políticas;
- como ferramenta pedagógica na elaboração de programas educacionais, para aumentar a conscientização e a realização de ações sociais;
- como ferramenta geradora de informações padronizadas em saúde, devendo a mesma ser inserida no Sistema Nacional de informações em saúde do Sistema Único de Saúde para alimentar as bases de dados, com vistas ao controle, avaliação e regulação para instrumentalizar a gestão no gerenciamento das ações e serviços de saúde em todos os seu níveis de atenção; e
- como geradora de indicadores de saúde referentes à funcionalidade humana.

Outro importante documento se constituiu na Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, que entrou em vigor no Brasil, em 14 de setembro de 2001 (Decreto Legislativo nº 198, de 13 de junho de 2001, art. VIII). O evento ocorreu na Guatemala, entre 6 e 8 de junho de 1999, por ocasião do XXIX

Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Após o Decreto Legislativo nº 198/2001, no Brasil, foi editado o Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, que promulgou a Convenção.

No art. 1º, da Convenção em apenso ao Decreto, lê-se:

Para os efeitos desta Convenção, entende-se por:

1. Deficiência – O termo "deficiência" significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

2. Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência:

a) o termo "discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência" significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais.

b) Não constitui discriminação a diferenciação ou preferência adotada pelo Estado Parte para promover a integração social ou o desenvolvimento pessoal dos portadores de deficiência, desde que a diferenciação ou preferência não limite em si mesma o direito à igualdade dessas pessoas e que elas não sejam obrigadas a aceitar tal diferenciação ou preferência. Nos casos em que a legislação interna preveja a declaração de interdição, quando for necessária e apropriada para o seu bem-estar, esta não constituirá discriminação.

Além disso, muita influência resultou da Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) que, em seu art. 2º prevê:

Art. 2º. O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Esse divisor de águas deu-se pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ocorrida em Nova York, em 2007, quando foram positivados os conceitos de deficiência e incapacidade, segundo o Decreto nº 6.949/2009, que promulgou a Convenção, antes aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008: “Art. 1º A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, apensos por cópia ao presente Decreto, serão executados e cumpridos tão inteiramente como neles se contém”.

Em apenso ao Decreto, o art. 1º da Convenção estabelece:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

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.

O Decreto nº 6.214/07, ao regulamentar a LOAS, fez novas alterações na Lei nº 8.742/93, especialmente no art. 20, nosso maior interesse nessa pesquisa, visto que modificou substancialmente a avaliação de deficiência e do grau de impedimento, conforme aferimos do seu anexo.

Este Decreto foi alterado pelo nº 7.617, de 17 de novembro de 2011, que internalizou no ordenamento jurídico pátrio a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York, em 30 de março de 2007 (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008, com *status* de emenda constitucional), e promulgado pelo Decreto legislativo nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Os atos internacionais em apreço entraram em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, em 31 de agosto de 2008.

Portanto, o Decreto nº 7.617 ensejou mudanças no Decreto nº 6.214/2007 (que regulamenta a Lei nº 8.742/93), para adaptar as novas diretrizes segundo a Resolução da Organização Mundial de Saúde e a Convenção de Nova York.

Dessa forma, o Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, alterado pelo de nº 7.617, de 17 de novembro de 2011, já no primeiro artigo do anexo, indica a idade de 65 anos:

Art. 1º: O Benefício de Prestação Continuada previsto no art. 20, da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, é a garantia de um salário mínimo à pessoa com deficiência e ao idoso, com idade de sessenta e cinco anos ou mais, que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção e nem de tela provida por sua família.

Já o art. 4º traz outros parâmetros para aferir o direito ao benefício:

Art. 4ª: Para fins do reconhecimento do direito ao benefício, considera-se:

I – Idoso: aquele com idade de sessenta e cinco anos ou mais;

II – pessoa com deficiência: aquela cuja deficiência a incapacita para a vida independente e para o trabalho;

III – incapacidade: fenômeno multidimensional que abrange a limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social;

[...]

§ 2º – Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada de crianças e adolescentes até dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência de deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade, sendo dispensável proceder à avaliação da incapacidade para o trabalho.

Releva consignar, quanto à deficiência e ao grau de incapacidade, o Decreto nº 6.214/07, art. 16 e parágrafos:

Art. 16: A concessão do benefício à pessoa com deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde ( CIF), estabelecido pela Resolução da Organização Mundial de Saúde nº 54.21, aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001.

§ 1º – A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será composta de avaliação médica e social.

§ 2º – A avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambos considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades.

§ 3º – As avaliações de que trata o § 1º serão realizadas, respectivamente pela perícia médica e pelo serviço social do INSS.

§ 4º – O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e o INSS implantarão as condições necessárias para a realização da avaliação social e a sua integração à avaliação médica.

A intenção do legislador ordinário ao editar o Decreto foi dar efetividade à CIF como um meio de tornar mais humanitária e realista a aquilatação de eventuais deficiências e graus de incapacidade, como corolário da dignidade da pessoa humana. A ideia era investigar o contexto social no qual o indivíduo estava inserido para saber se possuía rede de serviços suficientes para socorrer a quem necessitar e requerer.

Assim, se não houver na jurisdição em que reside o requerente os serviços públicos capazes de proceder à avaliação da deficiência e do seu grau, deverá a autarquia previdenciária financiar o deslocamento do indivíduo para o município mais próximo onde exista a estrutura adequada. Ficam, também, a cargo do poder público, as diárias e as despesas de transportes, conforme o art. 17 do Decreto mencionado.

O art. 20 da Lei nº 8.742/93 ainda sofreria outras alterações em razão da necessidade de adequá-la à CIF. Alguns movimentos sociais ocorridos no Brasil,

especialmente as Conferências Nacionais de Assistência Social, também deram ensejo a outras alterações na LOAS, como as Leis nº 12.435/2011 e nº 12.470/2011.

Como se sabe, as Conferências de Assistência Social são espaços de caráter deliberativo nos quais é debatida e avaliada a Política de Assistência Social. Nelas são propostas novas diretrizes visando consolidar e ampliar os direitos socioassistenciais dos seus usuários, com a participação da sociedade por meio dos seus representantes. Atualmente, ocorreu entre 16 e 19 de dezembro de 2013, a IX Conferência Nacional de Assistência Social, com o objetivo geral de “analisar, propor e deliberar, com base na avaliação local, as diretrizes para gestão e financiamento do Sistema Único da Assistência Social” (BRASIL, 2013).

O art. 2º, da LOAS, passou a ser mais abrangente, com a nova redação dada pela Lei nº 12.435/2011:

Art. 2º: A Assistência Social tem por objetivos:

I – a proteção social, que visa à garantia da vida, à redução de danos e à prevenção de riscos, especialmente:

- a) proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- b) o amparo às crianças e aos adolescentes carentes;
- c) a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- d) a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e à promoção de sua integração à vida comunitária; e
- e) a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

II – a vigilância sócio-assistencial, que visa a analisar territorialmente a capacidade protetiva das famílias e nela a ocorrência de vulnerabilidade, de ameaças, de vitimizações e danos;

III – a defesa de direitos, que visa a garantir o pleno acesso aos direitos no conjunto das provisões socioassistenciais;

Parágrafo Único. Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais a universalização dos direitos sociais.

Diante disso, consolidou-se a redação do art. 20, da LOAS:

Art. 20: O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (redação dada pela Lei nº 12.435/2011)

[...]

§ 2º – Para concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem 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

igualdade de condições com as demais pessoas. (redação dada pela Lei nº 12.470/2011)

§ 3º – Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo. (redação dada pela Lei nº 12.435/2011)

[...]

§ 5º – A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício da prestação continuada. (redação dada pela Lei nº 12.435/2011)

§ 6º – A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizada por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. (redação dada pela Lei nº 12.470/2011)

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

[...]

§ 9º – A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será calculada para fins de cálculo a que se refere o § 3º deste artigo. (incluído pela Lei nº 12.470/2011)

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

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

[...]

§3º – 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. (incluído pela Lei nº 12.435/2011)

§ 4º – A cessação do benefício de prestação continuada concedido à pessoa com deficiência não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos definidos em regulamento. (redação dada pela Lei nº 12.470/2011)

Art. 21–A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (incluído pela Lei nº 12.470/2011)

Destaque-se, neste contexto, a Portaria Conjunta MDS/INSS, nº1, de 24 de maio de 2011 (Brasil, 2011) que estabelece conceitos e critérios das avaliações social e médico-pericial aos requerentes do BPC:

A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade da pessoa com deficiência requerente do BPC deve se pautar nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde – CIF, estabelecida pela Resolução da Organização Mundial da Saúde nº 54.21 e aprovada pela 54ª Assembleia Mundial da Saúde, em 22 de maio de 2001, que define [...].

Tanto a LOAS/1993 quanto o Decreto nº 6.214/2007 afirmam que “pessoa com deficiência é aquela cuja deficiência a incapacita para a vida

independente e para o trabalho”, mediante avaliação da deficiência e do grau de incapacidade que será composta de avaliação médica e social (BRASIL, 1993; 2007a).

Compreender o que vem a ser essa condição de incapacitado é bastante problemática, principalmente a incapacidade para o trabalho, pois os procedimentos técnicos adotados para reconhecer esta incapacidade referem-se ao enquadramento do usuário em requisitos delimitados pelo INSS.

Até maio de 2009, o INSS utilizava uma tabela para avaliar, com base nela, se as pessoas com deficiência estavam aptas ao BPC, a partir de um diagnóstico exclusivamente feito pelos médicos-perito do INSS. O “Acróstico Avaliemos”, introduzido pela Resolução INSS/PR nº 435, de 18 de março de 1997, foi o instrumento eleito para enquadrar as pessoas com deficiência à condição de incapacitado à vida independente e ao trabalho. O instrumento seguia uma lógica a partir de uma pontuação especificada numa tabela, e o laudo, uma conclusão resumida. Esse modelo passou a ser utilizado em todas as agências do INSS espalhadas pelo Brasil, independentemente das particularidades regionais (GOMES, 2008).

Entretanto, desconsiderou-se a realidade heterogênea dos estados e dos municípios brasileiros, diferenças marcantes entre regiões e áreas urbanas e rurais. Nesse sentido, o “Acróstico Avaliemos” tendeu a uma avaliação para o BPC discriminatória e injusta, já que um município que tivesse uma economia mais desenvolvida acabava oferecendo uma oportunidade maior de acesso ao trabalho para as pessoas deficientes.

O “Acróstico Avaliemos” colidia com a diretriz da descentralização político-administrativa da LOAS/1993 e também com o princípio da igualdade no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo equivalência às populações urbanas e rurais. Assim, a igualdade de direito ao acesso implica construir as condições necessárias aos futuros beneficiários da assistência social nas zonas rural e urbana, o que remete à importância de organizar os critérios de elegibilidade de forma descentralizada, tanto política como administrativamente e priorizar as características e particularidades locais ao implantar as ações do benefício.

Um grande problema do BPC para as pessoas com deficiência está na imprecisão conceitual sobre a deficiência. Parece existir um consenso de que a

deficiência não pode ser identificada apenas por atributos corporais dos indivíduos, conforme a perspectiva do velho “Acróstico Avaliemos”, mas deve ser entendida como o resultado da interação dos atributos corporais, socioeconômicos e o meio em que vive a pessoa (DINIZ, 2007). O BPC está em consonância com esse debate. O Decreto nº 6.214/2007 determina que a definição de incapacidade considere a interação entre a pessoa e seu ambiente físico e social (MEDEIROS et al., 2009).

Não encontramos princípios constitucionais que contribuam para entender incapacidade como incapacidade absoluta, o que parece caracterizar a elegibilidade da pessoa com deficiência ao BPC. Entendemos incapacidade para o trabalho como incapacidade de conseguir um trabalho cuja remuneração seja suficiente para assegurar a própria subsistência (MEDEIROS et al., 2009).

Essa imprecisão conceitual sobre quem seja a pessoa com deficiência contribui para restringir o acesso ao benefício.

O modelo médico de deficiência foi hegemônico para orientar a perícia médica para o acesso ao BPC: a dificuldade estava na maneira de estabelecer as fronteiras entre deficiências e doenças crônicas. No entanto, a demonstração do limite do modelo biomédico para avaliar os processos de exclusão ao benefício provocados pela deficiência contribuiu para questionar a exclusividade dos saberes biomédicos ao avaliar se uma pessoa com deficiência tem direito ao BPC (BARBOSA et al., 2009).

Os critérios para compreender quem são as pessoas com deficiência foram alterados no Brasil em 2009 por meio da CIF, modificando assim os critérios de elegibilidade ao BPC. Passou-se a avaliar a deficiência com base na participação de uma pessoa com impedimentos corporais na vida social, o que aproxima o conceito do modelo social de deficiência, resultado da relação entre um corpo com impedimentos e a sociedade. Entende-se, finalmente, que o ambiente impõe restrições e barreiras à plena participação (BARBOSA et al., 2009).

Além da incorporação da CIF aos critérios de acesso ao BPC, o Congresso Nacional ratificou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, outro instrumento legal a contribuir para uma nova era para as políticas sociais relativas à deficiência (BRASIL, 2009). A Convenção apresenta um novo conceito de deficiência que vai além do corpo com impedimentos e reconhece na restrição de participação um fenômeno determinante para identificar a pessoa com deficiência, conforme defendido pela CIF.

A Convenção reconstrói o conceito de deficiência, e é referência para identificar quem terá direito ao BPC. Embora tenhamos uma evolução no conceito de deficiência, há uma disputa entre os modelos médico e social de deficiência no momento da realização da perícia médica. Pesquisas revelam que afirmar o modelo biomédico como o único presente na perícia médica do BPC é uma interpretação errada. O que existe é uma tensão entre os dois modelos. Citemos como exemplo, uma pesquisa realizada em Brasília, no II Congresso Brasileiro de Perícia Médica Previdenciária em 2009, que contou com a participação de 850 médicos-perito. Nela, chegou-se a conclusão de que há casos nos quais o modelo biomédico no processo da perícia médica é questionado. A tensão entre os modelos pode ser identificada na pergunta sobre uma criança de três anos com anemia falciforme e crises regulares de dor. Essa questão dirigida aos médicos buscou saber se o caso seria elegível ao BPC. Como resposta, 38,2% (171) dos peritos responderam que não e 59,2% (265) disseram que sim (BARBOSA et al., 2009). A anemia falciforme é uma doença genética que causa alterações nas hemoglobinas, prejudicando o transporte de oxigênio pelo corpo e causando problemas circulatórios de várias ordens (SILVA; RAMALHO; CASSORLA, 1993). A anemia falciforme não é tradicionalmente considerada uma deficiência para o modelo biomédico, e pode gerar severas restrições de participação ou ser amplamente controlada por meio de cuidados diários (GUIMARÃES; MIRANDA; TAVARES, 2009). Segundo o modelo biomédico, a doença talvez não fosse considerada deficiência, no entanto, a maioria dos peritos respondeu que o caso era elegível ao BPC.

A subjetividade dos médicos na avaliação também é outro problema apontado diante da antiga avaliação da deficiência e do grau de incapacidade: uma mesma situação era avaliada de maneira diferente, o que contribuía para impedir o acesso ao benefício de milhares de pessoas com deficiência no Brasil.

Os intensos debates sobre o acesso ao BPC para pessoas com deficiência fez surgir a necessidade de ir além da avaliação médica, reconheceu-se a necessidade imperiosa de adotar tanto a perícia médica; presente desde o início do BPC, quanto a avaliação social, realizada pelo Serviço Social do INSS. Entende-se que o fenômeno da deficiência vai além do aspecto médico e que os aspectos sociais devem ser considerados na avaliação para saber se uma pessoa com deficiência é elegível ao benefício. Nesse sentido, em 2009, a avaliação social tornou-se o mais novo instrumento para avaliar o acesso ao BPC para mais de 1,6

milhão de pessoas com deficiência no Brasil. É sobre esse novo instrumento que trataremos no próximo item deste capítulo.

#### **5.4 A importância da CIF para a concessão do BPC**

A legislação vigente no país demonstra que o Brasil tem acompanhado os preceitos internacionais quanto ao direito das pessoas com deficiência de participarem efetivamente na sociedade. O Brasil integra 1/3 dos países membros da ONU que possuem uma legislação específica às pessoas com deficiência.

A mudança de paradigma introduzida pela Constituição Federal de 1988 e as legislações subsequentes no tocante às pessoas com deficiência enseja promover os direitos individuais e coletivos para efetivar a inclusão social, o que no Brasil ainda é um desafio, principalmente pela alta concentração de renda e o acirramento das desigualdades sociais. Essa conjuntura agudiza os quadros de dependência econômica de alguns segmentos pobres da população. Quanto às pessoas com deficiência, a pobreza material limita as suas capacidades, ocasionando a exclusão e a permanência do indivíduo apenas no ambiente familiar, restringindo a sua participação social e política.

O número de pessoas com deficiência pode ser constatado através de estatísticas: segundo o censo do IBGE (2010) no Brasil, quase ¼ da população (23,9%) tem algum tipo de deficiência, o que significa cerca de 45,6 milhões de pessoas.

Historicamente, a avaliação para o acesso e/ou permanência no BPC foi marcado por limitações e restrições. A avaliação do médico perito do INSS mostrou-se ao longo dos últimos anos inadequada e insuficiente para tratar do acesso da pessoa com deficiência ao BPC. Observou-se também um grau insuficiente de uniformização. Dessa forma, propostas para alterar esse modelo foram objetos de reivindicações da sociedade civil, inclusive, em deliberações das Conferências Nacionais da Assistência Social.

O documento criado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, denominado “Avaliação de Pessoas com Deficiência Para Acesso ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social” (BRASIL, 2007), foi idealizado, segundo o governo federal, após reconhecer que “o modelo vigente de

avaliação da deficiência e da incapacidade para fins do BPC era inadequado e apresentava insuficiente grau de uniformização. A necessidade de alterá-lo era há muito reconhecida, inclusive tornou-se objeto de reiteradas reivindicações da sociedade civil, culminadas em deliberações das Conferências Nacionais da Assistência Social” (BRASIL, 2007, p.7).

Num contexto marcado pelo desemprego estrutural e aumento exponencial das situações de risco e vulnerabilidade social, o novo modelo de avaliação do BPC visava ampliar o conceito de deficiência e firmar novos critérios de inclusão social.

Portanto, relevante a Resolução nº 54.21, da Organização Mundial de Saúde haja vista a necessidade de aprimorar e adequar os modelos nacionais de avaliação de deficiência e incapacidade cuja abordagem multidimensional vai reconhecer e considerar fatores contextuais essenciais para identificar candidatos ao benefício assistencial “além das deficiências nas funções e estruturas do corpo, os fatores contextuais (ambientais e pessoais), a participação e a acessibilidade da pessoa com deficiência na sociedade, em consonância com a tendência mundial de atentar para os fatores biopsicossociais”.

Inicialmente, a OMS, visando conhecer as consequências das doenças publicou em 1976, o documento *International Classification of Impairment, Disabilities and Handicap* (ICIDH), em caráter experimental, traduzido para a língua portuguesa como Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidades e Desvantagens (handicaps) – CIDID. *Impairment* (deficiência) é descrita como uma anormalidade nos órgãos e sistemas e nas estruturas do corpo; *disability* (incapacidade) caracteriza-se pelas consequências da deficiência sob o ponto de vista do rendimento funcional e *handicap* (desvantagem) traduz-se como adaptação do indivíduo ao meio ambiente tendo em vista a deficiência e a incapacidade. (BRASIL, 2007)

O tempo demonstrou, tendo em vista as seguidas revisões sofridas pelo CIDID, deficiências como a falta de correlação entre seus elementos constitutivos e os aspectos sociais e ambientais.

Baseado na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), a nova a avaliação social integra o modelo médico e social, oferecendo uma visão mais ampla do estado de saúde, chamado modelo biopsicossocial. Há uma interação entre os atributos da pessoa e os do contexto

geral no qual a pessoa vive, e uma visão coerente em diferentes perspectivas da saúde: biológica, individual, econômica e social.

A CIF foi aceita por 191 países como a nova norma internacional para descrever e avaliar a saúde e a deficiência e pertence à família das classificações internacionais desenvolvidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), para aplicação em vários aspectos da saúde. Sua publicação, em 2001, foi um marco no debate sobre deficiência. O documento é uma revisão da *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps* (ICIDH), a primeira tentativa da OMS de organizar uma linguagem universal sobre lesões e deficiências, publicada em 1980 e a ICDH2 em 1998. Dentre as várias modificações propostas pela CIF, uma das mais desafiantes foi o novo significado do termo "deficiência". De uma categoria estritamente biomédica na ICIDH, deficiência assumiu um caráter também sociológico e político.

A CIF renovou a noção de deficiência: não é mais o problema de um grupo minoritário e não se limita unicamente às pessoas com deficiência visível (por exemplo, em cadeiras de rodas). Uma pessoa afetada pelo HIV pode ficar incapacitada em termos de oportunidades de participação ativa na sua profissão, ou sequer ser aceito no mercado de trabalho, diante da discriminação ainda existente. Neste caso, a CIF apresenta diferentes perspectivas para criar medidas possibilitando que essa pessoa possa continuar integrada na vida ativa e participar plenamente da vida em comunidade. Daí a importância de se adotar a CIF na avaliação do requerente ao BPC.

As deficiências são definidas na CIF como problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, como um desvio importante ou uma perda. Assim, há diferenças entre funcionalidade e incapacidade. Funcionalidade é um termo genérico para as funções do corpo, estruturas do corpo, assim como para as atividades e participação. Indica os aspectos positivos da interação entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e os seus fatores contextuais (ambientais e pessoais).

Incapacidade (*disability*) também é um termo genérico para deficiências, limitação de atividades e restrição na participação desse indivíduo. Indica os aspectos negativos da interação entre um indivíduo (com uma condição de saúde) e seus fatores contextuais (ambientais e pessoais).

Resumidamente, a CIF tem como objetivo registrar os diferentes perfis de funcionalidade, incapacidade e saúde dos indivíduos, passíveis de comparação

com registros similares feitos em qualquer parte do mundo, através de um esquema de codificação sistemática, cuja aplicação é universal.

O Decreto nº 6.214/2007 estabeleceu a avaliação social para o reconhecimento inicial do direito ao Benefício de Prestação Continuada às pessoas com deficiência. No art. 4º do Decreto, pessoa com deficiência “é aquela cuja deficiência a incapacita para a vida independentemente e para o trabalho”; e conceitua capacidade como “um fenômeno multidimensional que abrange limitação de desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social”.

Por isso, o art. 16 aponta que

[...] a concessão do benefício à pessoa com deficiência ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de incapacidade, com base nos princípios da Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF) [...] a avaliação médica da deficiência e do grau de incapacidade considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e a avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades. (parágrafo 2º).

Assim, a avaliação social contida nesse novo modelo entende a incapacidade como um problema social e não um atributo do indivíduo, por isso, demanda uma resposta política, visto que a situação é criada por um ambiente não adequado, decorrente de atitudes e outras características ambientais. Temos, portanto, algo novo na avaliação.

Conforme escrevem Norma Farias e Cassia Maria Buchalla<sup>12</sup> a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) integra a “família” de classificações desenvolvidas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e salienta que o

modelo da CIF substitui o enfoque negativo da deficiência e da incapacidade por uma perspectiva positiva, considerando as atividades que um indivíduo com alterações de função e/ou da estrutura do corpo pode desempenhar, assim como sua participação social. A funcionalidade e a incapacidade dos indivíduos são determinadas pelo contexto ambiental

---

<sup>12</sup> BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Rev. bras. epidemiol.** Jun. 2005, v.8, nº2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014.

onde as pessoas vivem. A CIF representa uma mudança de paradigma para se pensar e trabalhar a deficiência e a incapacidade, constituindo um instrumento importante para avaliação das condições e para a promoção de políticas de inclusão social.

Importante mencionar a Resolução nº 452, de 10 de maio de 2012, do Plenário do Conselho Nacional de Saúde, ao incorporar a CIF por força da Resolução nº 54.21/2001, da OMS, ao Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2012). Da Resolução 452/2012, destacamos:

Que a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) seja utilizada no Sistema Único de Saúde, inclusive na Saúde Suplementar:

- ✓ nas investigações para medir resultados acerca do bem-estar, qualidade de vida, acesso a serviços e impacto dos fatores ambientais (estruturais e atitudinais) na saúde dos indivíduos;
- ✓ como uma ferramenta estatística na coleta e registro de dados (em estudos da população e inquéritos na população ou em sistemas de informação para a gestão);
- ✓ como ferramenta clínica para avaliar necessidades, compatibilizar os tratamentos com as condições específicas, ampliando a linha de cuidado.

Não existe, portanto, um desprezo à Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, 10ª Revisão (CID-10), que é um instrumento útil para estatísticas de saúde e monitoramento de patologias incapacitantes para indivíduos e populações. Na verdade, segundo a OMS, a CID-10 e a CIF são complementares na medida em que

a informação sobre o diagnóstico acrescido da funcionalidade fornece um quadro mais amplo sobre a saúde do indivíduo ou populações. Por exemplo, duas pessoas com a mesma doença podem ter diferentes níveis de funcionalidade, e duas pessoas com o mesmo nível de funcionalidade não têm necessariamente a mesma condição de saúde<sup>13</sup>.

Nesse sentido,

o objetivo pragmático da CIF é fornecer uma linguagem padronizada e um modelo para a descrição da saúde e dos estados relacionados à saúde, permitindo a comparação de dados referentes a essas condições entre países, serviços, setores de atenção à saúde, bem como o acompanhamento de sua evolução no tempo.

<sup>13</sup> BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Rev. bras. epidemiol.** Jun. 2005, v.8, nº2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014.

A CIF é um novo paradigma para pensar e trabalhar a deficiência e a incapacidade, visto que estas

não são apenas uma consequência das condições de saúde/doença, mas são determinadas também pelo contexto do meio ambiente físico e social, pelas diferentes percepções culturais e atitudes em relação à deficiência, pela disponibilidade de serviços e de legislação<sup>14</sup>.

Segundo os autores:

a CIF tem sido apontada como uma espécie de 'canivete suíço': contém uma série de ferramentas e permite várias vantagens. Ela pode ser usada em muitos setores que incluem saúde, educação, previdência social, medicina do trabalho, estatísticas, políticas públicas. Sua importância pode ser colocada para as práticas clínicas, ensino e pesquisa<sup>15</sup>.

Argumentam alguns autores que o modelo traz muitas vantagens, em especial, a possibilidade de uniformizar conceitos e utilizar uma linguagem padrão que permite a comunicação entre pesquisadores, gestores, profissionais de saúde, organizações da sociedade civil e usuários em geral.

Apesar da positivação do modelo em estudo, existem ainda muitos entraves para a sua melhor efetividade considerando sua recente criação e seu certo grau de complexidade, que exige maior compreensão por parte dos operadores. Entre as dificuldades apontadas pelo modelo, destacamos:

- 1- Esclarecimento do seu papel biopsicossocial e do significado e implicações da universalização como um princípio para orientar o desenvolvimento de políticas em relação às pessoas com deficiência;
- 2- Classificação de atividades e participação – diferentes estratégias e códigos são utilizados, uma vez que existe uma variabilidade de apreciação dependente do contexto sociocultural, o que coloca dificuldades para a comparação de dados entre os países e implica em alguns países terem desenvolvido distinções próprias de atividades e participação.

---

<sup>14</sup> BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Rev. bras. epidemiol.** Jun. 2005, v.8, nº2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014.

<sup>15</sup> BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Rev. bras. epidemiol.** Jun. 2005, v.8, nº2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014.

Todavia, em que pesem esses entraves, necessário reconhecer o papel central do meio ambiente no estado funcional dos indivíduos, o qual, segundo os autores,

agindo como barreiras ou facilitadores no desempenho de suas atividades e na participação social, mudou o foco do problema da natureza biológica individual da redução ou perda de uma função e/ou estrutura do corpo para a interação entre a disfunção apresentada e o contexto ambiental onde as pessoas estão inseridas. Dessa forma, o modelo da CIF deverá ser investigado nas suas dimensões sociais, políticas e culturais, o que constitui um desafio para os sistemas. No entanto, será mais adequado à medida que for utilizado por um maior número de profissionais, em locais diversos e a partir de pessoas e realidades diferentes<sup>16</sup>.

Releva, ainda, mencionar substratos do documento *Rumo a uma linguagem comum para funcionalidade, incapacidade e saúde*, divulgado pela Organização Mundial de Saúde, em Genebra (2002) no qual constam considerações sobre a CIF<sup>17</sup> logo no texto introdutório:

A CIF é assim chamada porque tem seu foco especialmente sobre saúde e funcionalidade, mais que sobre a incapacidade. Previamente, a incapacidade começava onde a saúde terminava: uma vez que o indivíduo tinha uma incapacidade, ele estava em uma categoria separada. Queremos sair deste tipo de pensamento e fazer da CIF uma ferramenta para medir funcionalidade na sociedade, não importando as razões para as deficiências de um indivíduo. Assim, a CIF torna-se um instrumento muito mais versátil com uma área muito mais ampla de uso que uma classificação tradicional de saúde e incapacidade.

Trata-se de uma mudança radical. Partindo da ênfase sobre as incapacidades das pessoas, temos agora o foco sobre o seu nível de saúde. A CIF enxerga as noções de 'saúde' e 'incapacidade' sob uma nova luz, ao reconhecer que todo ser humano pode experimentar uma perda ou diminuição na saúde, portanto, alguma incapacidade, o que não acontece somente a uma minoria da humanidade. Deste modo, a CIF coloca em uma corrente principal (*mainstream*) a experiência de incapacidade e a reconhece como algo humano universal. Mudando o foco da causa para o impacto por ela provocado, a CIF coloca todas as condições de saúde em pé

---

<sup>16</sup> BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Rev. bras. epidemiol.** Jun. 2005, v.8, nº2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014.

<sup>17</sup> Rumo a uma linguagem comum para funcionalidade, incapacidade e saúde. Organização Mundial da Saúde. Genebra, 2002. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/jotaluiz/guia-para-principiantes-cif>. Acesso em: 15 mar. 2014.

de igualdade, permitindo compará-las por meio de uma medida comum, uma escala de saúde e incapacidade.

Como instrumento científico para obter informações consistentes e comparáveis internacionalmente no que tange à saúde e à incapacidade, a proposta da OMS é de que a CIF passe a ser utilizada em diversas aplicações como, por exemplo, na oferta de serviços individuais (avaliação, tratamentos, diagnósticos e intervenções, como interrelações entre profissionais da saúde, serviço social e serviço comunitário); institucionais (educação, treinamento, planejamento, qualidade e oferta de serviços); sociais (critérios para concessão de direitos do estado como os benefícios da seguridade social, as pensões por incapacidade, seguros, etc.)<sup>18</sup>.

Pretende-se, neste estudo, demonstrar como a CIF já integra o ordenamento jurídico brasileiro, efetivando seus fundamentos na normatização da seguridade social, especialmente nos campos da assistência social e de aferição dos pedidos de benefícios de prestação continuada.

Teceremos a partir de agora considerações acerca da *Avaliação de Pessoas com Deficiência Para Acesso ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social*, documento criado pelo MDS, em consonância com o instrumento expedido pela OMS *Rumo a uma linguagem comum para funcionalidade, incapacidade e saúde*.

No primeiro deles, esbarramos na simbólica dedicatória: “Dedicamos este trabalho às pessoas com deficiência e todos os brasileiros excluídos da riqueza nacional”, e cujo texto abaixo consta na sua apresentação:

O modelo vigente de avaliação de deficiência e incapacidade para fins de BPC mostra-se inadequado e com insuficiente grau de uniformização, sendo sua alteração há muito reconhecida como necessidade, inclusive tornou-se objeto de reiteradas reivindicações da sociedade civil, culminando em deliberações das Conferências Nacionais de Assistência Social. Para atender essas reivindicações e contribuir com a construção de uma sociedade justa e democrática, este relatório intitulado Avaliação de Pessoa com Deficiência para Acesso ao Benefício de Prestação Continuada da

---

<sup>18</sup> Quanto ao aspecto ambiental, estabelece o documento: “Um das maiores inovações na CIF é a presença de uma classificação de fatores ambientais que possibilita a identificação de barreiras e facilitadores ambientais para capacidade e desempenho de ações e tarefas na vida diária. Com este esquema de classificação, que pode ser usado em uma base individual ou para a coleta de dados de uma população ampla, é possível criar instrumentos que avaliam ambientes em termos do seu nível de facilitação ou criação de barreiras para diferentes tipos e níveis de incapacidade. Com esta informação, será mais prático desenvolver e implementar diretrizes para projetos universais e outras regulamentações ambientais que estendam os níveis de funcionalidade de pessoa com incapacidades ao longo de uma faixa de atividade de vida”. (BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. *Rev. bras. epidemiol.* Jun. 2005, v.8, nº2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014, p. 6)

Assistência Social – um novo instrumento baseado na Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), apresenta proposta para um novo modelo de avaliação da pessoa com deficiência a ser utilizado na concessão, manutenção e revisão do BPC, baseado em uma avaliação médica e social.

Este novo modelo incorpora uma abordagem multidimensional da funcionalidade, da incapacidade e saúde. Considera, além das deficiências nas funções e estruturas do corpo, os fatores contextuais (ambientais e pessoais), a participação e acessibilidade da pessoa com deficiência na sociedade, em consonância com a tendência mundial de atentar para os fatores biopsicossociais. A saúde é compreendida sob uma perspectiva biológica, individual e social. (BRASIL, 2007)

Com o objetivo de enfrentar as barreiras ainda hoje encontradas pelos usuários que buscam o BPC, o relatório apresenta diversas constatações que impedem uma melhor distribuição do benefício à população carente.

Já o documento *Rumo a uma linguagem comum para funcionalidade, incapacidade e saúde* propõe dois modelos para aferir a incapacidade:

1 – O *modelo médico* vê a incapacidade como um atributo da pessoa, diretamente causado por doença, trauma ou outra condição de saúde, que requer cuidado médico oferecido na forma de tratamento individual por profissionais. A incapacidade, nesse modelo, clama por tratamento médico ou outro tratamento ou intervenção, para ‘corrigir’ o problema com o indivíduo.

2 – O *modelo social* de incapacidade, por outro lado, vê a incapacidade como um problema socialmente criado e não totalmente como um atributo de um indivíduo. No modelo social, a incapacidade demanda uma resposta política, uma vez que o problema é criado por um ambiente não acomodatório, trazido por atitudes e outras características do ambiente social<sup>19</sup>.

Segundo o documento do MDS, nenhum dos dois modelos, isoladamente, é adequado; os dois modelos devem ser conjugados haja vista que a incapacidade é um fenômeno complexo, no qual sempre haverá interação entre o indivíduo e seus atributos e os atributos do contexto geral no qual estiver inserido.

Cumpra, ainda, assinalar os conceitos de funcionalidade e de incapacidade, trazidos pela CIF e descritos no documento do MDS, segundo o qual a incapacidade e a funcionalidade resultam de interações entre estados de saúde e fatores contextuais. Entre eles, temos:

---

<sup>19</sup> BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Rev. bras. epidemiol.** Jun. 2005, v.8, n°2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014.

- 1 – os fatores ambientais externos – atitudes sociais, características arquitetônicas, estruturas legais e sociais, o clima, o terreno, etc..
- 2 – fatores pessoais internos – gênero, idade, estilo de vida, condição social, educação, profissão, experiências passadas e presentes, padrão de comportamento geral, caráter e outros fatores que influenciam a maneira como a incapacidade é experimentada pelo indivíduo.

Estabeleceu-se, assim, um diagrama no qual são identificados três níveis de funcionalidade humana classificada pela CIF: 1) funcionalidade no nível do corpo, 2) a pessoa como um todo, e 3) a pessoa como um todo em um contexto social. Resumidamente, visualizamos um diagrama com o seguinte conteúdo:

- 1- funções do corpo – são aquelas fisiológicas dos sistemas corporais (incluindo funções psicológicas);
- 2- estruturas do corpo – são partes anatômicas do corpo tais como órgãos, membros e seus componentes;
- 3- deficiências – são problemas na função ou estrutura do corpo tais como uma perda ou desvio significantes;
- 4- atividade – é a execução de uma tarefa ou ação por um indivíduo;
- 5- participação – é o envolvimento em uma situação de vida;
- 6- limitações na atividade – são dificuldades que o indivíduo pode ter para executar atividades;
- 7- restrições à participação – são problemas que um indivíduo pode ter no envolvimento em situações de vida;
- 8- fatores ambientais – são compostos pelo ambiente físico, social e de atitudes em que as pessoas vivem e conduzem suas vidas.

Esses níveis de funcionalidades são aferidos por intermédio de qualificadores, que poderão registrar a presença e a gravidade de um problema de funcionalidade nos níveis do corpo, da pessoa ou social.

O documento também apresenta os princípios gerais a fundamentar a concepção da CIF como uma classificação de saúde, de funcionalidade e incapacidade intimamente ligados ao modelo biopsicossocial de incapacidade:

- 1- Universalidade – uma classificação de funcionalidade e incapacidade deve ser aplicável a todas as pessoas, independente da condição social.
- 2- Paridade – inexistência (explícita ou implícita) de distinção entre diferentes condições de saúde, como mental ou física que afete a estrutura de um conteúdo de uma classificação de funcionalidade e incapacidade. Isto é, incapacidade não deve ser diferenciada pela etiologia.
- 3- Neutralidade – sempre que possível, os nomes dos domínios devem ser definidos em linguagem neutra de modo que a classificação possa expressar tanto os aspectos positivos quanto os negativos de cada aspecto de funcionalidade e incapacidade.
- 4- Fatores ambientais – são parte dos fatores contextuais de aferição da incapacidade. Variam desde fatores físicos tais como clima ou terreno, até atitudes sociais, instituições e leis.

O relatório constata que apesar do reconhecimento do direito, da cidadania e da negação da assistência social como uma dádiva, ainda é possível observar a permanência da cultura do favor.

Assim, “o reconhecimento jurídico não significa a efetivação dos direitos. A morosidade na regulamentação inicial, os critérios restritivos e a desinformação tornaram-se os principais entraves de acesso aos direitos, dificultando a conquista da cidadania”<sup>20</sup>.

Segundo o relatório, “à medida que avançam as conquistas pela inclusão social, termos, denominações e conceituações mais apropriados ao atual patamar de valorização dos seres humanos vão sendo incorporados pela sociedade”<sup>21</sup>.

A busca pelo benefício assistencial que dê um mínimo de dignidade ao ser humano não pressupõe esgotados seus direitos como cidadão, pois para alcançar seus reais objetivos é necessário vinculá-los às demais políticas públicas de inclusão social. Do contrário,

o benefício pode vir a ser uma espécie de armadilha ao manter o beneficiário na situação de exclusão, quando não há articulação entre os demais serviços, programas e projetos. Portanto, sem a devida articulação o BPC não ganha substancialidade, visibilidade e sequer atende às necessidades mínimas de vida<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Rev. bras. epidemiol.** Jun. 2005, v.8, nº2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014. p. 23.

<sup>21</sup> Assinala o relatório, fls.27: “[...] Para identificar o grupo de pessoas com algum tipo de deficiência já foram utilizadas denominações diversas como: ‘anormais’, ‘indivíduos de capacidade limitada’, ‘minorados’, ‘impedidos ou inválidos’ com suas conseqüentes resultantes de discriminação, preconceito e exclusão social. As pessoas com deficiência mental, por exemplo, já foram chamadas de oligofrênicas, débeis, excepcionais, retardados mentais, com necessidades especiais, e outras. Segundo Sassaki, ‘atualmente há uma tendência mundial – brasileira também de se usar o termo ‘deficiência intelectual’, com o qual concordo por duas razões. A primeira razão tem a ver com o fenômeno propriamente dito. Ou seja, é mais apropriado o termo ‘intelectual’ por referir-se ao funcionamento do intelecto especificamente e não ao funcionamento da mente como um todo. A segunda razão consiste em podermos melhor distinguir entre ‘deficiência mental e doença mental’, dois termos que têm gerado confusão há vários séculos. Vale salientar que ao contrário da deficiência mental, a doença mental não interfere necessariamente no intelectual da pessoa. Ainda segundo o autor ‘no campo da saúde mental, área da psiquiatria, está ocorrendo uma mudança terminológica significativa, que substitui o termo ‘doença mental’ por ‘transtorno mental’. O governo federal brasileiro publicou uma lei sobre os direitos das pessoas com transtorno mental, Lei 10.216, de 06/04/2001, na qual foi utilizada exclusivamente a expressão ‘transtorno mental’. Incluem-se nesse grupo as pessoas com Transtornos Invasivos do Desenvolvimento (TID), em decorrência de síndromes como: autismo, asperger, rett e outras. Atualmente, as organizações especializadas conclamaram o público a adotar a terminologia, utilizada internacionalmente, ‘pessoa com deficiência’, em substituição à ‘pessoa portadora de deficiência’. O termo ‘portador de necessidades especiais’, embora utilizado com frequência na literatura brasileira para referir-se a pessoa com deficiência, não consta da legislação brasileira sobre o tema. É mais utilizado pelo sistema educacional, quando quer referir-se a alunos com necessidades educativas especiais. Deficiência nunca será oposto de eficiência. O oposto de eficiência é ineficiência. A ideia da falta de algo não impede o indivíduo de estar inserido na sociedade e no mercado de trabalho”.

<sup>22</sup> BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Rev. bras. epidemiol.** Jun. 2005, v.8, nº2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014. p.25.

Sabe-se que o Direito é dinâmico, sua evolução é fruto do engenho humano, e que se modifica ao longo do tempo, de acordo com as aspirações de um determinado grupo social.

Assim, o CIF estabelece um novo marco para avaliar a incapacidade e os impedimentos, não apenas voltado ao BPC, mas em um contexto maior no qual é verificado a necessidade dessas avaliações, como na atividade laboral de uma forma geral; afinal, a vida humana está exposta às intempéries relacionadas à relação do homem com o trabalho.

Logo, em qualquer atividade humana, o indivíduo poderá buscar um socorro médico e social para aquilatar seu grau de deficiência ou impedimento, dentro do sistema nacional de seguridade social. Além de dar proteção total à atividade laborativa, também o faz para todos, independentemente de contribuição, já que, segundo o art. 193, da Carta Magna, a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

Resta saber, agora, como a sociedade se organiza para cumprir o ordenamento constitucional visto que, conforme expusemos, tratados internacionais internalizados têm forma de Emenda Constitucional.

## **5.5 Os juizados especiais federais e os critérios de avaliação da incapacidade para concessão do BPC**

Antes de nos determos à jurisprudência consolidada pelos Tribunais, discutiremos brevemente os procedimentos do Juizado Especial Federal de São Paulo (JEF), no que tange ao trato com a grande demanda em torno do BPC, desde a sua inauguração, em 2002<sup>23</sup>, fruto da Lei nº 10.259/2001, em atendimento ao comando constitucional, lastreado nos princípios da autocomposição, da equidade, da oralidade, da simplicidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade.

Reforçando a tese de que a CIF trouxe novos parâmetros para aquilatar a necessidade social, oportuno nos determos nos postulados,

---

<sup>23</sup> Estima-se em 2.491.573 ações previdenciárias distribuídas nos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, entre 2002 e 2013. Em 2006 tramitavam, somente nos JEF's de São Paulo, 1.050.972 (jan). Disponível em: [http://www.trf3.jus.br/trf3r/fileadmin/docs/seju/estatisticas/2013/JEF/movimento\\_juizados\\_11.pdf](http://www.trf3.jus.br/trf3r/fileadmin/docs/seju/estatisticas/2013/JEF/movimento_juizados_11.pdf). Acesso em: 30 abr.2014.

regulamentos e procedimentos do JEF de São Paulo, para avaliar a incapacidade, a renda e a necessidade.

Assim, conforme o Manual de Padronização dos Juizados Especiais Federais<sup>24</sup>, foram elaborados seis quesitos a instruir as perícias socioeconômicas feitas por assistentes sociais credenciadas, nas ações de benefício assistencial ao idoso e ao deficiente:

- 1) Qual é a renda *per capita* da família do autor? A partir da renda *per capita* familiar é possível classificar a família do autor como abaixo da linha da pobreza ou da indigência? Essa renda é obtida através de trabalho formal ou informal?
- 2) A sobrevivência da parte autora depende da ajuda de alguma instituição ou de alguém que não mora com ele? Se sim, informe o grau de parentesco e o tipo de ajuda.
- 3) Algum membro do grupo familiar recebe o benefício previdenciário ou assistencial? Se sim, informe o nome, o grau de parentesco, o tipo de benefício e o valor.
- 4) O imóvel utilizado pela autora é próprio, alugado ou cedido? Quais são as condições da habitação?
- 5) Existem fatores que dificultam o acesso ao mercado de trabalho pelos membros do grupo familiar?
- 6) O grupo familiar da parte autora tem condições de suprir as necessidades básicas como alimentação, moradia, energia elétrica e água? Justifique.
- 7) O (a) autor (a) ou algum dos componentes de seu núcleo familiar possui veículo? Informar o nome do proprietário, grau de parentesco com o autor, marca, modelo e ano.

Analisemos essa norma a fim de aferir a sua consonância ao estabelecido pela CIF.

Inicialmente, em relação ao deficiente observamos que, em parte, atende aos regramentos da CIF, restringindo-se à mera análise do grupo familiar e da renda *per capita*, sem considerar fatores ambientais, atividade e participação, ainda que o item 5 questione sobre fatores que dificultam o acesso ao mercado de trabalho pelos membros do grupo familiar.

Na parte dedicada aos fatores ambientais (*ambiente social e ambiente físico*), a CIF, segundo a Portaria Conjunta MDS/INSS, nº 01, de 24 de maio de 2011, no item “Avaliação Social da Pessoa com Deficiência – 16 anos ou mais – Espécie 87 – BPC/LOAS” denomina *ambiente social* as relações de convívio familiar, comunitário e social, considerando a acessibilidade às políticas públicas, a

---

<sup>24</sup> Disponível em:

[http://www.trf3.jus.br/trf3r/uploads/media/Manual\\_de\\_Padronizacao\\_dos\\_Juizados\\_Especiais\\_Federais\\_2013.pdf](http://www.trf3.jus.br/trf3r/uploads/media/Manual_de_Padronizacao_dos_Juizados_Especiais_Federais_2013.pdf)  
Anexo XI, p.74. Acesso em: 30 abr. 2014.

vulnerabilidade e o risco pessoal e social aos quais a pessoa com deficiência está submetida. Como *ambiente físico*, considera o território onde vive e as condições de vida, a acessibilidade, a salubridade e a insalubridade.

Assim, os fatores ambientais estão subdivididos nas seguintes categorias:

I – PRODUTOS E TECNOLOGIA (e1) – Refere-se a qualquer produto, instrumento, equipamento ou tecnologia, inclusive os adaptados ou especialmente projetados para melhorar a funcionalidade de uma pessoa incapacitada; tem como indicadores a disponibilidade, o acesso com dificuldade (despesa, distância geográfica entre o domicílio, qualidade e periodicidade);

II – CONDIÇÕES DE MORADIA E MUDANÇAS AMBIENTAIS (e2) – Refere-se ao ambiente natural ou físico e tem como indicadores o grau de vulnerabilidade e de risco social (acessibilidade, privacidade da moradia, a insalubridade e a precarização do ambiente);

III – APOIO E RELACIONAMENTO (e3): Refere-se às pessoas que oferecem proteção, apoio físico ou emocional. Refere-se, ainda, aos relacionamentos com outras pessoas, na casa, na comunidade, na escola ou apoio em outros aspectos das suas atividades diárias. Os indicadores são inexistência de apoio e relacionamento; apoio e relacionamentos insatisfatórios, que dificultam o convívio no âmbito das relações familiares, comunitárias, institucionais e sociais;

IV – ATITUDES (e4): Refere-se às atitudes, consequências observáveis dos costumes, práticas, ideologias, valores e normas. Essas atitudes influenciam o comportamento individual e a vida social em todos os níveis, dos relacionamentos interpessoais e sociais às estruturas políticas, econômicas e legais. São seus indicadores as atitudes preconceituosas, discriminatórias ou negligentes, que atingem o comportamento e as ações da pessoa com deficiência;

V – SERVIÇOS, SISTEMAS E POLÍTICAS (e5): Refere-se à rede de serviços, sistemas e políticas garantidoras de proteção social. Os indicadores são a falta de

acesso, pela distância ou inexistência do serviço, ou o acesso disponível não suprir suas necessidades. O documento traz ainda o tópico das atividades e participação, uma parte social que compreende *atividade* como a execução de tarefa ou ação por um indivíduo, o que representa a perspectiva individual da funcionalidade. A participação é o ato de se envolver em uma situação real de vida e representa a perspectiva social da funcionalidade.

ATIVIDADES E PARTICIPAÇÃO – parte social. Segundo a portaria, essas atividades subdividem-se em:

VI – VIDA DOMÉSTICA (d6): Refere-se à realização de ações e tarefas domésticas do dia a dia como limpeza e reparos domésticos, cuidar de objetos pessoais, da casa e ajudar aos outros. Os indicadores são: limitação no desempenho para executar uma tarefa ou tarefas com auxílio ou assistência pessoal;

VII – RELAÇÕES E INTERAÇÕES INTERPESSOAIS (d7): Refere-se à realização de ações e as condutas necessárias para manter interações pessoais, de maneira contextual e social com outras pessoas (estranhos, amigos, familiares e companheiros). São indicadores: limitação no desempenho para manter relações interpessoais e controlar comportamentos de maneira contextual e social;

VIII – ÁREAS PRINCIPAIS DA VIDA (d8): Refere-se à realização das tarefas e ações necessárias para participar das atividades de educação e transações econômicas. Tem como indicadores: limitação no desempenho em participar e executar determinada tarefa;

IX – VIDA COMUNITÁRIA, SOCIAL E CÍVICA (d9): Refere-se às ações e tarefas necessárias para manter uma vida social organizada fora do âmbito familiar, em área da vida comunitária, social e cívica. Seus indicadores são: limitação no desempenho para participar e realizar atividades relacionadas à vida comunitária, social e cívica.

Conforme o Manual de Padronização dos Juizados Especiais Federais<sup>25</sup>, para a perícia médica, foram elaborados os seguintes quesitos para avaliar a deficiência, no BPC:

1. O periciando é portador de deficiência física, ou seja, possui alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física?
2. O periciando possui deficiência auditiva, ou seja, teve perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500 hz, 1000 hz, 2000 Hz e 3000 Hz?
3. O periciando possui deficiência visual (consubstanciada em cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor de 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; em baixa visão, que significa acuidade visual entre 03 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; em casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°, ou na ocorrência simultânea de quaisquer condições anteriores)?
4. O periciando possui deficiência mental, isto é, seu funcionamento intelectual é significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas (comunicação, cuidado pessoal, habilidades sociais, utilização dos recursos da comunidade, saúde e segurança, habilidades acadêmicas, lazer e trabalho)?
5. O periciando está por qualquer outro motivo, com alguma limitação física, sensorial (visual ou auditiva) ou mental, que lhe acarreta redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora, percepção ou entendimento? Se positivo, favor explicar.
6. O periciando é portador de doença incapacitante?
7. Trata-se de doença ligada ao grupo etário?
8. O autor está sendo atualmente tratado? Faz uso de quais medicamentos? Pode-se aferir se houve melhoras em seu quadro clínico desde o início do tratamento?
9. Admitindo-se que o autor seja portador de doença ou lesão diagnosticada, indaga-se:
  - 9.1. Essa moléstia o incapacita para o trabalho?
  - 9.2. Essa moléstia o incapacita para os atos da vida civil?
  - 9.3. Essa moléstia o incapacita para a vida independente? Mesmo para atividades pessoais diárias, como vestir, alimentar-se, locomover-se e comunicar-se?
  - 9.4. Caso seja menor de 16 anos, o (a) autor(a) necessita de cuidados especiais que impeçam que o seu cuidador/responsável exerça atividade laborativa remunerada?
10. A incapacidade, se existente, é temporária ou permanente, total ou parcial?
11. Qual a data do início da deficiência ou doença? Justifique.
12. Qual a data do início da incapacidade? Justifique.
13. É possível controlar ou mesmo curar a doença mediante tratamento atualmente disponível de forma gratuita?
14. Em caso de limitação temporária, qual o prazo para reavaliar eventual benefício?

---

<sup>25</sup>Disponível em:

[http://www.trf3.jus.br/trf3r/uploads/media/Manual\\_de\\_Padronizacao\\_dos\\_Juizados\\_Especiais\\_Federais\\_2013.pdf](http://www.trf3.jus.br/trf3r/uploads/media/Manual_de_Padronizacao_dos_Juizados_Especiais_Federais_2013.pdf)  
Anexo X, p.73. Acesso em: 30 abr. 2014.

A portaria conjunta, no que tange à “Avaliação Médico-Pericial da Pessoa Com Deficiência – 16 anos ou mais – Espécie 87 – BPC – LOAS”, traz, no quadro das atividades e participação – parte médica – quatro tópicos enumerados, cujo objetivo é “a análise e a influência dos fatores ambientais na avaliação do **desempenho** para atividades e participação”. O documento parte do pressuposto de que, como *atividade* deve-se entender a execução de uma tarefa ou ação por um indivíduo e a perspectiva individual da funcionalidade. Já a *participação* é o ato de se envolver em uma situação real de vida e representa a perspectiva social da funcionalidade.

XXIII – APRENDIZAGEM E APLICAÇÃO DE CONHECIMENTO (d1): Refere-se ao desempenho em aprender, aplicar o conhecimento, pensar, resolver problemas e tomar decisões;

XXIV– TAREFAS E DEMANDAS GERAIS (d2): Refere-se aos aspectos gerais da execução de uma única tarefa ou de várias tarefas, organização de rotinas e superação do stresse;

XXV – COMUNICAÇÃO (d3): Refere-se às características gerais e específicas da comunicação, por meio da linguagem, sinais e símbolos, incluindo a recepção e produção de mensagens, manutenção da conversação e utilização de dispositivos e técnicas de comunicação;

XXVI – MOBILIDADE (d4): Refere-se ao movimento de mudar o corpo de posição ou de lugar, carregar, mover ou manipular objetos, ao andar ou deslocar-se;

XXVII – CUIDADO PESSOAL (d5): Refere-se ao cuidado pessoal com lavar-se e secar-se, cuidar do próprio corpo, vestir-se, comer, beber e cuidar da própria saúde.

A primeira revisão do Manual de Padronização dos Juizados Especiais Federais da Terceira Região, em junho de 2013 teria sido uma ótima oportunidade para discutir o tema, o que não ocorreu. O evento foi coordenado por dois desembargadores federais da Terceira Região, 22 juízes federais redatores e 24 juízes federais revisores.

Poder-se-ia argumentar, em favor dos Juizados Especiais Federais, que o modo proposto pela portaria conjunta possui um alto grau de subjetividade, exige estudos constantes e debates para a sua efetivação. Outro argumento é o de que a Portaria não vincularia o juiz, sob a primazia do princípio do livre convencimento. Todavia, reitera-se, há um comando com forma de Emenda Constitucional a exigir a avaliação de incapacidade segundo a CIF.

Cumprе assinalar que existe a preocupação, por parte dos Juizados, em tornar efetivos os novos parâmetros e os esforços têm sido empreendidos com esta finalidade.

Assim, logo após a revisão do manual em apreço, o Juizado Especial Federal Cível de São Paulo promoveu, em 2013<sup>26</sup>, um curso de atualização em perícia médica.

Durante o evento, discutiu-se a CIF, integrando-a ao tema do dia *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência e a perícia médica*.

Como exemplo, algumas situações foram lembradas, como casos de pessoas com mais de 60 anos que, alijadas do mercado de trabalho, não encontram o amparo social, o que exige a consideração de outros fatores. Ainda que não incapazes, a CIF, elenca situações sociais nas quais a pessoa fica desguarnecida de proteção. Na ocasião, foi invocada a Súmula 29 da TNU<sup>27</sup> para embasar a discussão.

Houve também o estudo de casos nos quais o portador assintomático do vírus HIV pleitea o benefício, ocasião na qual devem ser consideradas as condições sociais e o ambiente no qual vive. Citou-se o exemplo de um publicitário com HIV em São Paulo (capital), e outro com o mesmo sintoma numa pequena cidade do interior, onde o estigma impede sua reinserção.

Reconheceu-se, durante o evento, que a deficiência não está, necessariamente, na pessoa, mas na sociedade, visto que a deficiência denuncia uma situação de desigualdade, na qual são verificadas restrições à participação plena do indivíduo em decorrência das barreiras sociais.

Ilustrou-se também o debate ao mencionar uma pessoa com formação em informática moradora do bairro Capão Redondo e sem meios de se locomover,

---

<sup>26</sup> Curso promovido no auditório da sede do Juizado Especial Federal Cível de São Paulo, à Avenida Paulista, 1.345, entre 30 de setembro e 3 de outubro de 2013.

<sup>27</sup> Conforme a Súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização: "Para efeitos do art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento".

em detrimento de outra moradora de um bairro de classe média, com casa e veículo próprios, mas com deficiência. Nesse caso, a proteção assistencial caberia à primeira porque o sistema não ofereceria as condições básicas.

Assim, o juiz lançaria mão dos postulados do Decreto nº 6.214/07, regulado pelo Decreto nº 7.617/2011. Concordam os juízes que a anamnese<sup>28</sup> segundo a CID contaria com os elementos trazidos pela CIF. Isto não significa excluir a CID, mas complementá-la com a CIF.

Os magistrados também são unânimes em admitir que tanto os peritos médicos quanto os assistentes sociais devem utilizar a CIF.

Os peritos médicos participantes do curso admitem que, mesmo sendo difícil a aplicabilidade da CIF, é preciso incentivar debates para a apresentação dos seus conceitos, a exemplo do que fez o INSS, ao criar uma tabulação de grau. Entendem também a necessidade de criar um padrão objetivo de avaliação para os JEF's segundo a CIF, interagindo assim médicos e assistentes sociais.

Entendemos necessário nesta pesquisa apresentar modelos de laudo socioeconômico, médico-pericial e um julgado para demonstrar que, embora não estejam consolidados no Juizado os novos instrumentais nos moldes da CIF, há uma tendência em acolher os novos parâmetros.

Inicialmente, faremos referência ao instrumental utilizado para aquilatar a renda *per capita*, nos pedidos de BPC cujo modelo demonstra que os critérios adotados estão, de certo modo, em sintonia com o decidido pela jurisprudência pátria. Nos autos do processo nº 2005.63.01.278081-1, a perita assistente social assim expõe, com clareza, a metodologia utilizada:

[...] Realizamos visita domiciliar no dia **vinte e seis de setembro de dois mil e seis**, por volta das **quinze horas**, com o escopo de efetuar perícia socioeconômica. Utilizamos como instrumental metodológico a entrevista semi-estruturada e procedemos à observação sistemática, levantando os seguintes aspectos: 1. Histórico, composição e dinâmica familiar; 2. Infra-estrutura e condições gerais da moradia; 3. Meios de sobrevivência (estratégias de sobrevivência); 4. Renda per capita do grupo familiar (equacionando receitas vs. despesas). Utilizamos, para efeito de análise, oito variáveis sociais no contexto socioeconômico do grupo familiar: 1. As relações familiares; 2. A existência, na região do domicílio, de serviços comunitários (equipamentos sociais governamentais); 3. O nível de carência econômica da família; 4. O nível de escolaridade do grupo familiar; 5. Integrantes do grupo familiar com

<sup>28</sup> Anamnese (do grego *ana*, trazer de novo e *mnesis*, memória) é uma entrevista realizada pelo profissional de saúde com o paciente, cuja intenção é servir como ponto inicial no diagnóstico de uma doença ou patologia. A entrevista busca relembrar os fatos relacionados à doença e ao doente. É também conhecida como anamnese corporal, ficha de anamnese ou anamnese corporal completa.

necessidades especiais (deficientes e/ou idosos); 6. As relações sociais na comunidade; 7. Possíveis obstáculos sociais que dificultam a inserção, aceitação e participação do grupo familiar nos processos simbólicos sociais e culturais da comunidade; 8. Reflexos da deficiência e/ou da idade avançada que afetam a auto-estima do grupo familiar.

Notamos que já aparecem os postulados trazidos pela Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF). Além disso, a perita teve o cuidado de esclarecer que o conceito de família está de acordo com a Lei nº 9.720/98:

Família: conforme disposto no parágrafo 1º do art. 20 da Lei n.º 8.742 de 07/12/1993: 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 9720, de 30.11.1998).

Mais adiante, o critério para estabelecer a renda per capita:

O cálculo para obtenção do valor da renda per capita do grupo familiar passou pela seguinte classificação: receitas e despesa foram agrupadas em fixas e variáveis, assim consideradas:

a) Receitas fixas: são provenientes de atividades cujos vencimentos são previsíveis, “certos”, invariáveis e frequentes, determinadas em datas e em valores. Exemplos: salários, benefícios previdenciários: pensão por morte, pensão de alimentos, as aposentadorias (de qualquer natureza), auxílio acidente, auxílio doença, etc.; também foram agrupados nesta categoria de receita, os vencimentos considerados provenientes de trabalhos autônomos, de atividades profissionais liberais, etc.)

b) Receitas variáveis: são provenientes de atividades esporádicas, incertas, eventuais, de pouca monta – não tabeladas –, resultantes de “bicos”, “biscates”; também foram agrupadas nesta categoria de receita, as doações de entidades não governamentais (ONG's), de entidades religiosas, de associação de amigos do bairro, de familiares e outras formas de complementação do orçamento doméstico provenientes de programas sociais federais, estaduais e municipais, tais como: seguro desemprego, bolsa escola, renda mínima, renda cidadã, “fome zero”, “Criança Esperança”, amigos da Escola, etc.;

c) Despesas fixas: são as imprescindíveis para a garantia mínima de sobrevivência do grupo familiar, aquelas despesas em que a receita obtida pela família é empregada para a garantia mínima de sobrevivência do grupo familiar. Exemplos: o aluguel (se for o caso), a água, a luz, o condomínio (se for o caso), a alimentação e o gás de cozinha;

d) Despesas variáveis: são despesas necessárias por uma condição orgânica individual e/ou porque são impostas pelos padrões culturais contemporâneos, mas que, mesmo assim, a família só emprega sua receita quando há disponibilidade, ou quando não consegue por meio de recurso público. Exemplos: despesas com telefone, medicamentos, convênio médico, odontológico e/ou hospitalar, etc.; também podem ser agrupadas na categoria de despesas variáveis, aquelas que, dependendo da composição familiar, a frequência não se dá mensalmente, podendo ocorrer bimestral ou trimestralmente: gás de cozinha (mas não eventual).

Receitas fixas (RF)	Despesas fixas (DF)
<p>Aposentadoria da curadora..... R\$ 350,00</p> <p>Salário mensal Sr. X ..... R\$61,00 (ref. agosto/2006)</p> <p><b>Total ..... R\$ 811,00</b></p>	<p>Alimentação .....R\$ 450,00</p> <p>Condomínio .....R\$ 190,00</p> <p>Luz..... R\$ 50,00</p> <p>Gás .....R\$ 30,00</p> <p><b>Total .....R\$ 720,00</b></p>
Receitas variáveis (RV)	Despesas variáveis (DV)
<p>Ajuda mensal que a curadora recebe de seus filhos casados e que não residem com ela:</p> <p>– R.N. .... R\$ 200,00</p> <p>– J. A. P. ... R\$ 150,00</p> <p><b>Total..... R\$ 350,00</b></p>	<p>Medicamentos..... R\$ 200,00</p> <p>Telefone ..... R\$ 50,00</p> <p><b>Total ..... R\$ 250,00</b></p>

**BASE DO CÁLCULO:**

Número de componentes do grupo familiar residente no domicílio (NCGFRD):

03

Equação para cálculo da renda per capita:

$$X (RF + RV) = R\$ 1161,00$$

$$Y (DF + DV) = R\$ 970,00$$

$$Z (X - Y) = R\$ 1161,00 - R\$ 970,00 = R\$ 191,00$$

$$RPCF (Z : NCGFRD) = R\$ 63,60$$

Renda *per capita* familiar: R\$ 63,60 (sessenta e três reais e sessenta centavos)

Parece-nos uma construção bastante engenhosa. Para atender ao princípio da necessidade social, a base de cálculo da renda *per capita* utilizada pelo Juizado de São Paulo deduz as despesas fixas e variáveis do total das receitas fixas e variáveis.

Mais adiante, a perita assistente social conclui sua análise conforme o relatório a seguir:

**ANÁLISE:**

Constatamos que o periciando, sujeito de nossa perícia encontra-se em situação de vulnerabilidade social e econômica.

A satisfação das necessidades humanas, primárias e secundárias do periciando vem sendo suprida precariamente, uma vez que, está vivendo da caridade alheia e graças à ajuda de terceiros, que não têm nenhum vínculo de parentesco com ele. Com base nas informações colhidas, **por meio do processo pericial**, constatamos condição socioeconômica do periciado em nível de **pobreza**.

Verifica-se que a pobreza e/ou miséria não são somente categorias econômicas. Manifestam-se **também** pela ausência de oportunidades na participação dos processos simbólicos culturais (elementos de inclusão social e inserção de grupo na comunidade/sociedade). A pobreza manifesta-se, entre outros fatores sociais, pela ausência de direitos sociais ao trabalho, lazer, saúde, habitação, etc.

Retratar a pessoa pobre é falar de má alimentação, da precarização das condições de habitação, de vida, de saúde etc. Não se pode pensar em **POBREZA** tendo como referência tão-somente o índice síntese de 1/4 de salário mínimo.

**CONSIDERAÇÕES:**

Como resultado da observação sistemática e da pesquisa de campo, apresentamos a nossa análise técnica seguida de conclusão.

Investigamos, através do estudo social, as condições socioeconômicas do periciando XXXXXXXXXXXXX no contexto das relações sociais, comunitárias e das relações no campo do trabalho do mundo contemporâneo. Utilizamos na nossa análise as mesmas variáveis sociais do acróstico social produzido pela Secretaria Estadual de Assistência e Desenvolvimento Social (SEADS-SP) em parceria com o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) no processo de revisão e avaliação do Benefício de Prestação Continuada (BPC) para a compreensão e classificação do nível de pobreza do periciando.

Com a visita domiciliar feita, coletamos dados por meio da observação sistemática e direta das condições gerais de vida e convivência comunitária do periciando.

Por intermédio da análise de nossa observação, da leitura e da interpretação do discurso do entrevistado, foi possível identificar condições de vida social em nível de **pobreza**. A partir dessas informações, nossa perícia afirma e sustenta a tese de que o periciando possui renda per capita de valor imensurável, portanto inferior a 1/4 de salário mínimo vigente na data da realização da nossa perícia.

Salientamos que o periciando reside atualmente no endereço indicado na condição de pessoa abrigada temporariamente.

Com base na exposição dos fatores socioeconômicos utilizados para análise, constata-se que o periciando não possui individualmente fonte de renda, e que sua sobrevivência é mantida basicamente pela curadora, com a ajuda de terceiros; sendo assim, s.m.j., é hipossuficiente do ponto de vista socioeconômico.

**CONCLUSÃO DO LAUDO PERICIAL:**

Como não existe outro instrumento ou recurso técnico que possa modificar ou contrariar a conclusão da perícia realizada na data designada, deve-se dar **como real a condição de hipossuficiência econômica do periciando XXXXXXXX**, sujeito da nossa ação profissional no processo pericial.

Isto posto, submetemos a análise à consideração superior e colocamo-nos à disposição para quaisquer esclarecimentos que se fizerem necessários.

São Paulo, 29 de setembro de 2006.

Encontramos também no Juizado Especial Federal de São Paulo, um exemplo de laudo médico pericial que atesta estarem os profissionais da medicina preocupados com o estabelecido pela CIF, especialmente quando investidos no ofício de perito judicial.

É o que demonstra o conteúdo do laudo pericial<sup>29</sup>. Inicialmente, nota-se a preocupação do perito com a condição socioeconômica da pericianda.

## II – HISTÓRICO

Refere a Sra. xxxx, mãe da examinada, que a mesma nasceu de parto cesariana no Hospital de Itaquaquecetuba, aparentemente normal, tendo alta após quatro dias, junto com a informante.

Andou com um ano e quatro meses de idade e desde que a examinada tinha um ano e dois meses, a informante percebeu que ela não escutava. Sendo assim, procurou médico pediatra que a encaminhou ao otorrinolaringologista, que a submeteu a vários exames e quando a requerente estava com dois anos, finalmente constataram que era surda. Atualmente a criança tem cinco anos de idade e apresenta surdo-mudez. Está em escola normal, porém não está aprendendo absolutamente nada.

Em 2001 se submeteu a cirurgia de ouvido, nariz e garganta. Na época tinha infecção importante nos ouvidos.

Aos três anos teve desmaio sendo levada ao neurologista que após exames diagnosticou epilepsia e retardo mental leve.

Considerações Socioeconômicas:

Mora em casa alugada na companhia da mãe. A única fonte de renda desta família vem do trabalho informal realizado pela mãe da examinada como overloquista, em uma oficina de costura.

## III – ANTECEDENTES PESSOAIS

- ✓ É a primeira filha de uma prole de três, única com problemas auditivos.
- ✓ Está estudando em escola convencional há dois meses e deverá, no próximo mês, frequentar escola especial.
- ✓ Teve catapora aos dois anos de idade.
- ✓ Fez cirurgia dos ouvidos, nariz e garganta em setembro/2001.
- ✓ Faz tratamento com otorrino na Santa Casa da Santa Cecília, tratamento neurológico, fonoaudiológico e psicológico no Arujá.
- ✓ Faz uso de Tegretol 200 mg, dois comprimidos ao dia.

## IV – DESCRIÇÃO

### a) Geral

- ✓ Criança do sexo feminino, aparentando a idade de identificação (5 anos), compleição física regular, em bom estado geral.
- ✓ Ausculta Cardíaca – bulhas rítmicas, normofonéticas, sem sopros.

### b) Especial

#### b.1. – Neurológico:

- ✓ Criança com surdo-mudez;
- ✓ Criança hiper-ativa.
- ✓ Função intelectual ligeiramente rebaixada.

<sup>29</sup> BRASIL. Processo judicial nº 2004.61.84.004244-4.

Importante observar que o perito recorre à literatura para analisar as patologias constatadas:

A - Quanto às patologias analisadas:

**A.1. – Quanto a surdo-mudez:**

Acerca da surdez, ensina a literatura médica:

*Dentre as deficiências físicas do indivíduo, sem dúvida, a surdez é uma das que recebem menos atenção por parte da sociedade, das autoridades e dos profissionais de saúde. A surdez dificulta uma das condições mais importantes na vida humana moderna, que é a comunicação. Por essa razão, muitas vezes esses indivíduos são tratados como deficientes mentais e marginalizados pela sociedade. Psicologicamente, tornam-se deprimidos, introvertidos e inseguros. Já os cegos e outros deficientes físicos podem se comunicar perfeitamente e, normalmente acabam conseguindo ocupação profissional e integrando-se à sociedade. Por esses motivos, o surdo representa um pesado ônus para a sociedade e sua família, sendo uma pessoa dependente por toda a sua vida. (In: Tratado de Otologia, Ricardo Ferreira Bento, Aroldo Miniti, Silvio Antonio Monteiro Marone, Editora da Universidade de São Paulo, p.258)*

E mais: *“Nos surdos-mudos. São justos e razoáveis os cuidados do legislador. É evidente que, muitas vezes, não podemos considerá-los como indivíduos normais. Sem a devida educação poderão ser equiparados a um imbecil ou, mesmo, a um idiota; se a receberam, estarão, sempre, em situação de inferioridade. Apesar de suas reclamações, conhecemos os seus recalques, as suas reações e conflitos, que assumem proporções bem maiores do que nos indivíduos normais. Além do mais, a perícia nesses casos é difícilíssima, exigindo intérprete e boa dose de paciência por parte dos peritos.” (In: Lições de Medicina Legal, A. Almeida Júnior e J. B. de O. e Costa Júnior, 18ª Edição, Editora Nacional, p.579-580).*

**A.2. Quanto à epilepsia:**

Conceituamos a epilepsia como uma síndrome, ou seja, um conjunto de sintomas e/ou sinais decorrentes de causas diversas, e assim é preferível falarmos em epilepsias e não em epilepsia. As manifestações epilépticas são caracterizadas por sintomas e/ou sinais motores, sensitivos, sensoriais, psíquicos ou vegetativos que surgem de modo paroxístico e recorrente, originando-se de uma descarga neuronal patológica que pode ser registrada no eletroencefalograma (EEG) como uma modificação paroxística dos ritmos cerebrais. A sua etiopatogenia pode estar relacionada a um processo cerebral já cicatrizado ou a um processo cerebral ativo. No primeiro caso a manifestação epiléptica é seqüela de uma doença passada. No segundo caso é sintoma de doença atual do encéfalo, como, por exemplo, uma meningite ou um tumor, que deve ser diagnosticado e tratado.

É incomum que o próprio médico presencie uma crise epiléptica e, desse modo, torna-se de fundamental importância que a anamnese seja a mais completa possível, já que o exame clínico geral e o neurológico, na maioria das vezes, pouco contribuem para o diagnóstico. Deve-se ainda lembrar que muitas crises epilépticas provocam um período transitório de inconsciência e amnésia para os fatos ocorridos, devendo o médico obter o máximo de informações possível com as pessoas que presenciaram e socorreram o paciente. Tem grande importância para o diagnóstico e diagnóstico diferencial procurar definir a existência de fenômenos pré-crise, da crise e pós-crise. Muitos pacientes epilépticos, principalmente os portadores de crises parciais (ou focais), relatam sintomas que precedem a perda da consciência, podendo ser sintomas motores (contrações musculares involuntárias e localizadas, por vezes com caráter alastrante –

marcha jacksoniana), sensitivos (parestésias em diferentes regiões do corpo, também por vezes com caráter alastrante), sensoriais (como escotomas, alucinações e ilusões visuais, auditivas, olfativas e gustativas), psíquicas (modificações paroxísticas do humor, sensação anormal de estranheza – “jamais vu”, déjà vu”) ou neurovegetativas (sensações viscerais, por vezes pouco definidas). Essas manifestações, algumas vezes chamadas de aura ou prenúncio das crises, correspondem às manifestações das descargas neuronais epiléticas, ainda localizadas em certas regiões do cérebro. Com a difusão das descargas epiléticas para o restante do cérebro, instalam-se os fenômenos da crise propriamente ditos, sendo a mais conhecida a convulsão generalizada, tipo “grand mal”. Esta crise pode ter início abrupto, sem os sintomas anteriormente descritos, com perda imediata da consciência, um grito e queda do paciente, seguindo-se uma fase de contração tônica em extensão e, depois, a fase clônica. Alguns minutos depois cessam as contrações musculares e o paciente manifesta um estado de torpor profundo. Durante a fase da crise pode ocorrer: mordedura da língua, incontinência vesical e escoriações generalizadas.

Os fenômenos pós-crise que se iniciam ao término das contrações musculares e início do torpor, podem durar de 5 a 10 minutos, caracterizam-se por confusão mental, sensação vertiginosa, cefaléia difusa, por vezes náuseas e vômitos. Após alguns minutos, o paciente pode ser tomado por sono irresistível que pode durar de 2 a 3 horas, do qual desperta nas suas condições normais, sentindo apenas cansaço e dores musculares. As convulsões podem se repetir a intervalos muito irregulares, desde vários ao dia, até 1 ou 2 ataques por ano. Algumas vezes podem ocorrer apenas durante a vigília ou o sono, apenas no período menstrual ou serem desencadeados por estímulos físicos (como a estimulação luminosa intermitente), psíquicos (como diferentes situações de “stress” emocional) ou ingestão exagerada de bebidas alcoólicas, interrupção do uso dos medicamentos antiepiléticos, falta das horas habituais de sono ou mesmo processos infecciosos febris, não-neurológicos, bem como episódios repetidos de vômitos ou diarreia.

A gravidade das epilepsias está relacionada ou a uma doença de base, responsável pelo mau prognóstico (doenças degenerativas progressivas, neoplasias malignas, lesões estáveis, porém muito extensas, secundárias a traumatismo de crânio ou infecções meningoencefálicas), ou então a determinados tipos de crises de aparecimento muito frequente e de difícil controle medicamentoso. Nos adultos esta situação está associada principalmente a crises epiléticas parciais complexas ou a uma encefalopatia epilética polifocal.

O perito, atento às novas orientações da CIF, utilizou o “Acróstico Avaliemos”, antes usado pelo INSS, demonstrando sua preocupação com os conceitos de deficiência e de incapacidade.

#### **B – Quanto ao observado na pericianda:**

Trata-se de criança surdo-muda, hiperagitada, exigindo uma atenção e paciência incomum, condição que não é o habitual entre as pessoas.

Para avaliação da deficiência, o INSS elaborou a OS nº 596/98, no qual foi idealizada uma tabela para quantificar o dano e conceder o benefício. Esta tabela se baseia no acróstico-avaliemos, conforme o exemplo abaixo:

Acróstico	Condição avaliada		Pontuação possível	Pontuação atribuída
A	APTIDÃO PARA O TRABALHO (0 ou 6)	SIM NÃO	0 6	6
V	VISÃO, AUDIÇÃO E PALAVRA (0 ou 3)	SEM ALTERAÇÕES COM ALTERAÇÕES (definitivas e sem possibilidades de correção)	0 3	3
A	ATIVIDADE DE VIDA DIÁRIA (0 a 6)	SEM ALTERAÇÕES – e sem necessidade de acompanhamento – mas com necessidade de acompanhamento  –Higiene COM ALTERAÇÕES – Alimentação –Vestuário	0 2  2 2 2	   2 2 2
L	LOCOMOÇÃO (0 a 6)	MARCHA LIVRE E NORMAL UTILIZAÇÃO DE ÓRTESE (bengala, muleta) UTILIZAÇÃO DE PRÓTESE DE MEMBRÓ INFERIOR UTILIZAÇÃO (definitiva) DE CADEIRA DE RODAS SEM NENHUMA POSSIBILIDADE DE LOCOMOÇÃO (imobilizado definitivo)	0 2 3 4 6	0
I	INSTRUÇÃO (0 ou 3)	COM ESCOLARIDADE SEM ESCOLARIDADE	0 3	3
E	EXCRETORES (0 ou 3)	NORMAIS SEM CONTROLE ESFINCTERIANO	0 3	0
M	MANUTENÇÃO PERMANENTE DE CUIDADOS MÉDICOS, DE ENFERMAGEM OU DE TERCEIROS (0 ou 3)	NÃO NECESSITA NECESSITA	0 3	3
O*	OLIGOFRENIA E DEFICIÊNCIA MENTAL (1 a 6)	LEVE MODERADA GRAVE (PROFUNDA)	1 4 6	4
S**	SÍNDROMES E QUADROS PSIQUIÁTRICOS (1 a 6)	LEVE (INICIAL) MODERADA GRAVE (DEFINITIVA)	1 4 6	1
TOTAL				26

Interpretação:

✓ Não há incapacidade apreciável	até 09 pontos
✓ Há incapacidade moderada	de 10 a 16 pontos
✓ Há incapacidade severa	de 17 a 23 pontos
✓ Há incapacidade extrema (profunda)	acima de 23 pontos

Este acróstico é um instrumento de orientação à análise médico-pericial. O acróstico com 17 pontos ou mais é sugestivo de concessão do benefício, mas se não obtiver 17 pontos e houver incapacidade para as atividades da vida diária e para o trabalho, concede-se o benefício. No caso *sub-judice*, a pontuação do examinado é de 26 (vinte e seis) pontos.

E conclui sua avaliação pericial da seguinte forma:

VI – CONCLUSÃO:

**Quanto ao diagnóstico:** surdo-mudez, oligofrenia leve.

**Quanto à etiologia:** Idiopática.

**Quanto à incapacidade:** A associação de surdo-mudez com oligofrenia, indiscutivelmente impõe uma incapacidade permanente total para o exercício de toda e qualquer atividade que garanta a subsistência. No momento, e por tempo indeterminado, a pericianda necessitará permanentemente da companhia de uma terceira pessoa.

Demonstra-se, assim, que a padronização dos instrumentais segundo os novos parâmetros da CIF não tardará a se concretizar no Juizado Especial Federal Cível de São Paulo.

Oportuno apresentarmos também uma avaliação médica, desta vez, elaborada por uma perita assistente técnica da autarquia previdenciária, que atuou no Juizado Especial Federal de São Paulo<sup>30</sup>.

Suas ponderações são relevantes neste trabalho, visto que seu posicionamento segue os padrões do INSS, no ofício de perita assistente técnica. Importa, aqui, examinar como a profissional se manifesta diante do quadro de pessoa portadora de deficiência e incapaz para a vida independente especialmente quando são abordados os novos conceitos da CIF.

[...] DISCUSSÃO

*De acordo com as informações relatadas, o documento médico apresentado e os dados obtidos ao exame físico, constato que o periciando:*

– É portador de insuficiência renal crônica terminal em tratamento hemodialítico, hipertensão arterial sistêmica e osteodistrofia renal. A lei orgânica de assistência social (LOAS) garante benefício à pessoa **portadora de deficiência** que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Define a pessoa

<sup>30</sup> BRASIL. São Paulo. Juizado Especial Federal de São Paulo. Processo nº 2006.63.01.064705-0.

portadora de deficiência como aquela que está **incapacitada para a vida independente e para o trabalho.**

Considerando-se as doenças diagnosticadas e as suas limitações, fica caracterizada a incapacidade para o exercício de atividade formal remunerada para manutenção do sustento desde o ano de 2003.

Não caracterizado comprometimento para realizar as atividades de vida diária, tem vida independente, não necessitando de supervisão ou assistência de terceiros para o desempenho de tais atividades, como alimentação, higiene, locomoção, despir-se, vestir-se, comunicação interpessoal, entre outras

De acordo com os arts. 3º e 4º do Decreto nº 3.298/99 que dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, o periciando **não se enquadra no critério médico do portador de deficiência.** (Anexo 1).

No laudo de avaliação de pessoa portadora de deficiência (acróstico AVALIEMOS), o periciando obtém um subtotal de 6 (seis) pontos que indica **não ser portador de deficiência** (Anexo 2).

#### CONCLUSÃO

CARACTERIZADA SITUAÇÃO DE INCAPACIDADE PARA O TRABALHO DESDE 2003.

NÃO CARACTERIZADA SITUAÇÃO DE DEPENDÊNCIA DE TERCEIROS PARA EXERCER ATIVIDADES DA VIDA DIÁRIA.

NÃO É PORTADOR DE DEFICIÊNCIA (DECRETO 3.298/99).

Finalmente, concluímos esta exposição avaliando a sentença de mérito prolatada nos mesmos autos:

[...] Trata-se de ação proposta por xxxxxxxxx em face do INSS, por meio da qual pleiteia a concessão do benefício assistencial ao deficiente previsto no art. 203, V, da Constituição Federal.

Devidamente citado, o INSS contestou requerendo a improcedência da ação.

#### **É o relatório. Fundamento e decido.**

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao julgamento de mérito.

O pedido é procedente.

O benefício de prestação continuada de um salário-mínimo foi assegurado pela Constituição Federal nos seguintes termos: *Art. 203 – A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...] 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.*

A Lei nº 8.742, de 07.12.93, que regulamenta a norma constitucional, estabelece em seu art. 20 os requisitos para a concessão do benefício:

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 por família a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes.

§ 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.

Assim, para a concessão do benefício assistencial é necessário estar demonstrada a qualidade de idoso ou deficiente daquele que o requer e a hipossuficiência econômica.

Com a edição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), passou a ser considerado idoso, para fins de concessão deste benefício, a pessoa com mais de 65 anos (art. 34).

No presente caso, o autor preenche os requisitos previstos na Lei.

O laudo pericial, elaborado por perito do Juízo, constatou a incapacidade total e permanente do autor. O laudo relata o seguinte:

*"No ano de 2000 realizou transplante renal que após 3 anos apresentou rejeição. Desde então, realiza sessões de 4 horas de hemodiálise, 3 vezes por semana, no Hospital do Rim/SP.*

*Refere várias internações por descompensação clínica e edema agudo de pulmão. Frequentemente tem cefaléia secundária ao aumento da pressão arterial sistêmica. Faz uso regular de medicação antihipertensiva.*

*Queixa-se de dor contínua nos joelhos com limitação dos movimentos, necessitando de uso frequente de analgésicos e antiinflamatórios".*

De acordo com o perito, o autor é "portador de insuficiência renal crônica terminal em tratamento hemodialítico, hipertensão arterial sistêmica e osteodistrofia renal".

Ainda que o perito tenha afirmado a existência de capacidade para os atos da vida diária, o que fez com que não enquadrasse o autor como deficiente, entendo, com fundamento no art. 436 do Código de Processo Civil, que o autor preenche o requisito da deficiência.

De acordo com a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, promulgada por meio do Decreto 3956/01, "O termo 'deficiência' significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social".

Ressalto que a Convenção, desconsideradas as divergências teóricas acerca de sua hierarquia constitucional em virtude do disposto no art. 5º, §2º, da Constituição Federal, tem ao menos *status* de lei ordinária, o que faz com que prevaleça sobre quaisquer decretos, além de ser lei posterior à Lei 8742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social).

Ainda que o autor tenha condições de se locomover, alimentar, vestir, depende, para sua sobrevivência, de realização de sessões de hemodiálise com duração de 4 horas, 3 vezes por semana, o que é indiscutivelmente uma limitação a atividades essenciais da vida diária.

O perito afirmou também que o autor é total e permanentemente incapacitado para o trabalho, desde 2003.

Se não existe capacidade para o trabalho e há uma limitação decorrente de 12 horas semanais de hemodiálise, além de todas as outras intercorrências relatadas pelo perito, entendo que está presente uma restrição física, de natureza permanente que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, o que caracteriza a deficiência, nos termos do art. 1º, da Convenção.

O requisito sócio-econômico também foi preenchido, pois o laudo social apontou para a condição de hipossuficiência econômica do autor.

O grupo familiar é composto pelo autor, seu pai e sua mãe. A renda mensal da família é de R\$ 366,24 provenientes do salário de funcionário público do pai do autor.

Portanto, a renda familiar per capita é de aproximadamente R\$122,00, o

que excede em muito pouco o valor de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo estipulado em lei.

Tomando em consideração os laudos mencionados (social e médico, com as ressalvas mencionadas), tenho por certo que o demandante detém os requisitos para a concessão do benefício assistencial, dada a sua deficiência e a condição de hipossuficiência econômica. Por todo o exposto, JULGO PROCEDENTE.

Resta saber, a partir do esboçado até o momento, de que forma a jurisprudência brasileira vem examinando as demandas das pessoas com deficiência que buscam o BPC como uma forma de garantirem minimamente sua saúde, dignidade e autonomia. Ou seja: em que medida o Poder Judiciário considera o princípio da necessidade social como um instrumento capaz de potencializar a eficácia do BPC?

Quais os critérios utilizados para assegurar a aplicação do preceito constitucional? A norma que positiva o BPC é observada como regra ou como princípio? Na presença do critério restritivo de renda, que alternativas tem encontrado o Poder Judiciário para garantir o acesso ao BPC? A decisão do Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 1.232-1/DF que considerou constitucional o § 3º, do art. 20 da LOAS (critério de renda) vem sendo observada sem restrições pelos Tribunais? As respostas a essas perguntas serão problematizadas no último item deste estudo que se propõe, a partir da análise da jurisprudência nacional, revelar as possibilidades e os desafios à plena eficácia do direito fundamental social que é o benefício de prestação continuada.

## **5.6 A jurisprudência brasileira frente à aplicação do princípio da necessidade social: desafios e possibilidades à garantia da eficácia da norma que define o direito ao benefício de prestação continuada**

Antes de verificar como o Poder Judiciário examina as demandas relativas ao BPC, necessário traçar brevemente algumas considerações acerca do seu papel como instância capaz de garantir a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Para compreender a questão recorre-se aos estudos de José Eduardo Faria (2005), que demonstram os desafios inerentes às transformações ocorridas no Poder Judiciário em função das novas responsabilidades sociais que lhe foram atribuídas a partir da Constituição de 1988.

Para tanto, necessário localizar a gênese dessa transformação no país, ocorrida a partir da transição do regime burocrático-autoritário após 1964 para

o regime democrático, em 1985. Segundo o autor, desde então,

[...] o Judiciário abandona seu comportamento algo tímido das décadas anteriores, passando a decidir de modo cada vez mais contundente contra um Executivo crescentemente intervencionista, obrigado a assumir funções inéditas e por vezes incompatíveis com a estrutura jurídico-política típica do Estado liberal (FARIA, 2005, p. 54-55).

A partir da redemocratização, se muitos juízes procuraram se valer do formalismo jurídico para exigir do setor público respeito aos mais variados direitos civis e políticos, outros deslocaram sua atuação para o campo socioeconômico. A preocupação destes últimos foi efetivar os novos direitos sociais consagrados pela Constituição (FARIA, 2005, p.55).

Conforme complementa Celso Fernandes Campilongo (2005, p.47), os direitos sociais agregam ao Estado de Direito um considerável aumento de complexidade. Se o sistema legal de garantias liberais era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais, “o modelo jurídico do Estado social é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca. Os direitos sociais lidam com uma seletividade inclusiva”. E, nesta direção, o autor acrescenta:

O desafio do Judiciário, no campo dos direitos sociais era, e continua sendo, conferir eficácia aos programas de ação do Estado, isto é, às políticas públicas, que nada mais são do que os direitos decorrentes dessa ‘seletividade inclusiva’ (CAMPILONGO, 2005, p.47).

A respeito do tema, esclarecedora a contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p.390) ao afirmar que, além de os órgãos do Poder Judiciário se encontrarem vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, compete-lhes, em função disso, o controle da constitucionalidade dos demais órgãos estatais.

Estudo de Alessandra Gotti Bontempo (2006, p.263), que examina os principais argumentos jurídicos desfavoráveis à justiciabilidade dos direitos sociais, constata quatro grandes obstáculos à sua efetivação pelo Poder Judiciário: “a) a sua desqualificação como direitos públicos subjetivos; b) a problemática da separação dos poderes; c) a intangibilidade da discricionariedade administrativa; e d) a necessidade de previsão orçamentária [...]”.

Existe no âmbito do Poder Judiciário, posicionamentos distintos

quando estão em foco os direitos sociais prestacionais. Nesse sentido pode-se questionar, como o faz José Eduardo Faria (2005, p.12), se as posturas adotadas refletem uma concepção do direito como uma simples técnica de controle e de organização social ou se denotam uma concepção do direito como um instrumento de correção das desigualdades. No mesmo sentido, assinala o autor (FARIA, 2005, p.111):

Se toda a corporação judicial não renovar sua cultura técnico-profissional, permanecendo atrelada a uma visão de mundo liberal-clássica, sem compreender que quanto mais programáticas forem as normas de direitos sociais, maior é o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais, o Judiciário corre o sério risco de ver a ordem jurídico-positiva fragmentada e despedaçada por uma sociedade dividida, contraditória e explosiva; uma sociedade que, nos segmentos mais desfavorecidos, não tem achado socorro tanto na Constituição quanto na imensa profusão de leis e códigos em vigor.

Ainda que não se pretenda discutir profundamente a função social do Poder Judiciário nesse novo contexto, é no âmbito desse debate, que será possível examinar o seu posicionamento no sentido de imprimir a maior eficácia possível ao Benefício de Prestação Continuada (BPC) devido às pessoas com deficiência. Considerando o princípio da necessidade social como um instrumento capaz de afiançar esse direito fundamental social prestacional, cabe questionar como o Poder Judiciário vem analisando as controvérsias envolvendo o acesso ao BPC. Que critérios, então, são adotados pelos magistrados, em face de demandas dessa natureza?

A análise da jurisprudência sobre a matéria revela contradições e tendências que ensejam uma leitura atenta e cuidadosa para estabelecermos algumas conclusões.

Destaca-se o debate em torno da constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS, que, ao regulamentar o direito ao benefício, determinou como incapaz de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família, aquele cuja renda mensal *per capita* seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo. Motivo de grandes controvérsias, esse critério originou uma série de posicionamentos favoráveis e contrários à sua constitucionalidade. Deles extraem-se pontos fundamentais referentes à ADIn nº 1.232, do Distrito Federal, que declarou a constitucionalidade do dispositivo (Lei nº 8.742/93, art. 20, § 3º), portanto, plenamente válido.

A tese de inconstitucionalidade desse dispositivo foi afastada pelo

Supremo Tribunal Federal ao julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador Geral da República, conforme o informativo 120 do Supremo Tribunal Federal:

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93, que prevê o limite máximo de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo de renda mensal *per capita* da família para que esta seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, para efeito de concessão de benefício previsto no art. 203, V, da Constituição Federal [...] Refutou-se o argumento de que o dispositivo impugnado inviabilizaria o exercício do direito ao benefício, uma vez que o legislador pode estabelecer uma hipótese objetiva para efeito da concessão do benefício previdenciário, não sendo vedada a possibilidade do surgimento de outras hipóteses, também mediante lei. Vencidos, em parte, os Min. Ilmar Galvão, relator, e Néri da Silveira, que emprestavam à norma objeto da causa interpretação conforme a CF, segundo a qual não ficam limitados os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso. ADIn 1.232-DF, rel. Min. Ilmar Galvão, red. p/ acórdão Min. Nelson Jobim, 27.8.98.

O julgamento da ADIn ficou assim ementado:

Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do art. 203, V, da Constituição Federal. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta a lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo a pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. Ação julgada improcedente. (DJ 01. 06. 2001)

Por outro lado, conforme esclarece José Renato Rodrigues (2006, p.3), outros julgadores “não reconhecem, sabiamente, a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº-8.742/93”. Contudo, ao constatar que o autor precisa do benefício assistencial e que a sua concessão esbarra na literalidade da renda *per capita* não superior a  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo, esses julgadores adotam outros critérios não previstos na Lei nº8.742/93 para aferir a renda. Esses critérios, de cunho subjetivo, conforme leciona José Renato Rodrigues, são utilizados para enquadrar o caso concreto no dispositivo em questão e, por consequência, levam os julgadores a concederem o benefício assistencial. Nesse sentido, veja-se a decisão monocrática do Ministro Paulo Medina, do Superior Tribunal de Justiça:

[...] A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência. Além do mais, o preceito contido no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no art. 203, V da Magna Carta. O julgador não é impedido de usar outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor (RODRIGUES, 2005, p.4).

Observemos também entendimento mais recente do Superior Tribunal de Justiça:

[...]

1. A Terceira Seção deste Superior Tribunal, no âmbito da Quinta e da Sexta Turma, consolidou entendimento de que a comprovação do requisito da renda familiar *per capita* não-superior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo não exclui outros fatores que tenham o condão de aferir a condição de miserabilidade da parte autora e de sua família, necessária à concessão do benefício assistencial [...]. (AgRg no REsp 529928) (BRASIL, STJ, 2006).

Saliente-se, ainda, que a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, compartilhando esse posicionamento, editou a Súmula nº 11:

A renda mensal, *per capita* familiar, superior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão de benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.

Essa súmula, todavia, foi revogada, por unanimidade, na terceira sessão ordinária da Turma Nacional, realizada em 24 de abril de 2006.

Cabe, ainda, destacar a mais recente manifestação da Suprema Corte a respeito do tema, a demonstrar que a discussão a respeito da renda *per capita* ainda não está consolidada, haja vista os valores maiores envolvidos, notadamente, o da dignidade da pessoa humana, cujo peso ainda provoca desequilíbrio na balança da justiça.

Relevante, nesse contexto, a decisão do Supremo Tribunal Federal, de 18 de abril de 2013, ao apreciar a Reclamação (RCL) número 4.374<sup>31</sup>, proposta pelo INSS, cujo objetivo era suspender um benefício assistencial (BPC) pago a um trabalhador rural de Pernambuco, concedido pela Turma Recursal dos Juizados

<sup>31</sup> Nesse julgado, o INSS alegou afronta ao decidido, pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232, em 1998, ocasião em que os integrantes da Corte consideraram constitucionais os critérios estabelecidos no art. 3º, da Lei 8.743/93, no que tange à exigência da comprovação da renda mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. O Relator, Ministro Gilmar Mendes, defendeu em seu voto a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal 'exercer um novo juízo' sobre aquela ADI, ponderando que a Corte, nos dias atuais, seguramente não decidiria como tal, ao argumento de que, nos últimos anos, ocorreu uma proliferação de leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, a exemplo da Lei nº 10.836/2004, que criou a Bolsa Família, a Lei nº 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação e a Lei nº 10.219/2001, que criou a Bolsa Escola. Todavia, apesar de a reclamação ter sido considerada improcedente por maioria e a relatoria haver estabelecido para que o Congresso Nacional elaborasse nova regulamentação sobre a matéria, mantendo-se as regras atuais até 31 de dezembro de 2015, tal modulação não alcançou a adesão de dois terços dos ministros. Apenas quatro ministros acompanharam o voto do Relator: Rosa Weber, Carmen Lúcia e Celso de Melo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2014.

Especiais Federais daquele Estado. A decisão sinaliza para uma melhor compreensão do instituto do BPC, cujas críticas aqui apresentadas parecem ter produzido eco. Debruçando-se sobre o tema da renda *per capita*, a Corte Suprema declarou inconstitucionais tanto o art. 3º, da Lei nº 8.742/93, que prevê como um dos requisitos para a concessão do BPC a renda familiar mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo – por considerar esse patamar defasado para caracterizar condição de miserabilidade – como também o art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, que exclui do cálculo da renda um BPC concedido a outro integrante da mesma família.

Evidentes as contradições durante a análise dos pleitos ao BPC. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal sustenta a constitucionalidade da Lei nº 8.742 (art.20, §3º); no Superior Tribunal de Justiça há manifestações argumentando que a análise do critério de renda não é suficiente para verificar a necessidade social do requerente ao BPC, o que exige verificar outros elementos na apreciação desse pleito; o mesmo ocorre na Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais até 2006.

Em que pese ser o foco central deste estudo a discussão sobre a concessão do BPC a pessoas deficientes, a discussão jurisprudencial da renda *per capita* foi abordada apenas subsidiariamente.

A observação do requisito da incapacidade para analisar o direito ao BPC demonstra as dificuldades e as restrições impostas pelo órgão operacionalizador do benefício para viabilizar sua concessão.

Acórdãos selecionados para examinar esse requisito revelam o quanto os juízes vêm se esforçando para assegurar o respeito aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana aos portadores de deficiência, observado o princípio da segurança jurídica.

A jurisprudência pátria vem se consolidando para a concessão do BPC à pessoa deficiente, visto que a incapacidade não pode ser considerada apenas para inaptidão à prática dos atos da vida independente, mas também para o trabalho, a fim de prover o próprio sustento.

Como exemplos, citemos posicionamentos adotados pelo TRF's, visando rechaçar conceituações restritivas de deficiência, como a decisão do TRF das 1ª Região:

A incapacidade para a vida independente deve ser entendida não como falta de condições para as atividades mínimas do dia a dia, mas como a ausência de meios de subsistência, visto sob um aspecto econômico, refletindo na possibilidade de acesso a uma fonte de renda. [...] (TRF1, AC 200801990134355, Processo: 2008019034355/GO. Segunda Turma. J. 26/11/2008 e-DJF1 05/03/2009, p.186)

Acompanhando esse entendimento, pronunciou-se o desembargador Federal Abel Gomes, do TRF da 2ª Região:

[...] Acrescente-se que a incapacidade para a vida independente de que trata a LOAS tem a ver com o próprio sustento material, pois se trata de norma que visa à prestação da assistência social, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II, da Constituição Federal), e no caso, a Autora não pode trabalhar e necessita de ajuda de terceiros, como afirma na inicial, sendo de se concluir que não tem total autonomia para as tarefas da vida diária, principalmente as que exigem esforço físico. [...] (TRF2, AC 389794, Processo 200151100039240/RJ. Rel. Desembargador Federal Abel Gomes, Primeira Turma Especializada, j. 11/12/2007, DJU 04/03/2008, p. 176) (BRASIL, TRF1, 2008).

Destacamos também da decisão proferida pela desembargadora federal Mônica Nobre, do TRF da 3ª Região, o trecho abaixo:

[...] Afigura-se deficiente, para efeitos de concessão deste benefício, a pessoa considerada incapaz para a vida independente ou para o trabalho. Conforme previsão expressa do parágrafo 6º do art. 20 da Lei Orgânica, a constatação da deficiência dependerá de uma avaliação médica realizada por médicos peritos do INSS, a qual será consubstanciada no competente laudo pericial.

– Cuidando o benefício previsto pela LOAS da proteção social de atendimento a pessoas incapazes de sobreviver sem a ação do Estado, a incapacidade para a vida independente há de ser entendida em consonância com o princípio da dignidade humana e com os objetivos da assistência social: esta incapacidade se revela com a impossibilidade do necessitado, sem o amparo de alguém, de prover ao próprio sustento.

– Os preceitos citados, no que concerne ao conceito de deficiente, encontram-se em consonância com a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificada pelo Decreto-legislativo 186/2008 e promulgada pelo Decreto Presidencial 6.949/09, internalizada com status constitucional, conforme art. 5º, § 3º, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88. É o que se observa do art. 16, do Decreto 6.214/07.[...] (TRF3, AC-1238004, 0041258-97(2007.4.03.9999-SP), Sétima Turma, DJ 09/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2013) (BRASIL, TRF3, 2013)

Nos trechos de voto proferido pelo TRF da 4ª Região, o julgador sustenta, inicialmente, a improcedência de um conceito restritivo de deficiência:

A Constituição Federal, ao instituir o benefício, remete sua regulação à lei (conforme dispuser a lei, parte final do art. 203,V). No entanto, conquanto seja atribuída à lei regular, concretizar, conformar, configurar ou organizar o direito à percepção do benefício da pessoa portadora de deficiência que não

tenha condições de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, não pode, nesse desiderato, estabelecer um conceito restritivo de deficiência, por várias razões (APELAÇÃO CÍVEL nº 2001.70.04.000617-2/PR) (BRASIL, TRF4, 2007).

De forma contínua, na mesma decisão, expressa o magistrado:

Em primeiro lugar, da análise da norma constitucional, verifico que consta o comando de que a assistência social será prestada a quem dela necessitar, o que demonstra inequivocamente a intenção constitucional de ampliação do conjunto de beneficiários da assistência social. Em linha de consequência, tal dispositivo (art. 203) serve como princípio hermenêutico ou, se se preferir, como linha orientadora na interpretação dos demais dispositivos relativos à assistência social, entre os quais o do inciso V do mesmo artigo. Daí podemos inferir uma primeira conclusão, a de que se deve interpretar a locução pessoa portadora de deficiência (art. 203, V) em um sentido amplo, jamais restritivo.

Em segundo, em sua importante missão de integrar a norma constitucional, não dispõe o legislador de liberdade plena. Ao revés, está limitado pelos preceitos da própria norma constitucional, sob pena de, a não ser assim, esvaziá-la de conteúdo.

[...]

Em terceiro, trata-se aqui de um direito fundamental, não só porque o art. 6º da Constituição Federal inclui entre os direitos sociais a assistência aos desamparados, mas principalmente porque o art. 203, V, consagra expressa e cristalinamente a garantia (*rectius*: o direito) de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e a o idoso que se encontrem em situação de desamparo. [...] (APELAÇÃO CÍVEL nº 2001.70.04.000617-2/PR) (BRASIL, TRF4, 2007).

Incontestável a preocupação do juiz no sentido de buscar a maior eficácia possível à norma que estabelece o BPC. Em sintonia com o mandamento constitucional que prevê esse direito social prestacional aos que dele necessitam, e à legislação protetiva das pessoas portadoras de deficiência, os argumentos das decisões apresentadas permitem observar a importância dos tribunais para assegurar uma postura ativa do Poder Público no atendimento às necessidades desse segmento populacional.

Por outro lado, destacamos da mesma decisão, os argumentos em defesa da tarefa do legislador visto que este se vincula, obrigatoriamente, ao texto constitucional, dele não podendo se afastar:

A doutrina constitucional, nacional ou estrangeira, é torrencial no sentido de que o legislador, em sua tarefa de concretização, está obrigatoriamente vinculado, antes de mais nada, ao texto constitucional, ou, em outras palavras, o texto constitucional limita a interpretação feita pelo legislador ao concretizar a norma constitucional [...]. Em consequência, o legislador encontra-se vinculado ao conteúdo constitucionalmente declarado dos direitos fundamentais, e se se aparta deste, cabe ao juiz protegê-lo, com o que é o juiz e não a lei a garantia última dos direitos [...] (APELAÇÃO CÍVEL nº 2001.70.04.000617-2/PR) (BRASIL, TRF4, 2007).

Ao se referir aos princípios da seguridade social, a decisão professa:

[...] a impossibilidade de a lei estabelecer um conceito restritivo de deficiência é reforçada em razão de um dos objetivos constitucionais que devem servir de base à organização da seguridade social: o de universalidade da cobertura e do atendimento (Constituição Federal, art. 194, parágrafo único, I). Ora, se se exigisse que para perceber o benefício assistencial deveria a pessoa ser portadora de deficiência que a incapacitasse não só para o exercício de atividade laboral, como para todos os atos da vida, a pessoa que se subsumisse na primeira hipótese (deficiência incapacitante para o trabalho) mas não na segunda (deficiência incapacitante para todos os atos da vida) ficaria completamente desprotegida da seguridade social – pois, evidentemente, não teria condições de ser segurado da previdência social –, em afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, art. 1º, III), ao objetivo da seguridade social de universalidade da cobertura e do atendimento (Constituição Federal, art. 194, parágrafo único, I) e à ampla garantia de prestação da assistência social (Constituição Federal, art. 203) (APELAÇÃO CÍVEL nº 2001.70.04.000617-2/PR) (BRASIL, TRF4, 2007).

Adiante, o posicionamento do magistrado em favor dos preceitos constitucionais:

Por todo o exposto, a exigência, para a percepção do benefício, de ser a pessoa incapaz para a vida independente, se entendida como incapacidade para todos os atos da vida, não se encontra na Constituição. Ao contrário, tal exigência contraria o sentido da norma constitucional, seja considerada em si, seja em sintonia com os demais princípios e objetivos constitucionais acima analisados. Se aquela fosse a interpretação para a locução incapacitada para a vida independente, constante do art. 20 § 2º, da Lei 8.742/93, o legislador teria esvaziado indevidamente o conteúdo material do direito fundamental da pessoa portadora de deficiência, deixando fora do seu âmbito uma ampla gama de pessoas portadoras de deficiência incapacitante para o trabalho, e, em consequência, incorreria em inconstitucionalidade.

Assim, a incapacidade para a vida independente a que se refere a Lei 8.742/93 deve ser interpretada de forma a garantir o benefício assistencial a uma maior gama possível de pessoas portadoras de deficiência [...] (APELAÇÃO CÍVEL nº 2001.70.04.000617-2/PR) (BRASIL, TRF4, 2007).

Na mesma linha, a decisão abaixo destaca o entendimento do tribunal no sentido de serem adotados critérios mais amplos ao considerar a incapacidade do postulante ao BPC:

[...] A "incapacidade para a vida independente" é um signo que deve ser inteligido na extensão do significado de que é ancilar, isto é, da impossibilidade de uma pessoa portadora de deficiência em prover a própria manutenção; logo, não pode ser reduzida à mera necessidade de ajuda que essa possa, eventualmente, apresentar para se desincumbir daquilo que aos outros é mera rotina.

Com efeito, calha rememorar-se, em abono a essa compreensão, que a hermenêutica aplicável às políticas públicas voltadas à pessoa portadora de deficiência foi delimitada pela Lei 7.853/89 (regulamentada pelo Decreto 3.298/99) nestes termos:

*Art. 1º Ficam estabelecidas normas gerais que asseguram o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de*

*deficiências, e sua efetiva integração social, nos termos desta Lei.*

*§1º Na aplicação e interpretação desta Lei, serão considerados os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito.*

*§2º As normas desta Lei visam garantir às pessoas portadoras de deficiência as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento e das demais disposições constitucionais e legais que lhes concernem, afastadas as discriminações e os preconceitos de qualquer espécie, e entendida a matéria como obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade (grifos do signatário) (APELAÇÃO CÍVEL nº 2004.71.14.001047-4/RS) (BRASIL, TRF4, 2007).*

Vê-se, no pleito em exame, a observância da legislação que disciplina as normas gerais asseguradoras dos direitos das pessoas com deficiência. Inclusos nesses direitos estão o respeito à dignidade desse segmento, a preocupação visando afastar discriminações e preconceitos que podem atingi-los. Ressalta-se, ainda, o respeito às normas internacionais que igualmente buscam amparar as pessoas com deficiência.

[...] Ademais, considerando que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo 198/01 e promulgada pelo Decreto 3.956 do mesmo ano, estimo ser imperioso observar o disposto naquele ato normativo:

*2. Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência;*

*a) o termo 'discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência' significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais. (APELAÇÃO CÍVEL nº 2004.71.14.001047-4/RS ) (BRASIL, TRF4, 2007).*

A decisão remete ainda a um dos princípios basilares da LOAS:

[...] Não é outra, por fim, a dicção da própria Lei 8.742/93:

Art. 4º – A assistência social rege-se pelos seguintes princípios: I a II – omissis;

III – respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade; IV a V – omissis." (o destaque não consta no original) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.71.14.001047-4/RS ) (BRASIL, TRF4, 2007)

Portanto, as sentenças que discutem o requisito da incapacidade do postulante ao BPC demonstram a sensibilidade dos magistrados imbuídos dessa nova cultura jurídica, conforme aponta José Eduardo Faria (2005). Recolhe-se da

mesma decisão um trecho que reitera a preocupação do magistrado em contemplar o posicionamento dos tribunais pátrios na perspectiva de ampliar o conceito restritivo ao definir quem é o incapacitado habilitado ao BPC. É oportuno esse posicionamento por revelar que a eficácia da norma que dispõe sobre o BPC precisa ser interpretada de modo a favorecer a garantia desse direito fundamental às pessoas com deficiência. De outra maneira, ou seja, sem o recurso aos Tribunais, muitas pessoas ficariam à mercê do Poder Executivo, que se limita a adotar critérios excludentes na análise de demandas dessa natureza.

Louvável, portanto, a posição do TRF da 4ª Região:

[...] Por isso, o Tribunal tem firme posição no sentido de que a incapacidade para a vida independente (a) não exige que a pessoa possua uma vida vegetativa ou que seja incapaz de locomover-se; (b) não significa incapacidade para as atividades básicas do ser humano, tais como alimentar-se, fazer a higiene e vestir-se sozinho; (c) não impõe a incapacidade de expressar-se ou de comunicar-se; (d) não pressupõe dependência total de terceiros; (e) apenas indica que a pessoa portadora de deficiência não possui condições de autodeterminar-se completamente ou depende de algum auxílio, acompanhamento, vigilância ou atenção de outra pessoa, para viver com dignidade (AC 2005.04.01.015590-7, 6ª Turma, Rel. Des. Federal Luís Alberto D' Azevedo Aurvalle, DJU 27-7-2005, AC 2002.71.04.000395-5/RS, 6ª Turma, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira, DJU 19-4-2006, AC 2003.04.01.027597-7/PR, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Celso Kipper, DJU 14-6-2006 e AC 2000.71.12.003233-1, 5ª Turma, Rel. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus, DJU 12-7-2006). O entendimento coaduna-se com o do Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ART. 20, § 2º DA LEI 8.742/93. PORTADOR DO VÍRUS HIV. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO OU DE TÊ-LO PROVIDO PELA FAMÍLIA. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A CAPACIDADE PARA A VIDA INDEPENDENTE BASEADO APENAS NAS ATIVIDADES ROTINEIRAS DO SER HUMANO. IMPROPRIEDADE DO ÔBICE À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. RECURSO DESPROVIDO. [...] (RESP 360.202, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 01-7-2002) (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.71.14.001047-4/RS) (BRASIL, TRF4, 2007)

Desnecessário ressaltar a pertinência dessa análise para demonstrar as possibilidades de interpretação da norma constitucional de modo a favorecer os hipossuficientes. É neste sentido que a norma definidora do direito prestacional ao BPC possui, como direito fundamental que é, eficácia plena e aplicabilidade imediata. Mesmo considerada por muitos doutrinadores – alguns foram aqui destacados – como norma de eficácia contida (visto estar inserida fora do catálogo dos direitos fundamentais), pelo exposto é evidente que a norma definidora do BPC, a considerar a intenção do legislador constitucional, deveria ter sido respeitada pelo legislador infraconstitucional de modo a dar oportunidade de acesso ao benefício ao maior número de pessoas que dele necessitam. O critério restritivo para conceituar

deficiência, além da aferição de renda e sua aplicação rigorosa pela instância que operacionaliza o BPC demonstram a lamentável situação a qual muitos idosos e deficientes estão sendo submetidos para comprovarem as suas precárias situações de vida.

É por meio de uma interpretação conforme a Constituição, no sentido defendido por J.J. Gomes Canotilho (2006), que podemos afiançar a satisfação de necessidades básicas aos cidadãos dependentes de prestações estatais para viverem dignamente.

Na dicção de Luis Roberto Barroso (2006, p.111), a Constituição não delega ao legislador competência para conceder determinado direito, porque é ela própria que o concede. Segundo o autor, direito é direito e não pode o Poder Judiciário negar-lhe tutela, argumentando não ser ele exigível. Não é o que ocorre, ao menos no âmbito do tribunal observado. Ao contrário, o princípio da necessidade social para embasar as ações relativas ao BPC revela que há alternativas; respeitando a lei em sua dimensão objetiva, elas podem ser adotadas em prol dos hipossuficientes, como o são, em maioria, os postulantes ao BPC.

É com esse espírito que os tribunais estão dando uma nova interpretação ao requisito da incapacidade ao pretendente ao BPC. Veja-se, a propósito, a polêmica sobre a concessão de benefício assistencial ao hipossuficiente detentor de incapacidade parcial.

O cerne está na redação original da Lei nº 8.742/93, art. 20, § 2º: “Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”.

Ocorre que a Lei nº 12.470/2011 deu uma nova definição à deficiência, nos seguintes termos:

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem 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 igualdade de condições com as demais pessoas.

Assim, no julgamento da APELREEX 2006.61.08010257-0, pelo TRF da 3ª Região, foi ementado:

DIREITO ASSISTENCIAL. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CF/88. INCAPACIDADE FÍSICA TOTAL E PERMANENTE PARA O TRABALHO NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA CONCESSÃO DO AMPARO.[...]

Ausência de requisito para a implementação do benefício de amparo assistencial: não demonstrada a incapacidade total e permanente para a vida diária e para o trabalho. Laudo médico-pericial concluindo pela incapacidade parcial e temporária do autor [...]. Apelação provida para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido (AMADO, 2014, p.69).

Duas críticas poderiam ser feitas a essa decisão: o critério adotado para conceituar incapacidade não é apropriado para o benefício assistencial, uma vez que não se trata de um benefício permanente; a condição do hipossuficiente deverá ser reavaliada no interregno de dois anos. Também seria possível alegar que o BPC tem uma função social de amparo ao desassistido, tendo em vista a dignidade humana.

Em sentido oposto, o TRF da 5ª Região se pronunciou sobre a incapacidade laborativa parcial<sup>32</sup>:

PREVIDENCIÁRIO. AMPARO SOCIAL. INCAPACIDADE PARCIAL PARA O TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE DE REINserÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. REQUISITO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREENCHIDOS.[...] 3. A apreciação conjunta do resultado da perícia realizada por vistor do juízo e das demais provas carreadas para os autos deixam claro que a apelada não tem capacidade para as atividades da vida independente nem para o exercício de atividades laborativas que demandam esforço físico, privando-a, de acordo a sua realidade sócio-econômica e cultural, de reintegração ao mercado de trabalho. [...] Remessa oficial parcialmente provida e apelação improvida. (AMADO, 2014,p.69-70)

Conforme avalia Frederico Amado (2014, p.70), à luz da Lei nº 12.470/11, a mera incapacidade laborativa não permite perceber o benefício assistencial tendo em vista a possibilidade de o requerente exercer atividades laborativas compatíveis com suas restrições, respeitadas as suas limitações. “Aliás, é preciso que a situação seja analisada à luz da nova definição de deficiente”.

Apesar dessa crítica, a Turma Nacional de Uniformização, no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal, assim se pronunciou<sup>33</sup>:

EMENTA–VOTO PREVIDENCIÁRIO. LOAS. INCAPACIDADE PARCIAL E TEMPORÁRIA. AVALIAÇÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS. PRECEDENTES DA TNU. 1. “O art. 20 da Lei nº 8.742/93 não impõe que somente a incapacidade permanente, mas não a temporária, permitiria a concessão do benefício assistencial, não cabendo ao intérprete restringir onde a lei não o fez, mormente quando em prejuízo do necessitado do

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível nº 20070-5990031685, de 03.06.2008.

<sup>33</sup> BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. PEDILEF 0013826-53.2008.4.01.32.00, de 29.02.2012.

benefício e na contramão da sua *ratio essendi*, que visa a assegurar o mínimo existencial e dignidade da pessoa”. (PEDIEF 200770530028472, Rel. Juiz Federal Manoel Rolim Campbell Pena, Data da Decisão 13/09/2010. DOU 08/02/2011, Seção 1). 2. Esta Eg. TNU também já assentou que “a transitoriedade da incapacidade não é óbice à concessão do benefício assistencial, visto que o critério da definitividade não está previsto no aludido diploma legal. Ao revés, o art. 21 da lei corrobora o caráter temporário do benefício em questão, ao estatuir que o benefício ‘deve ser revisto a cada 2 (dois) anos para a avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem’”. (PEDILEF nº 200770500108659 – Rel. Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port – DJ de 11/03/2010. 3. “Resta assente que este conceito de capacidade para a vida independente não está adstrito apenas às atividades do dia-a-dia, vez que não se exige que o(a) interessado(a) esteja em estado vegetativo para obter o Benefício Assistencial. Dele resulta uma exigência de se fazer uma análise mais ampla das suas condições pessoais, familiares, profissionais e culturais do meio em que vive para melhor avaliar a existência ou não dessa capacidade”. (PEDILEF 200932007033423, Rel. Juiz Federal Paulo Ricardo Arena Filho. Data da Decisão 05/05/2011. Fonte/Data da Publicação DOU 30/08/2011). 4. Pedido conhecido e improvido. (AMADO, 2014, p.70)

Após 30 dias desse julgado, a TNU editou a Súmula 48: “A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada”.

Em entendimento contrário ao teor da súmula, Frederico Amado afirma que a TNU analisou com base na legislação revogada pelas Leis nº 12.435 e nº 12.470, ambas de 2011, que alteraram dispositivos da Lei nº 8.742/93, no que diz respeito à definição de deficiência, que deixou de ser incapacidade para o trabalho e vida independente e passou a ser aquela que provoca impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Todas elas, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas ocasionando impedimentos de longo prazo, como aqueles que produzem efeitos por, no mínimo, dois anos. (AMADO, 2014, p.71).

Em que pesem as ressalvas, a ninguém é dado o direito de descumprir a lei ao argumento de desconhecê-la, nos exatos termos do art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Ademais, cabe ao Poder Judiciário guardar a Constituição, cientes os julgadores da edição das leis ordinárias.

E, se alegado um conflito aparente de normas, será resolvido pela aplicação dos princípios, notadamente da necessidade social. Conforme reiteradamente defendemos neste trabalho, trata-se de um direito fundamental o direito ao benefício assistencial, especialmente quando se trata do deficiente cujos ordenamentos jurídicos encontram-se abalizados com a Convenção sobre os

Direitos das Pessoas com Deficiência.

Na ausência de um posicionamento coerente e favorável ao atendimento das necessidades sociais, tanto pelo legislador como pelo Poder Executivo, compete aos tribunais assegurar o respeito aos direitos consagrados pela Constituição. No caso do BPC, o princípio da necessidade social está inscrito na Constituição e na LOAS. Sua observância amplia o contingente de beneficiários do BPC e, por consequência, as possibilidades de um número maior de cidadãos viverem com dignidade.

O BPC minimiza algumas dessas dificuldades. Por si só, contudo, não é capaz de saná-las. Nem por isso, pode ser dispensado. Ao contrário, é um dos mais importantes mecanismos de garantia de renda para as pessoas idosas e para aquelas com deficiência que dele dependem para sobreviver. Como parte integrante do sistema de proteção social brasileiro, é inequívoca sua capacidade de afiançar a cidadania. Não são poucos, porém, os desafios para reconhecê-lo como um direito fundamental social prestacional. Se a doutrina pesquisada revela as polêmicas que cercam os direitos sociais, a jurisprudência, da mesma forma, traduz os difíceis caminhos a serem percorridos por aqueles que buscam o direito social ao BPC. Isto, porque, nem mesmo a previsão constitucional garante o acesso irrestrito a todos que dele necessitam.

As exigências para cumprir os requisitos necessários à concessão do BPC e a trajetória percorrida da via administrativa à judiciária e vice-versa, para quiçá obter o benefício, chegam a ser desumanas. Em se tratando de pessoas com deficiência, o caminho é ainda mais árduo porque, além de comprovarem sua miserabilidade, precisam demonstrar incapacidade. Há alternativas para viabilizar esse direito e o Poder Judiciário vem demonstrando que uma das mais relevantes consiste em respeitar o princípio da necessidade social. Atender a esse princípio é o requisito para alcançar o princípio maior da dignidade da pessoa humana. São as condições de vida, portanto, mais do que os critérios objetivos de renda, que podem garantir uma apreciação justa das demandas relacionadas ao BPC.

De outra forma, como acreditar no alcance do objetivo de erradicar a pobreza e de reduzir as desigualdades sociais, conforme expresso no art. 3º, III, da Constituição Federal?

Em relação aos direitos sociais prestacionais vinculados a um Estado que deve ser, ao mesmo tempo, social, democrático e de direito, acionar esses

direitos perante o Poder Judiciário, quando os demais poderes os negligenciam, encontra – como é facilmente dedutível – numerosos obstáculos.

Quanto aos direitos prestacionais à saúde e à educação, por exemplo, há de certa forma, uma cultura predominantemente favorável à sua concretização. Quem ousaria questionar o direito à saúde ou o direito à educação? Afinal, são considerados valores positivos em qualquer sociedade. Mas, quando o assunto é a prestação da assistência social, o consenso certamente não é o mesmo. Isso porque o direito à assistência social, recentemente inserido na Constituição de 1988, desde tempos remotos é percebido como um valor negativo. Ainda prevalece o equívoco de considerar aqueles que buscam essa proteção social como pessoas “preguiçosas”, despreocupadas com emprego e trabalho, ou pedintes oportunistas que pretendem, sob a tutela do Estado, garantir sua sobrevivência.

Implícito no direito à assistência social está o direito ao atendimento de necessidades humanas básicas, condição necessária ao alcance do próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. No Brasil, o contingente de “desamparados” é cada vez mais expressivo.

Oportuna, nessa direção, a lição de Paulo Gilberto Cogo Leivas (2006, p.116) ao afirmar:

[...] o que é relevante é a situação de necessidade pela qual passa o indivíduo e a urgência da prestação social para satisfazer essa necessidade. A qualificação do indivíduo como marginalizado ou excluído socialmente é um dado secundário, uma vez que, mesmo indivíduos em situação econômica razoável, podem abruptamente ser desprovidos de todos os recursos, como, por exemplo, em situações de calamidades e catástrofes naturais.

Conforme notamos, embora grandes polêmicas em torno do BPC se relacionem à renda *per capita* privilegiou-se, primordialmente, a incapacidade, como demonstram a predominância dos excertos jurisprudenciais alusivos aos postulantes portadores de deficiência.

Essa incapacidade é bastante questionada pelo INSS, ou seja, o próprio órgão responsável pela garantia do direito cria toda série de obstáculos para limitar o seu acesso. Daí a função do Poder Judiciário se tornar ainda mais relevante.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo da presente dissertação foi discorrer sobre a efetividade da concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), da Assistência Social, especialmente ao deficiente, buscando enquadrá-lo como um direito fundamental. Isto, porque, a assistência social, como um direito social (Título II – Das Garantias Fundamentais, art. 6º), atrelado aos postulados do Título VIII, que trata da Ordem Social e o art. 203, V, da Carta, tendo em vista que nesse dispositivo se concretiza a vontade do legislador constituinte ao idealizar o capítulo 6º, a tratar dos direitos fundamentais sociais.

Buscou-se demonstrar que as barreiras de acesso aos usuários estão diretamente relacionadas com o contexto sociopolítico verificado após o Estado Democrático de Direito, trazido pela Constituição Federal (e com ele o Estado Social). Observamos como o legislador ordinário afastou-se dos princípios constitucionais garantidores da erradicação da miséria, da assistência social aos necessitados, da garantia do mínimo existencial, tudo em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Destaque-se a relevância da teoria dos princípios do qual procurou-se extrair o conceito de necessidade social para esta pesquisa, uma vez que as condições mínimas de sobrevivência do ser humano importam na valorização de um valor maior, assegurado pela Constituição, que é a dignidade humana. Houve também a preocupação de realizar um debate sobre políticas públicas, uma vez que, no campo da seguridade social, a política pública da assistência social se sobressai como um instrumento de efetividade do benefício assistencial aos desamparados, com destaque aos deficientes.

Lançando mão da metodologia teórico-dogmática, procurou-se demonstrar por meio da análise doutrinária e jurisprudencial, restrita e objetiva, que o BPC se caracteriza como um direito fundamental, portanto, deve ser considerado um mínimo existencial capaz – ainda que não o seja na prática – de suprir todas as necessidades básicas elementares de um cidadão e oferecer o mínimo de dignidade e de possibilidade de sobrevivência aos indivíduos.

Nosso estudo sobre o BPC destacou a importância da prova pericial, consubstanciada nas avaliações médica e socioeconômica, tendo em vista a sua relevância para aferir os requisitos necessários à obtenção do benefício, segundo a

Lei nº8.742/93 e suas alterações posteriores.

Destaca-se, também, a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde (CIF), que trouxe alterações substanciais nos critérios de avaliação de incapacidade e deficiência ao constatar-se que não basta a avaliação médica identificar por meio da anamnese, a patologia incapacitante tão somente segundo os critérios da CID. É necessário considerar o contexto social no qual vive o hipossuficiente a fim de aferir a sua acessibilidade às políticas públicas, entre outros critérios inovadores quanto ao conceito de incapacidade e deficiência.

Assim, na introdução, propusemos responder a alguns questionamentos:

- 1 – se é o BPC um direito fundamental;
- 2 – como direito social, se estaria esse mínimo existencial condicionado ao princípio da reserva do possível;
- 3 – se a legislação infraconstitucional atende à vontade do legislador constitucional ao estabelecer os critérios para a concessão do benefício assistencial;
- 4 – o que se deve entender por deficiência e incapacidade, segundo o ordenamento jurídico e quais as barreiras de acesso às pessoas enquadradas nesse contingente;
- 5 – Que avanços/entraves podem ser aferidos após o CIF e sua internalização ao ordenamento jurídico pátrio.

Após um breve histórico de assistência social (capítulo 2), procurou-se explorar um pouco a teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, a fim de extrair o conceito de necessidade social, em torno do benefício caracterizado como um mínimo existencial, num contexto de política pública.

Diante desse cenário, discute-se o surgimento do Estado Democrático e Social de direito e os direitos fundamentais, no Brasil, com suporte na doutrina nacional e estrangeira, percorrendo os postulados das gerações (ou dimensões) do direito, a fim de classificar o instituto do BPC, como um direito mesclado entre segunda e terceira gerações por situar-se como um direito individual social e um direito coletivo sob o manto da solidariedade.

No capítulo 3, ao tratarmos dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, analisaremos as incongruências do legislador ordinário ao

regulamentar o instituto do BPC e praticar uma verdadeira cisão entre os enunciados do art. 6º em relação ao art. 203, V, de forma a descaracterizar a relação biunívoca entre eles. Dessa maneira, isolou de tal forma esse benefício que ficou a reboque de políticas oportunistas, considerado um “intruso” tal sua operacionalidade realizada pelo INSS, no qual prevalece a política protecionista majoritária aos beneficiários contribuintes (Regime Geral da Previdência) relegando o BPC à categoria de benefício assistencialista e caritativo.

Abordamos posteriormente o BPC com base na doutrina, segundo a eficácia dos direitos fundamentais sociais, ao confrontarmos o mínimo existencial e a reserva do possível. É o conteúdo do capítulo 4.

Na sequência (capítulo 5), situamos o BPC segundo o princípio da necessidade social, como um instrumento de proteção da dignidade da pessoa com deficiência. Daí a análise do BPC segundo a Constituição e sua regulamentação pelo legislador ordinário. Vimos ainda outros instrumentos normativos utilizados pelo órgão responsável pela operacionalidade do BPC a fim de contextualizar esses instrumentos à luz da Carta de 1988 procurando identificar a possibilidade de considerar o benefício sob a perspectiva de mínimo ou básico existencial segundo o princípio da dignidade da pessoa humana.

No mesmo capítulo, dissertamos o respeito do BPC segundo os critérios eleitos pelo legislador ordinário para concedê-lo como a renda *per capita* e a avaliação da incapacidade, com destaque para a Classificação Internacional das Deficiências, Incapacidade e Saúde (CIF), internalizado pelo Brasil, após seguidas discussões em fóruns internacionais sobre a acessibilidade das pessoas com deficiência. Em respeito à dignidade da pessoa humana, o documento trouxe um novo olhar sobre o conceito de incapacidade e de deficiência, levando os operadores do direito a adequarem sua avaliação considerando esse novo parâmetro, com reflexos diretos na seara administrativa e judicial. Assim demonstram a substituição de antigos instrumentais usados pela autarquia previdenciária e a criação de quesitos melhor elaborados, administrativa e judicialmente. Apresentamos regulamentos, instrumentais e decisão judicial a respeito do tema BPC deficientes relacionados ao Juizado Especial Federal Cível de São Paulo.

Ao apresentarmos os julgados de tribunais brasileiros, concluímos a presente pesquisa numa tentativa de demonstrar ser, de fato, o BPC, um mínimo

existencial idealizado pelo legislador constituinte de 1988, ainda hoje carente de melhor interpretação. Isto, porque, trata-se de um direito fundamental (art. 6º, da Constituição Federal), razão pela qual não se sustentam as restrições do legislador ordinário, em flagrante afronta a um direito fundamental que tem aplicação imediata, conforme a vontade do legislador constituinte. Segundo o art. 5º, §1º, da Constituição Federal, o BPC, por se tratar de um direito fundamental, deve ter vida longa, visto tratar-se também de uma cláusula pétrea, segundo o art. 60, § 4º, da Constituição Federal.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 1ed. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

AMADO, Frederico. **Curso de direito previdenciário**. 5.ed. Salvador: JusPODYUM, 2014.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARANGO, Rodolfo. Direitos fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia. Os desafios dos direitos sociais. In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). **Os desafios dos direitos sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Disponível em:  
[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603264.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603264.pdf). Acesso em: 4 maio.2014.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Pessoa portadora de deficiência**. Proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. 3.ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. 2003. (Série Legislação em Direitos Humanos, Pessoa Portadora de Deficiência; v. 3).

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_. **A seguridade social**: conceito e polêmicas. São Paulo: Núcleo de Seguridade e Assistência Social nº4, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito internacional da seguridade social**. Interesse Público. Porto Alegre, ano 7, nº32, jul-ago., 2005.

\_\_\_\_\_. **Sistema de seguridade social**. 5.ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARBOSA, Livia; DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson. Diversidade corporal e perícia médica: novos contornos da deficiência para o benefício de prestação continuada. **Textos e Contextos**. v. 8, nº 2, Porto Alegre: EdPUCRS, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios fundamentais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BIGOLIN, Giovani. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. **Revista do Ministério Público** nº53, Porto Alegre, mai./set., 2004.

BILHALVA, Jacqueline Michels. **A aplicabilidade e a concretização das normas constitucionais**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. **A era dos direitos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

BOSCHETTI, Ivanete. **Assistência social no Brasil: um direito entre a originalidade e o conservadorismo**. 2. ed. Brasília: GESST/SER/UnB, 2003.

BRASIL. IBGE. Censo Demográfico 2010. Pessoas com deficiência. Amostra disponível em:  
[http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=rj&tema=censodemog2010\\_defic](http://www.ibge.gov.br/estadosat/temas.php?sigla=rj&tema=censodemog2010_defic). Acesso em: 25 abr. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. 1.ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito administrativo e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, nº33, jan.-mar., 1997. Disponível em:  
[http://ftp.unisc.br/portal/upload/com\\_arquivo/politicas\\_publicas\\_e\\_direito\\_administrativo.pdf](http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf). Acesso em: 16 abr. 2014.

BUCHALLA, Cassia Maria; FARIAS, Norma. A classificação internacional de funcionalidade, incapacidade e saúde da organização mundial da saúde: conceitos, usos e perspectivas. **Rev. bras. epidemiol.** Jun. 2005, v.8, nº2, Disponível em: <http://pt.slideshare.net/fisioterapiaufmg2010/cif-conceitos-usos-e-perspectivas>. Acesso em: 20 mar.2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 1.ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CARVALHO, Maria do Carmo Brant. Assistência social: reflexões sobre a política e sua regulação. In: \_\_\_\_\_. **Serviço Social e Sociedade**, ano XXVI, nº 87, set. 2006, São Paulo: Cortez, 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário – fundamentos jurídicos da incidência**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CEDENHO, Antonio Carlos. **Diretrizes constitucionais da assistência social**. 1.ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: **Crítica Jurídica**: Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho. Paraná: UniBrasil, nº 22, jul.-dez. 2003.

CONSELHO Nacional de Assistência Social (CNAS). IX Conferência Nacional de Assistência Social. 2013. Disponível em: <http://www.assistenciasocial.al.gov.br/conselhos>. Acesso em: 23 jan.2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Direitos humanos e direitos sociais: interpretação evolutiva e segurança social. **Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**, ano 1, nº1, São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

DINIZ, Debora. **O que é deficiência**. 1.ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3.ed. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do *Welfare State*. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, nº24, set. 1991, São Paulo: CEDEC, 1991.

\_\_\_\_\_. O futuro do *Welfare State* na nova ordem mundial. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política nº35, São Paulo, CEDEC, 1995.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos Humanos, direitos sociais e justiça**. 1.ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIAS, Edilsom. Restrição de direitos fundamentais. In: **Sequência**: Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, nº41, ano 21, dez. 2000.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Avanços que se fazem necessários em relação ao benefício assistencial de prestação continuada. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social de cidadania**: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. São Paulo: Cortez, 2004.

FERNANDES, Idília. In: AUDY, Jorge Luiz Nicolas; MOROSONI, Marília Costa (Orgs.). **Inovação, universidade e internalização** – boas práticas na PUCRS. Porto Alegre: EdPUCRS, 2010.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**: análise de sua concretização constitucional. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

GOMES, Ana Ligia. O benefício de prestação continuada: uma trajetória de retrocessos e limites – construindo possibilidades e avanços? In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social de cidadania**: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. São Paulo: Cortez, 2004.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma Constituição dirigente. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

GOUGH, Ian et al. **Assistência social nos países da OECD** – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, 1997. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Assistência social**: tendências e debates. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: PUC-SP, 1997.

GUIMARÃES, Tania Maria Rocha; MIRANDA, Wagner; TAVARES, Márcia Maria Ferreira. O cotidiano das famílias de crianças e adolescentes portadores de anemia falciforme. **Rev. Bras. Hematol. Hemoter**, v. 31, nº1, fev. 2009. São Paulo, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

KRELL, Andréas Joachin. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LAZARI, Rafael José Nadim. **Reserva do possível e mínimo existencial**. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil**: possibilidades materiais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Jurisdição e direitos fundamentais**. 5.ed.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça** 1.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. 1.ed. São Paulo: RT, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; SQUINCA, Flavia. **Transferência de renda para a população com deficiência no Brasil**: uma análise do benefício de prestação continuada: Ipea. Texto para Discussão nº1184, 2006.

MEDEIROS, Marcelo; SAWAYA NETO, Melchior; BARROS, Fabio Henrique Granja. A distribuição das transferências, público-alvo e cobertura do benefício de prestação. **Textos & Contextos**, v.8. Porto Alegre, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIOTO, Regina Célia Tamasso. Assistência social com centralidade na família: superando a focalização em segmentos ou situação de risco. **Palestra proferida no ciclo de debates sobre a política de assistência social**. Brasília, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5 ed. tomo II.Coimbra: Coimbra, 2003.

MISHRA, Ramesh. **O Estado-providência e a sociedade capitalista**: estudo comparativo das políticas públicas na Europa, América do Norte e Austrália. Oeiras: Celta, 1990.

NISS, Luciana Toledo Távora; TÁVORA, Pedro Henrique. **Pessoas portadoras de deficiência no direito brasileiro**. 1.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

OLIVEIRA, Heloisa Maria José. **Assistência social**: do discurso do Estado à prática do Serviço Social. 2 ed. Florianópolis: EDUFSC, 1996.

\_\_\_\_\_. **Cultura política e assistência social**: uma análise das orientações de gestores estaduais. 1.ed.São Paulo: Cortez, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PAIVA E SILVA, Roberto Benedito; RAMALHO, Antonio Sérgio & CASSORLA, Roosevelt Moises Smeke. A anemia falciforme como problema de saúde pública no Brasil. **Revista de Saúde Pública**, v. 27, nº1, São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993.

PEREIRA, Potyara Amazoneida. **A assistência social na perspectiva do direito**: crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil. 1.ed. Brasília: Thesaurus, 1996.

\_\_\_\_\_. A política social no contexto da seguridade social brasileira: a particularidade da assistência social. In: **Serviço social e sociedade**, ano XIX, nº 56, mar., São Paulo: Cortez, 1998.

\_\_\_\_\_. **Necessidades humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. Estado, regulação social e controle democrático. In: BRAVO, Maria Inês Sousa.; PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. (Orgs.). **Política social e democracia**, São Paulo: Cortez, 2001.

PERSIANI, Mattia. **Direito da previdência social**. 14.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, José Renato. O benefício assistencial previsto na Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993 e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, nº 11, maio 2006. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/jose\\_rodrigues.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/jose_rodrigues.htm). Acesso em: 02 out. 2013.

SANFELICE, Patrícia de Mello. Assistência social e benefício assistencial. In: **Caderno de Direito Previdenciário**, nº 3, v.II. Palestra ministrada na Escola de Magistratura do TRF da 4ª Região, 2005.

SANTOS, Denise Tanaka dos. **Assistência social**. O critério de necessidade. (Dissertação de Mestrado em Direito Previdenciário). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2011.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Benefício de prestação continuada e proteção social no Brasil: limites e perspectivas. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social de cidadania**: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. São Paulo: Cortez, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. (Org.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. **Interesse Público**. ano 7, nº 32. julh.-ago., Porto Alegre: Notadez, 2005.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. 1.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à Constituição**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à Constituição**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo. 2010.

SILVA, Maria Lúcia Lopes da. Benefício de prestação continuada da Lei Orgânica da Assistência Social: impacto e significado social. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social de cidadania**: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. São Paulo: Cortez, 2004.

SILVA, Maria Ozanira da; YASBEK, Maria Carmelita; DI GIOVANNI, Geraldo. **A política social brasileira no século XXI**: a prevalência dos programas de transferência de renda. 1.ed. São Paulo: Cortez, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais** – conteúdo essencial, restrições e eficácia. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social de cidadania**: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. 1.ed. São Paulo: Cortez, 2004.

\_\_\_\_\_. Benefício de prestação continuada como mínimo social. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). **Proteção social de cidadania**: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. 1.ed. São Paulo: Cortez, 2004.

\_\_\_\_\_. O primeiro ano do Sistema Único de Assistência Social. In: **Serviço social e sociedade**. ano XXVI, nº87, set. 2006. São Paulo: Cortez, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica** – uma nova crítica ao direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e assistência social**: legitimação e fundamentação constitucional brasileira. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 1.ed. São Paulo/Recife. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Cançado Trindade questiona a tese de “Gerações de direitos humanos” de Norberto Bobbio. In: **DHNet**. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade)>. Acesso em: 16 nov. 2013.

UGATTI, Uendel Domingues. **O princípio constitucional da contrapartida a seguridade social**. 1.ed. São Paulo: LTr, 2003.

VAZ, Anderson Rosa. A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** nº 66, ano 17, jan.-mar., São Paulo: RT, 2009.

YASBEK, Maria Carmelita. **Classes subalternas e assistência social**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2003.

## LEGISLAÇÃO E DECRETOS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.853**, de 24 de out. 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE). Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/corde/dpdh/corde/lei7853.asp>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8069.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.212**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da seguridade social, institui plano de custeio, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8213cons.htm>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8213cons.htm>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.742**, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da assistência social e dá outras providências. Publicada no DOU de 8 de dezembro de 1993. (alterada pelas seguintes normas: Lei nº 9.711, de 20 de novembro de 1998; Lei nº 9.720, de 30 de novembro de 1998; Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003; Lei nº 11.258, de 30 de dezembro de 2005; Lei nº 12.435, de 06 de julho de 2011; Lei n. 12.470, de 31 de agosto de 2011; MPV nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L8742.htm>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.842**, de 4 de janeiro de 1994. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8842.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.048**, de 8 de novembro de 2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica e outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L10048.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.098**, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L10098.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.741**, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/2003/L10.741.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.744**, de 8 de dezembro de 1995. Regulamenta o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/Antigos/D1744.htm>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/D3298.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.214**, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm#art4](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm#art4)>. Acesso em: 26 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Política Nacional de Assistência Social (PNAS). Aprovada pelo Conselho Nacional de Assistência Social, Resolução MDS/CNAS nº 145 de 15/10/2004. Disponível em: <<http://www.sine.pr.gov.br/setp/extranet/conselhos/pdf/3410/820070529.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Disponível em: <[www.desenvolvimentosocial.gov.br/](http://www.desenvolvimentosocial.gov.br/)>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Avaliação de pessoas com deficiência para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social: um novo instrumento baseado na Classificação Internacional e Funcionalidade, Incapacidade e Saúde. Brasília, DF: MDS; MPS, 2007.

\_\_\_\_\_. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Portaria conjunta MDS/INSS nº 1, de 24 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao/assistenciasocial/portarias/2011/Portaria%20Conjunta%20MDS-INSS%20no%201-%20de%2024.05.11.pdf/view>. Acesso em: 23 jan. 2014

\_\_\_\_\_. Consultoria legislativa. **Idoso**: Legislação Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/Idoso/Federal/Federal.html>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Resolução nº452, de 10 de maio de 2012 do Conselho Nacional de Saúde. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso\\_12.htm](http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/reso_12.htm). Acesso em: 23 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. As leis brasileiras e a proteção da pessoa com deficiência/2000 – 2005. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/SENADO/Programas/svpd/legisla.asp>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Sistema Único de Assistência Social (SUAS). Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/suas/legislacao-1>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Sistema Único de Assistência Social. Norma operacional básica– NOB/SUAS: Aprovada pelo Conselho Nacional de Assistência Social, Resolução MDS/CNAS no. 130 de 15/07/2005. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/suas/legislacao-1/nob>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

## DECISÕES JUDICIAIS

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Julgamento do HC nº 82.424-2-RS, ajuizado pela defesa de Siegfried Ellwander, livreiro gaúcho. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=61291>. Acesso em: 25 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 529.928 - SP. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília. 06 dez. 2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 1ª Região. TRF1, AC 200801990134355, Processo: 2008019034355/GO. Segunda Turma. J. 26/11/2008 e-DJF1 05/03/2009, p.186). Disponível em: [www.TRF1.jus.br](http://www.TRF1.jus.br). Acesso em: 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 2ª Região. TRF2, AC 389794, Processo 200151100039240/RJ. Relator Desembargador Federal Abel Gomes, Primeira Turma Especializada, j. 11/12/2007, DJU 04/03/2008, p.176). Disponível em: [www.TRF2.jus.br](http://www.TRF2.jus.br). Acesso em: 15 abr.2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 3ª Região. TRF3, AC-1238004, 0041258-97(2007.4.03.9999-SP), Sétima Turma, DJ 09/09/2013, e-DJF3 Judicial 1 DATA:13/09/2013). Disponível em: [www.TRF3.jus.br](http://www.TRF3.jus.br). Acesso em 15 abr. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Apelação cível nº 2001.70.04.000617-2/PR. Relator: Des. Federal Celso Kipper - 5ª Turma. Data do acórdão: 25/09/2007. Disponível em: [www.trf4.gov.br](http://www.trf4.gov.br). Acesso em: 10 dez. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal 4ª Região. Apelação cível nº 2004.71.14.001047-4/RS. Relator: Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus. Porto Alegre. 07 mar. 2007. Disponível em: [www.trf4.gov.br](http://www.trf4.gov.br). Acesso: dez.2013.

## REFERÊNCIAS NORMATIVAS

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração