

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Políticas públicas, direitos fundamentais e Poder Judiciário: uma análise crítica do benefício de prestação continuada (BPC)**

*Public policy, fundamental rights and the judiciary: a critical analysis of the Benefit of Continuing Installments (BCI) and public policies*

Luciano Meneguetti Pereira

# Políticas públicas, direitos fundamentais e Poder Judiciário: uma análise crítica do benefício de prestação continuada (BPC)\*

## *Public policy, fundamental rights and the Judiciary: a critical analysis of the Benefit of Continuing Installments (BCI)*

Luciano Meneguetti Pereira<sup>1</sup>

### Resumo

O presente texto tem por objetivo demonstrar que o *Benefício de Prestação Continuada (BPC)*, instrumento de política pública de proteção social, de caráter assistencial e, portanto, não contributivo, legítimo direito fundamental estabelecido pela Constituição brasileira em favor dos idosos e das pessoas com deficiência, tem alcançado significativos índices de efetividade e realização junto a estes segmentos sociais, graças a uma atuação séria e comprometida do Poder Judiciário com os valores e princípios estabelecidos pela Constituição, atuação esta que tem dado conta de complementar a precária regulação legislativa e a burocracia executiva na implementação desse mínimo de cidadania. Para isso, após uma breve exposição acerca do protagonismo judicial enquanto elemento necessário para a efetivação das políticas públicas e para a realização dos direitos fundamentais no Brasil, será feita uma análise crítica da evolução legislativa na regulamentação do referido benefício, desde a sua criação até a atualidade, demonstrando-se as dificuldades na execução desse mínimo assistencial pelo Poder Executivo, bem como se analisará o papel do Poder Judiciário que, ao lado de outras instituições de grande importância para a defesa dos direitos fundamentais na efetivação do acesso ao BPC às pessoas idosas e com deficiência, acaba por realizar, indiretamente, uma política pública social assistencial estabelecida pela Constituição brasileira.

**Palavras-chave:** Benefício de Prestação Continuada. Políticas públicas. Direitos fundamentais. Idosos. Pessoas com deficiência. Poder Judiciário.

### Abstract

This paper aims at demonstrating that the Continuous Cash Benefit (BPC), a public policy tool for social protection, welfare assistance, and therefore non-contributory, a legitimate fundamental right established by the Brazilian Constitution in favor of the elderly and people with disabilities, has achieved significant levels of effectiveness and achievement along these social segments, thanks to a serious and committed work of the judiciary with the values and principles established by the Constitution, that this action has been aware of the precarious complementary regulatory and legislative executive bureaucracy implementation of minimum citizenship. To do so, after a brief about the judicial role as a necessary element for the effectiveness of public

\* Artigo recebido em 03/09/2011  
Artigo aprovado em 04/03/2013

<sup>1</sup> Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Toledo de Ensino; especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Potiguar; advogado. Contato: lmeneguetti@gmail.com.

policies and the realization of fundamental rights in Brazil, will be a critical analysis of legislative developments in the regulation of that benefit, since its creation to today, demonstrating the difficulties in implementing this minimum assistance by the Executive, as well as examine the role of the judiciary which, alongside other institutions of great importance to the protection of fundamental rights in effecting access to BPC for the elderly and disabled, eventually accomplish, indirectly, a public policy social welfare established by the Brazilian Constitution.

**Keywords:** Benefit of continuing installments. Public policy. Fundamental rights. Elderly. People with disabilities. Judiciary.

## 1 Introdução

A sociedade contemporânea brasileira, até bem pouco tempo, raros cuidados vinha dispensando aos idosos e às pessoas com deficiência.<sup>2</sup> Não obstante a atenção dispensada pela Constituição Federal de 1988 para com essas pessoas e, embora um amplo conteúdo legislativo de proteção a elas tenha sido editado nos últimos anos, atenção, proteção, respeito, cuidado, solidariedade e consideração para com os idosos e deficientes são algumas das boas atitudes humanas que parecem estar ainda um tanto distantes da vida dos integrantes de uma sociedade marcada pela individualidade, em que figuram indivíduos preocupados essencialmente com o próprio bem-estar ou, quando muito, com o bem-estar da própria família e daqueles que lhes são mais próximos.

A realidade que ainda tristemente se constata é que, para o modelo econômico vigente na atualidade, no qual prevalecem prioritariamente conceitos como “otimização da economia” e “sociedade de consumo”, um modelo regido por valores materiais (em alguns casos – senão a maioria – supérfluos), tendo como principal objetivo a

rentabilização da produção, e no qual são privilegiados normalmente os indivíduos ativos e capazes de produzir, idosos e deficientes não são considerados figuras tão importantes, não sendo difícil aferir-se a exclusão social das pessoas que compõem esses segmentos sociais quando não respaldadas por alguma disposição legislativa.

A constatação desses e de inúmeros outros fatos e situações que hoje se apresentam no seio da sociedade brasileira tendem a conduzir os idosos e as pessoas com deficiência à exclusão e à marginalização, quadro que se avulta com a não rara confirmação da omissão legislativa e executiva na regulação e implementação das políticas públicas necessárias à concretização dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição. De fato, a vitimização dos idosos e das pessoas com deficiência tem se agravado diante de um quadro de políticas públicas não postas em execução ou precariamente implementadas relativamente à saúde, à habitação, ao saneamento, à previdência e à assistência social, dentre outras.

Em um contexto de flagrante violação dos mais diversos direitos fundamentais, o que se constata é que a fragilidade social da pessoa idosa e das pessoas com deficiência tem se agigantado na sociedade brasileira. Uma adequada proteção jurídica a esses segmentos sociais torna-se imperiosa, sendo premente a necessidade de se pensar em meios eficazes de tutela e de proteção dos idosos e dos deficientes.

Desse modo, um sistema jurídico que estabeleça mecanismos e instrumentos aptos a assegurar os direitos fundamentais dessas pessoas, conferindo-lhes cidadania e possibilitando a sua inclusão social, torna-se absolutamente imprescindível. E ainda mais do que isso, o emprego consciente e responsável desses mecanismos e instrumentos por parte da comunidade jurídica, notadamente pelo Poder Judiciário, por meio de uma atuação alinhada às diretrizes e comandos constitucionais, será de igual forma imperioso para o alcance de tais objetivos. Tudo isso leva à necessidade de se pensar o Direito como um instrumento capaz de efetivamente realizar esses direitos, promovendo a inclusão social, possibilitando a cidadania e diminuindo assim as discriminações e a marginalização que alcança esses segmentos da sociedade. Certamente, nesse cenário, o Poder Judiciário pode em muito contribuir.

Contudo, embora o presente texto tenha como objetivo destacar o papel do Poder Judiciário no tocante

<sup>2</sup> O presente texto utiliza a expressão “pessoas com deficiência” em razão de ser a terminologia adotada pela *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD)*, assinada em Nova York em 30 de março de 2007, ratificada pelo Brasil em 1º de agosto de 2008, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 e promulgada pela Presidência da República pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, constituindo o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado na forma do § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal, obedecendo, portanto, ao rito específico de aprovação para tornar-se equivalente à emenda constitucional.

à implementação dos direitos fundamentais, não é ele a única instituição que atua nesse sentido e também não se pretende emprestar-lhe um papel de instituição superior que vigia, captura e resolve todas as mazelas sociais, decidindo sempre em prol dos desfavorecidos. É preciso destacar desde logo a existência e a importância de outras instituições que constantemente atuam em favor da defesa dos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência, inclusive por designação constitucional, valendo destacar-se a importância do Ministério Público na defesa coletiva desses segmentos sociais (CRFB, arts. 127 e 129)<sup>3</sup> e da Defensoria Pública na orientação jurídica e defesa, em todos os graus, de todos os necessitados (CRFB, art. 134).

Também não poderia deixar de se mencionar os próprios movimentos sociais, notadamente aqueles ensejados pelas minorias, em busca da efetivação e da implementação dos direitos fundamentais dos idosos e dos deficientes,<sup>4</sup> podendo-se citar exemplificativamente a atuação do Conselho Nacional dos Direitos do Idoso (CNDI) e do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (CONADE); bem como de diversas associações e movimentos tais como a Associação dos Idosos do Brasil, a Associação dos Familiares e Amigos dos Idosos, o Movimento de Valorização dos Idosos Brasileiros, o Movimento Pró-Idosos (MOPI), a Associação Brasileira Beneficente de Reabilitação (ABBR), a Associação Cruz Verde, a Associação Desportiva para Deficientes e a Associação de Assistência à Criança Deficiente, dentre outras tantas.

<sup>3</sup> Nesse sentido, vale a leitura do artigo: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Disponível em: <[http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o\\_mp\\_no\\_neoconstitucionalismo1.pdf](http://www.mp.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoconstitucionalismo1.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2013.

<sup>4</sup> Como exemplos desses movimentos, cita-se a I CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS DO IDOSO, 2006, Brasília. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/i\\_conferencia\\_idoso.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/i_conferencia_idoso.htm)>. Acesso em: 26 fev. 2013. Em relação às pessoas com deficiência, destaca-se a atuação histórica e atual de entidades como a ABRADEF – Associação Brasileira de Deficientes Físicos; AADF – Associação de Assistência ao Deficiente Físico; CPSP – Clube dos Paraplégicos de São Paulo; ADEVA – Associação de Deficientes Visuais e Amigos; FCD – Fraternidade Cristã de Doentes e Deficientes; SODEVIBRA – Sociedade dos Deficientes Visuais do Brasil; AIDE – Associação de Integração do Deficiente; NID – Núcleo de Integração de Deficientes; MDPD – Movimento pelos Direitos das Pessoas Deficientes; APDFB – Associação dos Paraplégicos e Deficientes Físicos do Brasil; APARTE – Associação de Paraplégicos de Taubaté, dentre outras.

Vale ainda ressaltar que, não raras vezes, essas instituições desempenharão papel fundamental na busca pela efetivação dos direitos dos idosos e das pessoas com deficiência, inclusive previamente à provocação jurisdicional, pois, como se sabe, o judiciário, como regra, não atua de ofício, em razão do “princípio da inércia da jurisdição”, devendo ser provocado pelo jurisdicionado idoso ou deficiente para que possa então prestar a tutela jurisdicional cabível conforme cada caso concreto. Nesse sentido, a busca pela justiça social não se restringe e nem se esgota nas instâncias jurisdicionais, não se tratando simplesmente de prerrogativa dos magistrados, mas de todo um plexo de instituições que, em conjunto, constitui um importante sistema de proteção das pessoas idosas e das pessoas com deficiência.

A par de tais esclarecimentos, ressalta-se que, por meio do presente texto, pretende-se demonstrar que o constitucionalismo do Estado Constitucional contemporâneo constitui um ambiente favorável à concretização dos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência, o que se fará por meio da análise da atuação do Poder Judiciário na realização de um direito fundamental que tem sido subtraído dos cidadãos, em razão da precária regulação legislativa e da burocracia executiva na implementação de uma política pública social que constitui, além de um mínimo de cidadania em favor de seus destinatários, uma política pública de afirmação da dignidade da pessoa humana.

A possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário será demonstrada por meio daquilo que aqui será denominado como “implementação indireta”<sup>5</sup> de uma política pública social de caráter assistencial, o

<sup>5</sup> Prefere-se neste trabalho adotar a terminologia “implementação indireta” em detrimento da expressão “controle das políticas públicas” por dois motivos: primeiro, pelo fato de o tema do *controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário* estar longe de constituir uma temática pacífica, fato que o tornaria merecedor de uma melhor e mais ampla abordagem no âmbito deste trabalho. Segundo, como consequência, em razão do enfoque que se quer dar ao presente texto, isto é, fala-se aqui de uma implementação indireta de políticas públicas pelo Poder Judiciário no sentido de que esse órgão, no exercício de sua atividade típica, realiza e efetiva direitos fundamentais que constituem objetivos de políticas públicas constitucionais que não encontram a devida regulamentação no âmbito do Poder Legislativo e nem a adequada implementação no âmbito do Poder Executivo, como ocorre com o Benefício de Prestação Continuada, objeto de análise deste trabalho.

que se dará por meio da análise do *Benefício de Prestação Continuada*, apelidado como BPC, benefício constitucional criado pela Constituição de 1988 em favor das pessoas com deficiência e dos idosos.

Prevê a Constituição no seu art. 203 que a “[...] assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social” e consagrou o benefício às pessoas referidas acima no inciso V do mesmo dispositivo constitucional, estabelecendo que a referida assistência terá como objetivo “[...] 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” (CRFB, art. 203, inc. V).

Conforme se verificará, o aludido benefício constitucional, que constitui um lúdimo direito fundamental e um instrumento capaz de promover a inclusão social de seus destinatários, tem alcançado, inclusive, níveis elevados de realização, graças à atuação do Poder Judiciário, pois, por meio de um exercício interpretativo criativo e concretizante das normas constitucionais e legais, o que será demonstrado por meio da exposição de diversos julgados de vários órgãos jurisdicionais brasileiros, tem possibilitado a realização desse direito fundamental a um grande número de idosos e de pessoas com deficiência.

De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em março de 2012, existiam cerca de 3,6 milhões beneficiários do BPC em todo o Brasil, sendo 1,9 milhão de pessoas com deficiência e 1,7 milhão de pessoas idosas.<sup>6</sup>

Naiane Louback, especialista em Políticas Públicas pelo Departamento de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFMG, em interessante trabalho sobre o BPC, lastreada em uma análise empírica em banco de dados a respeito do benefício, disponibilizado no *Sistema Único de Informações de Benefícios* (SUIBE), do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), responsável por operacionalizar esse benefício, aponta que dados relativos ao mês de setembro de 2011 revelavam a existência de 3.553.262 benefícios mantidos em nível na-

cional, sendo que, desse total, quase 6% dos beneficiários só tiveram reconhecido o direito fundamental em virtude de determinação judicial, isto é, em números exatos, 199.863.<sup>7</sup>

Em pesquisa realizada junto ao referido banco de dados, no mês de janeiro de 2013, havia um total de 3.786.615 benefícios mantidos em nível nacional, sendo que, desse total, 1.754.752 correspondem aos benefícios concedidos aos idosos – 41.500 deles ocorreram por determinação judicial; o restante, 2.031.863, corresponde aos benefícios concedidos às pessoas com deficiência, entre os quais, 203.169 por determinação judicial. Tais números revelam, portanto, a importância do Poder Judiciário na efetivação desse direito fundamental, uma vez que aproximadamente 7% dos benefícios somente são concedidos mediante determinação judicial, percentual este que vem aumentando se comparado aos números de 2011.

## 2 Breves notas acerca do protagonismo judicial como elemento necessário para a efetivação das políticas públicas no Brasil

Atualmente é possível verificar-se que a sociedade brasileira tem depositado grandes expectativas no Poder Judiciário para a realização dos direitos fundamentais e, de certo modo, das políticas públicas carentes de uma adequada implementação pelo Poder Executivo.

Os ganhos do processo de constitucionalização que culminaram com a edição da Constituição Federal de 1988, apontam como uma importante conquista, a estrutura e o papel de Constituições contemporâneas, como a brasileira, que positavam um catálogo de direitos fundamentais e estabelecem diretrizes para o desenvolvimento das políticas públicas minimamente necessárias para con-

<sup>7</sup> SILVA, Naiane Louback da. A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. *Revista Serviço Social e Sociedade*. São Paulo, n. 111, set. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282012000300009#](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000300009#)>. Acesso em: 26 fev. 2013. Vale também a leitura do Relatório de Auditoria Operacional elaborado pelo Tribunal de Contas da União acerca do BPC, em que se apontam, dentre outros assuntos ligados ao benefício, as inconsistências que são passíveis de verificação nos bancos de dados a ele relativos. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas\\_governo/areas\\_atuacao/assistencia\\_social/Relat%C3%B3rio%20BPC%20e%20RMV.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/programas_governo/areas_atuacao/assistencia_social/Relat%C3%B3rio%20BPC%20e%20RMV.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2013.

<sup>6</sup> BENEFÍCIO de Prestação Continuada. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

ferir concretude a esses direitos. Para isso, as Constituições conferem ao Poder Judiciário a incumbência de fiscalizar o cumprimento das diretrizes estabelecidas, bem como tutelar adequada e efetivamente os *direitos fundamentais*, protegendo-os das investidas do legislador ordinário e do poder público Executivo, tanto nos aspectos relacionados à atuação desses poderes, quanto "naqueles ligados à sua omissão". Isso porque tais direitos, por constituírem núcleo essencial da Constituição e por conferirem *posições jurídicas* (subjéctivas e jurídico-objetivas),<sup>8</sup> cujo conteúdo é de fundamental importância às pessoas (fundamentalidade material), foram propositadamente *retirados da esfera de disponibilidade* dos poderes constituídos (fundamentalidade formal),<sup>9</sup> não podendo, portanto, a decisão acerca da garantia e da efetivação desses direitos ser deixada à mercê das maiorias parlamentares de plantão.<sup>10</sup>

É justamente por tal razão que se fala que o constitucionalismo contemporâneo tem o seu foco centrado no Poder Judiciário,<sup>11</sup> uma vez que essa importante tarefa de proteger e efetivar os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados se dará notadamente por meio de peculiar forma de interpretação e de aplicação das regras constitucionais e legais levadas a efeito por esse órgão.<sup>12</sup> Nesse sentido, um dispositivo constitucional ou legal pode ser claro quanto à vontade constituinte ou legislativa, mas, ao final, em última instância, tal dispositivo somente revelará (ou não) o seu completo conteúdo, mediante a atividade interpretativa e aplicativa do Direito,<sup>13</sup>

que se dará, ao cabo de contas, na grande maioria das vezes pelo Poder Judiciário.<sup>14</sup> Há de se reconhecer que a interpretação constitucional e legal levada a efeito por essa instituição é a que mais produzirá reflexos (positivos ou negativos) sobre a sociedade em geral.

A sociedade, de um modo geral, voltou os olhos para o Judiciário nos últimos tempos, pois está cada vez mais consciente de seus direitos fundamentais e passou a visualizar a possibilidade concreta de sua efetivação, "[...] particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas de poder de fazer respeitar e realizar estes direitos".<sup>15</sup>

A ascensão institucional do Poder Judiciário nas últimas décadas é um fato notório<sup>16</sup> e se deve a uma série de fatores (de ordem jurídica, política e social) tais como: a) a mudança de paradigma da centralidade para a Constituição; b) o caráter normativo, substancial e principiológico dos textos constitucionais, que reclamam uma maior presença do Judiciário no sentido de lhes interpretar e lhes conferir densidade normativa; c) a exigência de efetivação dos direitos fundamentais; d) a necessidade do controle da constitucionalidade das leis; e) a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, em que a irradiação das normas constitucionais sobre o ordenamento demanda que toda atuação jurídica e toda atividade estatal

<sup>8</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política* (IBDC), São Paulo, n. 29, 55-65 p., out./dez. 1999.

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 77 p.; ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política* (IBDC), São Paulo, n. 29, 55-65 p., out./dez. 1999.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>11</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

<sup>12</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

<sup>13</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

<sup>14</sup> A Constituição (e acréscimo aqui as leis infraconstitucionais) pode ser interpretada por muitos: legisladores, ministros, partidos políticos, grandes corporações, sindicatos, defensoria pública, ministério público, órgãos estatais em geral, comunidades regionais, particulares; juízes e tribunais. Esta é a concepção de Peter Häberle, que propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade pluralista (ou aberta), já que todo aquele que vive a Constituição constitui-se em um seu legítimo intérprete (HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental"* da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.).

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33.

<sup>16</sup> Luís Roberto Barroso destaca que "[...] desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária" (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2013. p.1-2. Nesse artigo, o autor cita exemplos de avanços da jurisdição constitucional em países como Canadá, Estados Unidos, Israel, Turquia, Hungria, Coreia e Argentina.

dos poderes públicos (e também dos particulares) sejam realizadas sempre à luz da Constituição; f) o declínio da confiança no Poder Legislativo e no conteúdo das leis, bem como o descontentamento com a omissão legislativa; g) a omissão dos poderes públicos no desenvolvimento das políticas públicas; e h) a evolução da hermenêutica e da interpretação constitucional para dar conta dos *casos* cada vez mais *difíceis*. Esses e outros fatores impulsionaram o Poder Judiciário nos últimos tempos a uma postura mais *ativa* e presente na vida da sociedade, fato este, hoje inquestionável.

É grande o embate jurídico-doutrinário acerca dessa postura mais ativa (para alguns, intrometida) do Judiciário que vem se arrastando ao longo das últimas décadas e se intensificando no decorrer dos últimos anos, fenômeno que recebeu inicialmente o nome de “ativismo judicial” e que, mais recentemente, convencionou-se denominar como “protagonismo judicial”. Para Luís Roberto Barroso o “ativismo judicial” está relacionado a uma atitude, isto é, a uma escolha por um modo específico e proativo de se interpretar e aplicar a Constituição, com o qual é possível expandir o seu sentido e seu alcance, sendo que essa postura normalmente se instala em face de retrações e omissões do Poder Legislativo impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de modo efetivo.<sup>17</sup> Verifica-se que o ativismo judicial está relacionado a uma mais ampla e intensa participação do Judiciário no processo de interpretação, criação e realização dos direitos fundamentais, dos fins e valores constitucionais, o que resulta, conseqüentemente, em uma maior interferência no espaço de atuação dos demais Poderes.<sup>18</sup> Uma curiosa concepção acerca do ativismo judicial é referida por Pe-

dro Néstor Sagüés, segundo o qual essa postura consiste em:

[...] doutrina que confere à judicatura um **protagonismo decisivo** nas **mudanças sociais e na incorporação de novos direitos constitucionais** aos já existentes, partindo-se do pressuposto de que o Poder Judiciário está geralmente mais potencializado do que os outros poderes do Estado para a tarefa de estabelecer, por meio de normas e condutas, os atuais valores da sociedade.<sup>19</sup> (grifo e tradução nossa).

Essa concepção chama a atenção a uma reflexão que redundaria em pontos positivos ao ativismo judicial, uma vez que não é difícil a constatação de que é o Judiciário o órgão que está mais próximo da realidade e das expectativas sociais, por estar cotidianamente em contato com a sociedade, quando da resolução das demandas que lhe são apresentadas pelos jurisdicionados.

O Poder Judiciário brasileiro está inserido e tem atuado em um contexto de ativismo judicial, participando e decidindo constantemente questões de natureza política e social como nunca se viu antes, bem como intensificando sua atuação no processo de realização dos direitos, dos valores e dos fins constitucionais. É por essa razão que se fala em um deslocamento do poder da esfera legislativa e da executiva para a esfera judicial,<sup>20</sup> uma das pedras de toque do Estado Constitucional contemporâneo.

Falar em “ativismo” ou “protagonismo judicial” é tocar em questões caras à sociedade, pois esses fenômenos estão umbilicalmente ligados a importantes e complexos temas, tais como, a democracia, a legitimidade democrática e a separação dos poderes (ou funções). Ao longo de todas as discussões que têm se desenrolado sobre o assunto, muito já se ouviu, desde críticas ferrenhas e exacerbadas até posicionamentos favoráveis e defensáveis dessa postura judicial.

No ambiente brasileiro, em razão de peculiaridades que se apresentam (v.g., a omissão legislativa na regulamentação de comandos constitucionais e o descaso do Executivo na implementação das políticas públicas), o que tem se constatado (salvo em algumas exceções) é

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2013. p. 6.

<sup>18</sup> De acordo com Barroso, uma postura mais ativa pode se manifestar por meio de várias condutas, dentre as quais estariam incluídas: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2013. p.6.).

<sup>19</sup> SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998. p. 102.

<sup>20</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

que o protagonismo judicial se verifica não somente útil, mas também necessário em determinadas circunstâncias. A produção jurisprudencial “criativa” do Direito não se revela absolutamente antidemocrática, uma vez que a democracia não se resume no absolutismo das maiorias em detrimento das minorias e nem pode sobreviver em um ambiente em que restem desprotegidos os direitos e as garantias fundamentais.<sup>21</sup> Como aduz Mauro Cappelletti, “[...] um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia”.<sup>22</sup> Afirma Daniel Sarmento que:

[...] o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das maiorias, bem como certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar em nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas.<sup>23</sup>

Essa postura moderada e de equilíbrio quanto ao ativismo judicial parece ser a que melhor se coaduna com a tônica do Estado Constitucional contemporâneo. Nessa linha de entendimento, citam-se as considerações de Lenio Luiz Streck:

[...] o papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é *distinto* daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Mon-

tesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito.<sup>24</sup>

Diante das considerações acerca do protagonismo judicial que vem ocorrendo nos dias de hoje no cenário jurídico brasileiro, pode-se verificar pelas concepções trazidas até aqui, pautadas no equilíbrio e na moderação, e se observando em todo momento os princípios e os valores constitucionais, que o ambiente proporcionado pelo Estado Constitucional contemporâneo é fecundo para os propósitos de realização dos direitos fundamentais, inclusive e notadamente para aqueles referentes às pessoas idosas e com deficiência.

O protagonismo/ativismo judicial em determinadas searas e em algumas situações será fundamental para que os idosos possam ao menos tocar os seus direitos fundamentais antes de se depararem com o fatídico evento ao qual todos estão destinados, sem qualquer exceção; bem como para que as pessoas com deficiência possam alcançar a inclusão social e o gozo de direitos que, pelo princípio constitucional da igualdade (CRFB, art. 5º), são conferidos a todos, indistintamente. Essa atuação judicial, conforme se verá a seguir, tem sido fundamental para a realização e efetivação do BPC em favor dos idosos e das pessoas com deficiência.

Ao lado de tais considerações é importante lembrar que essa postura mais ativa do Poder Judiciário não o autoriza a atuar de ofício na implementação do BPC, pois, como em toda atividade jurisdicional, a regra é a incidência do “princípio da inércia da jurisdição”, segundo o qual, fica “[...] ao critério do próprio interessado a provocação do Estado-juiz ao exercício da função jurisdicional”.<sup>25</sup> Desse modo, como regra, sempre haverá a necessidade de o idoso ou a pessoa com deficiência peticionar junto ao Judiciário, em busca da efetivação desse direito fundamental, quando ele restar obstaculizado em outras searas.

<sup>21</sup> Conforme aponta Eduardo Cambi, “[...] o princípio da maioria não equivale à *prepotência* nem pode traduzir-se na *imunidade* do Poder Legislativo ou do Executivo perante as violações da Lei fundamental”. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocesso*: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 22 )

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p.107.

<sup>23</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 137

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23.

<sup>25</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 151.

### 3 A realização de políticas públicas (indiretamente) e dos direitos fundamentais do idoso e das pessoas com deficiência pelo Poder Judiciário: uma análise crítica do benefício de prestação continuada (BPC)

Pelas exposições até aqui deduzidas, demonstrouse que a configuração do Estado Constitucional contemporâneo se apresenta como um ambiente fecundo à concretização dos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência, bem como se ressaltou a importância e a necessidade de uma adequada atuação do Poder Judiciário na realização desses direitos. A fundamentação dessas assertivas será aferida a partir desse momento pela análise do Benefício da Prestação Continuada (BPC), apresentando-se os principais aspectos relacionados à criação, regulação, implementação e efetivação desse benefício constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em coerência com os valores, princípios, objetivos e fundamentos por ela estabelecidos e visando à proteção social, ao bem-estar e à justiça sociais estabeleceu que a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessitar (CF, art. 203, *caput*) e criou um benefício específico para os idosos e para as pessoas com deficiência, consistente na “[...] garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei” (CF, art. 203, inc. V), benefício constitucional que foi posteriormente batizado como *Benefício de Prestação Continuada*, apelidado sucintamente de BPC.

A proteção social dos indivíduos é inegavelmente um fator de justiça social<sup>26</sup> com a qual o Direito está indissociavelmente ligado. Ao iniciar-se esse tópico, é necessário, portanto, considerar primeiramente que não raras às vezes, “[...] a proteção social fica exposta a apreciações negativas, na medida em que é muitas vezes acusada de produzir impactos econômicos desfavoráveis”.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> O art. 193 da Constituição Federal estabelece que se constitui objetivo da *ordem social* brasileira “[...] o bem-estar e a justiça sociais”.

<sup>27</sup> EUZÉBY, Alain. Proteção social, pilar da justiça social. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

No Brasil, infelizmente foi nesse contexto que o BPC foi inicialmente regulamentado por meio da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), ou seja, não como um direito “fundamental individual” previsto e assegurado constitucionalmente (e, portanto, um instrumento de proteção social capaz de realizar o bem-estar e a justiça sociais), mas como um ônus com o qual o Estado deve arcar e que, em seu entender, representa impactos econômicos negativos para os cofres públicos, razão pela qual foi inicialmente regulado de forma bastante *seletiva e restritiva*, conforme se verá.

A assistência social,<sup>28</sup> enquanto direito subjetivo do necessitado e como política de proteção social de caráter não contributivo, compõe o Sistema de Seguridade Social<sup>29</sup> brasileiro e está inscrita como direito social (que também é fundamental) pela Constituição de 1988, que prevê em seu art. 203:

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

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

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

<sup>28</sup> A assistência social é entendida por Wladimir Martinez como “um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações.” (apud MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 497 p.).

<sup>29</sup> A Seguridade Social é, sem dúvida, um dos instrumentos disciplinados pela ordem social brasileira visando o implemento do bem-estar e da justiça sociais, conforme estabelece o art. 194 e ss. da CF: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

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

Ao agir dessa forma, estabelecendo os princípios e explicitando seus objetivos, a Constituição claramente limitou a atuação dos três Poderes da República, que deverão ter as suas típicas atividades sempre voltadas para o cumprimento dos preceitos constitucionais,<sup>30</sup> deles não podendo escapar. Com base nessa constatação, o que se infere é que toda a legislação infraconstitucional destinada a disciplinar os direitos sociais deverá estar sempre voltada para proteção dos seus destinatários, sem qualquer discriminação, bem como para o bem-estar e a justiça sociais. Infelizmente não é isso que se verificou inicialmente pela forma como o BPC foi regulamentado, não sendo desarrazoado afirmar que esse benefício constitucional foi regulado de forma *tardia, seletiva, transmutada, restritiva, frágil*<sup>31</sup> e *arbitrária*.

A política constitucional de direito à *proteção social* (não contributiva) corresponde a um *mínimo de cidadania*. Essa é a concepção que deveria ter norteado a regulamentação do BPC. Nas palavras de Aldaíza Sposati:

BPC é um *mínimo social* enquanto se constitui em um dispositivo de proteção social destinado a garantir, mediante prestações mensais, um valor básico de renda às pessoas que não possuam condições de obtê-la, de forma suficiente, por meio de suas atividades atuais ou anteriores. Todavia, a forma *seletiva* e *residual* de acessá-lo não parece corresponder ao disposto constitucional que afiança um salário mínimo ao idoso

e à pessoa portadora de deficiência sem renda a que dele necessitar.<sup>32</sup> (grifo nosso).

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

Tardiamente,<sup>33</sup> a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93), apelidada de LOAS, disciplinou a assistência social e, em especial, o denominado BPC, destinado aos idosos e às pessoas com deficiência, o que foi feito por meio dos seus arts. 20 e 21, transcritos abaixo na forma original:

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

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

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

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa

<sup>30</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. Benefício de prestação continuada e proteção social no Brasil: limites e perspectivas. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 77

<sup>31</sup> SPOSATI, Aldaíza. Benefício de prestação continuada como mínimo social. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 132.

<sup>32</sup> SPOSATI, Aldaíza. Benefício de prestação continuada como mínimo social. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 126.

<sup>33</sup> Embora constituído em 1988, a regulamentação do benefício constitucional ocorreu somente em 1993, ou seja, cinco anos após a sua previsão pela Constituição. Não bastasse a regulamentação tardia, em razão de dificuldades orçamentárias e de gestão, o benefício somente foi implantado efetivamente, e ainda parcialmente, em janeiro de 1996. Sob outro enfoque, cabe ainda destacar que benefício da mesma natureza já se apresentava na França desde 1940; na Alemanha e Holanda, desde 1960; e na Bélgica, desde 1970.

a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

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

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

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita a exame médico pericial e laudo realizados pelos serviços de perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

§ 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.

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

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.

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

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

Além de tardia, a forma como o benefício foi inicialmente regulamentado causou muitos entraves para a sua obtenção, acarretando a exclusão de um sem número de idosos e pessoas com deficiência ao seu acesso. Felizmente, no decorrer do tempo e, notadamente no ano de 2011, houve importantes mudanças na regulamentação do BPC, introduzidas pelas Leis federais nº 12.435, de 6 de julho e nº 12.470, de 31 de agosto, com destaque para esta última, que introduziu significativas e positivas mudanças na regulação do benefício em relação às pessoas com deficiência. Assim, embora tais alterações não sejam ainda totalmente suficientes para dar ao benefício a importância e conferir-lhe a plena finalidade que a Constituição lhe reservou (proteção social, bem-estar e justiça sociais), certamente terão o condão de possibilitar o seu acesso a um maior número de idosos e de pessoas com deficiência. Atualmente, a nova disciplina do BPC, com

as alterações trazidas pelas duas leis acima citadas, pode ser verificada pela seguinte redação:

**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.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§ 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.

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

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

§ 5º A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada.

§ 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 realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS.

§ 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.

§ 8º A renda familiar mensal a que se refere o § 3o deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

§ 9º A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o § 3o deste artigo.

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

**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.

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

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

§ 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.

§ 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.

**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.

§ 1º Extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora de que trata o caput deste artigo e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de revisão previsto no caput do art. 21.

§ 2º A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

Estabelecido o panorama inicial acerca do BPC, cumpre, a partir daqui, demonstrar que a maneira pelo qual tem sido disciplinado ao longo do tempo, impediu que muitos de seus destinatários pudessem usufruir do benefício constitucional, uma vez que o legislador não se atentou para os princípios constitucionais que deveriam nortear a regulamentação do referido benefício (cidadania, dignidade da pessoa humana, solidariedade, busca da erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais etc.). Em razão disso, a negação de tal direito de cidadania na operação desse mínimo de civilidade fez com que muitos idosos e pessoas com deficiência fossem bater às portas do Poder

Judiciário para verem implementado um direito fundamental seu que passou a ser constantemente cerceado.

A evolução legislativa referente ao BPC desde a sua regulamentação inicial tem sido marcada por debates e controvérsias que, com o decorrer do tempo, fizeram refletir substantivas alterações em pelo menos dois importantes aspectos, isto é, quanto à *idade mínima de acesso ao benefício pelo idoso* e quanto ao *conceito de família ou grupo familiar*, conceito que influencia diretamente a realização do cálculo da renda média familiar *per capita* – um dos requisitos para o acesso ao benefício, conforme se verá adiante.

No que diz respeito à idade mínima, após a regulamentação inicial do benefício (Lei nº 8.742/93), que previa a necessidade de o idoso contar com 70 anos ou mais de idade para sua obtenção (art. 20, *caput*), o revogado Decreto nº 1.744, de 8 de dezembro de 1995,<sup>34</sup> que regulamentou o BPC, previu a redução da idade mínima para o acesso ao benefício de 70 para 67 anos a partir de 1º de janeiro de 1998, e estabeleceu também uma segunda redução de 67 para 65 anos a partir de 1º de janeiro de 2000 (art. 42).<sup>35</sup>

O Estatuto do Idoso, estabelecido pela Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, concretizou a segunda redução da idade mínima para o acesso ao benefício que havia sido prevista pelo Decreto nº 1.744/95,<sup>36</sup> reduzindo-a para 65 anos. O Estatuto tratou do referido benefício em seu art. 34, dispondo que:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.

<sup>34</sup> O Decreto nº 1.744/95 foi revogado pelo Decreto n. 6.214/2007, vigente atualmente e que regulamenta o BPC da assistência social devido ao idoso e à pessoa com deficiência.

<sup>35</sup> A primeira redução na idade mínima para a concessão do BPC ao idoso, de 70 para 67 anos, ocorreu somente com a entrada em vigor da Lei nº 9.720, de 30 de novembro de 1998 (art. 1º), portanto, dez meses após a data prevista no Decreto de 1995.

<sup>36</sup> A redução que deveria ter ocorrido a partir de 1º de janeiro de 2000 aconteceu somente três anos mais tarde, com a entrada em vigor do Estatuto do Idoso.

Na mesma linha do Estatuto do Idoso, a Lei nº 12.435/11 consolidou a idade de 65 anos ou mais para que o idoso possa ter acesso ao benefício (art. 20, *caput*). Desse modo, o BPC constitui atualmente um benefício assistencial constitucional consubstanciado na garantia de 1 (um) salário- mínimo mensal ao idoso que tenha 65 anos ou mais de idade e que comprove os demais requisitos exigidos pela lei.

Muito embora os prazos fixados para redução da idade mínima de acesso ao benefício por parte dos idosos não tenha sido respeitado, o que pode ser aferido pela evolução legislativa nesse sentido, é que a referida redução de 70 para 65 anos de idade certamente teve o condão de estender esse acesso ao benefício constitucional a um grande número de idosos, propiciando assim uma maior inclusão e justiça sociais.

Adentrando na problemática do conceito de família, que afeta tanto aos idosos quanto às pessoas com deficiência, de acordo com o estabelecido originalmente no *caput* do referido art. 20 (e infelizmente mantido pela nova regulamentação), está expressa a condição de *o idoso e a pessoa com deficiência não serem sustentáveis por outrem*. Assim, para que os seus destinatários possam ser incluídos no benefício constitucional, precisam demonstrar, além de sua própria miserabilidade, também a de sua família. Nesse ponto, afirma Aldaíza Sposati, não basta apenas uma exclusão, isto é, ser idoso ou pessoa com deficiência (para a autora o fato de ser idoso ou deficiente por si só representa uma situação de sujeição à exclusão), mas são necessárias duas exclusões: ser idoso ou deficiente e demonstrar a miserabilidade sua e de sua família, verificando-se, portanto, uma sobrevivitização dessas pessoas.<sup>37</sup>

Ao vincular-se fortemente o acesso ao benefício a condição externa (demonstração da miserabilidade familiar), alterou-se o significado da norma constitucional que o estabeleceu. Nota-se claramente que a regulamentação ocorrida atribuiu centralidade à figura da família como responsável pela manutenção dos idosos e das pessoas com deficiência, atribuindo ao Estado o caráter da subsidiariedade no tocante ao assunto. O que se extrai é que a *responsabilidade* do Estado é secundária à da família e, portanto,

*subsidiária* ou *residual*, uma vez que o Estado somente arcará com a responsabilidade pela manutenção do mínimo de dignidade e cidadania do idoso e do deficiente quando a sua família não tiver condições de prover a própria subsistência e houver demonstrado a sua miserabilidade.

Aqui se pode verificar que a vinculação do acesso ao benefício à condição econômica da família do idoso ou da pessoa com deficiência fez o seu direito fundamental individual transitar para a esfera do direito de família. Com isso, esclarece Aldaíza Sposati, a regulação legal transmutou o benefício constitucional, e aqui consiste em uma das maiores restrições, “[...] onde o direito constitucional de um salário ao cidadão foi submetido a direito da família, e não mais do cidadão” individualmente considerado.<sup>38</sup> Além disso, o legislador acabou por diluir o caráter universal do benefício, estabelecido constitucionalmente (“A assistência social será prestada a quem dela necessitar [...]”).

Além de tardia, seletiva e transmutada, a regulamentação do BPC também se mostra *restritiva*, uma vez que o acesso ao benefício é fortemente vinculado à família e não aos idosos e às pessoas com deficiência enquanto titulares individuais de um direito fundamental. Pela forma como foi regulado, desconsideram-se também as características concretas de cada situação familiar especificamente considerada, bem como os agravos para uma sobrevivência digna resultante do fato de se tornar idoso ou deficiente.

Ao se atender ao mandamento constitucional, cujas disposições não podem ser contrariadas por legislação ordinária e se considerando o sistema normativo de forma harmônica (buscando-se interpretações que não importem em derrogações), verifica-se que não é possível uma interpretação do art. 20 da LOAS de forma puramente gramatical e restritiva no tocante ao conceito de família, sob pena de se incorrer em injustiças. Apenas para se citar um exemplo, se uma mãe ou um pai idoso, mesmo não tendo renda própria, coabitam com filhos maiores de vinte e um anos e aptos para o trabalho e esses, por imperativos jurídicos e morais, têm condições materiais de prover com dignidade a manutenção de seus pais, não há como se concluir pela miserabilidade familiar para a concessão do benefício assistencial.

<sup>37</sup> SPOSATI, Aldaíza. Benefício de prestação continuada como mínimo social. SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

<sup>38</sup> SPOSATI, Aldaíza. Benefício de prestação continuada como mínimo social. SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p.133.

Como se pode perceber, o *conceito legal de família* é de absoluta relevância, pois afeta diretamente as possibilidades de acesso ao benefício por parte de seus destinatários. Conforme já enunciado, como condição para o acesso ao BPC, o idoso ou deficiente precisa demonstrar não possuir meios para prover sua própria manutenção nem de tê-la provida pela sua família, ou seja, precisa demonstrar a própria miserabilidade e a de sua família. Para aferição dessa condição, a LOAS fixou um critério objetivo, consubstanciado na necessidade de a renda mensal familiar *per capita* ser inferior a  $\frac{1}{4}$  do salário-mínimo (art. 20, § 3º), situação que permaneceu idêntica na regulação do benefício desde a sua origem até o presente momento. Assim, o conceito legal de família influencia diretamente no cálculo da renda *per capita* (requisito para acesso ao BPC) e, portanto, na obtenção (ou não) do benefício, conceito que contou com importantes alterações ao longo de toda evolução legislativa que regulamentou o BPC.

A família, conforme regulamentação inicialmente trazida pelo § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, foi concebida como a unidade mononuclear de pessoas vivendo sob o mesmo teto (independentemente da existência de grau de parentesco), na qual a economia é mantida pela contribuição de seus integrantes. Percebe-se que o conceito estava inicialmente dissociado de relações biológicas, normalmente associadas à ideia de família, utilizando-se a lei de uma perspectiva sociológica, bastante útil à realidade brasileira, pois contemplou um aspecto abrangente no tocante ao conceito de família.

Posteriormente, a Lei nº 9.720, de 30 de novembro de 1998, modificando o citado dispositivo legal, alterou o conceito de família estabelecido anteriormente, passando a restringi-lo aos dependentes para fins previdenciários previstos no art. 16 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, entendendo-se então como família o conjunto de pessoas elencadas no referido artigo, desde que vivam sob o mesmo teto.<sup>39</sup> Com a modificação ocorrida, a lei não

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

A delimitação trazida pela Lei nº 9.720/98 gerou muita polêmica na prática, causou uma divergência jurisprudencial e, com fundamento nas “peculiaridades” dos casos concretos, inúmeras decisões judiciais passaram a ser proferidas, “relativizando” o rol pretensamente exaustivo do grupo familiar trazido pela referida lei, tudo com vistas à realização da proteção e justiça sociais.

Nesse sentido, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) decidiu que (mesmo diante de previsão legal expressa) o rol do grupo familiar não é exaustivo, podendo, diante do caso concreto e avaliadas as suas peculiaridades, ser alargado ou diminuído, de acordo com a equitativa apreciação judicial. Nessa linha (ainda na vigência da redação trazida pela Lei nº 9.720/98), a Turma entendeu que o padrasto (ou a madrasta) pode ser considerado como membro da família, pois é incumbência do julgador, em cada caso concreto, avaliar se outras pessoas não inseridas no art. 16 da Lei nº 8.213/91 fazem parte da família que vive sob o mesmo teto.<sup>40</sup> Em outra situação, a TNU afastou a filha maior de 21 anos (e a filha desta, neta da autora) do núcleo familiar, sob o fundamento de que, na ocasião, o § 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 fazia referência ao art. 16 da Lei nº 8.213/91, e que o rol deste último seria exaustivo. Verifica-se que o argumento empregado é diametralmente oposto ao do acórdão citado anteriormente, que considerou a listagem como sendo meramente exemplificativa.<sup>41</sup>

Recentemente, a Lei nº 12.435/2011 alterou novamente a redação do § 1º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93 e, modificando substancialmente o conceito de família para fins de acesso ao BPC, dispôs que “[...] a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto”.

<sup>39</sup> Para fins de acesso ao BPC, de acordo com o art. 16 da Lei nº 8.213/91, a família passou a ser compreendida somente pelo cônjuge; companheira; companheiro; filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; pais; irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; e o enteado e o menor tutelado (que são equiparados a filho) mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento (Redação dada pela Lei nº 9.032/95).

<sup>40</sup> Processo nº 200770950064928. Rel. Juíza Federal Maria Divina Vitória, j. 26/09/2008, DJ 19/08/2009.

<sup>41</sup> Processo nº 200563060020122. Rel. Juiz Federal Alexandre Miguel, j. 16/10/2006, DJ 13/11/2006.

Com a sobredita modificação, a norma se manteve equidistante da redação original (que permitia a inclusão, no grupo familiar, de qualquer pessoa vivendo sob o mesmo teto, independentemente de relação de parentesco), assemelhando-se ao texto anterior, mas agora com a diferença de que não mais faz referência aos dependentes para fins previdenciários previstos na Lei nº 8.213/91, passando a listar expressamente quem pode ser considerado como integrante do núcleo familiar. Mais uma vez, o legislador andou mal ao optar por manter um rol pretensamente exaustivo de pessoas que compõem o grupo familiar para fins de acesso ao BPC, pois com a nova regulação, a interpretação que se tem é a de que qualquer pessoa que não esteja arrolada no dispositivo legal deve ser desconsiderada, tanto para o cálculo do número de indivíduos quanto para o cômputo da renda *per capita* do grupo familiar, o que pode gerar situações injustas.

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

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

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

(e suas burocracias) encarregado de gerir a concessão do BPC,<sup>42</sup> de modo que, para o postulante ver seu direito fundamental implementado, precisa socorrer-se constantemente do Poder Judiciário que, sensível à realidade social dos idosos e dos deficientes no Brasil, bem como às diretrizes constitucionais e, lançando mão de uma interpretação condizente com o *espírito da Constituição*, tem efetivado esse direito fundamental para muitos idosos. É o que denota a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que pela importância transcreve-se em parte:

REEXAME NECESSÁRIO. TUTELA ANTECIPADA NO BOJO DA SENTENÇA. AGRAVO RETIDO. VIA INADEQUADA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ARTIGOS 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 20 DA LEI N.º 8.742/93. IDOSA. HIPOSSUFICIÊNCIA. BENEFÍCIO DEVIDO. TERMO INICIAL. [...] 4. É importante assinalar que a Lei nº 10.741/2003, além de reduzir o requisito idade para a concessão do benefício assistencial, dispôs no parágrafo único do artigo 34 que “O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas”. **A lei outra coisa não fez senão deixar claro, em outras palavras, que o benefício mensal de um salário mínimo, recebido por qualquer membro da família, como única fonte de recursos, não afasta a condição de miserabilidade do núcleo familiar, em cuja situação se justifica a concessão de amparo social a outro membro da família que cumpra o requisito idade. Seria de indiscutível contra-senso se entender que o benefício mensal de um salário mínimo, na forma da LOAS, recebido por um membro da família, não impede a concessão de igual benefício a outro membro, ao passo que a concessão de aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, nas mesmas condições, seria obstáculo à concessão de benefício assistencial.** Se é de miserabilidade a situação da família com renda de um salário mínimo, consistente em benefício disciplinado pela LOAS, também o é pelo Regime Geral da Previdência Social quando o benefício recebido por um membro da família se restringir ao mínimo legal, pois a aferição da hipossuficiência é eminentemente de cunho econômico. Vai-se mais longe ainda. **A renda familiar de um salário mínimo, percebida por um membro da família, independentemente da origem da re-**

<sup>42</sup> A responsabilidade pela operacionalização do BPC foi conferida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), sendo, portanto, de sua competência verificar o preenchimento das condições necessárias para a concessão, ou não, do referido benefício (art. 3º do Anexo do Decreto nº 6.214/2007, que regulamenta o BPC).

**ceita, não poderá ser impedimento para que outro membro, cumprindo os demais requisitos exigidos pela Lei nº 8.742/93, aufera o benefício assistencial**, pois a condição econômica para a sobrevivência é exatamente igual àquela situação de que trata o parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 10.741/2003. **Na hipótese, o fato de o marido da Autora receber benefício previdenciário de um salário mínimo não obsta a concessão do “amparo social” à autora**, [...]. (TRF 3ª Região, Décima Turma, decisão unânime, AC nº 897590/SP, Rel. Juiz Galvão Miranda, Julgado em 28.09.2004, publicado no DJU de 18.10.2004). (grifo nosso)

É preciso deixar claro que não está aqui a se falar de um favor prestado pelo Estado aos idosos e às pessoas com deficiência, mas de um direito que, embora previsto constitucionalmente, desde a sua primeira regulamentação, tem encontrado óbice diante dos Poderes Públicos para sua concretização.

Como já visto, a regulamentação do benefício tardou cinco anos para ocorrer desde a sua previsão constitucional. Antes da promulgação da LOAS, o Supremo Tribunal Federal adotou o entendimento de que o inciso V, do art. 203, da Constituição, que estipulou o benefício, não seria autoaplicável,<sup>43</sup> mas dependente de regulamentação por lei infraconstitucional. Portanto, mais de oito anos se passaram sem que os seus destinatários pudessem ter acesso a um direito seu estabelecido constitucionalmente, pois, mesmo com a regulamentação em 1993, pelas dificuldades já apresentadas anteriormente, o benefício só passou a ser implementado em 1996.

Não bastassem os aspectos ruins da regulamentação do benefício demonstrados até aqui, as restrições impostas pela LOAS foram severas, sendo a pior delas, sem dúvida, o critério objetivo do qual lançou mão para aferir a miserabilidade do idoso/pessoa com deficiência e de suas famílias, isto é, a necessidade de comprovação da renda familiar mensal *per capita* inferior a ¼ do salário-mínimo.

Logo após a legislação ter previsto o critério em discussão, a sua constitucionalidade foi questionada. O Poder Judiciário passou a receber inúmeras ações visan

do à obtenção do benefício constitucional indeferido na via administrativa.<sup>44</sup>

Uma confusão nasceu da interpretação dessa regra e perdura desde então nos fóruns de discussão jurídica e na jurisprudência, nos quais se indaga o percebimento de uma renda mensal familiar inferior ou superior a ¼ do salário-mínimo como uma presunção absoluta (*juris et de jure*) ou relativa (*juris tantum*) da condição do idoso/pessoa com deficiência e de suas famílias. Por outras palavras, o referido requisito (analisado isoladamente) constitui uma certeza inafastável da existência (ou não) de risco social para os destinatários do benefício, capaz de justificar (ou não) serem eles merecedores da prestação assistencial? Muito se discute acerca da necessidade da análise de outras condições da família, e não somente a renda *per capita*, visto que, concretamente, outras situações podem demonstrar as reais necessidades econômicas daqueles que buscam o acesso ao benefício.

Esse cenário deu ensejo à propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232/DF, que ocorreu em 24 de fevereiro de 1995, pelo então Procurador Geral da República, Aristides Junqueira de Alvarenga. Por meio da referida ação, questionou-se a constitucionalidade do critério objetivo fixado pela lei federal para o acesso ao benefício assistencial previsto no inciso V, do art. 203, da Constituição da República. Analisando a questão, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o dispositivo constitucional passou a ter eficácia plena com a regulamentação trazida pela LOAS.

De acordo com o STF, que por maioria julgou improcedente a ADIn, sob o fundamento de que o dispositivo constitucional atribuiu à lei infraconstitucional a fixação dos parâmetros para a concessão do benefício, a prova da miserabilidade deve então ser feita pela análise dos rendimentos mensais do idoso e de seu respectivo

<sup>44</sup> Com grande frequência o indeferimento do benefício na via administrativa ocorre em razão de o idoso e sua família possuírem renda familiar *per capita* que ultrapassa o limite fixado na LOAS, ou seja, por não ser considerado miserável, para fins assistenciais. O INSS, ao negar a concessão do benefício, fundamenta sua decisão no critério objetivo estabelecido pelo § 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, justificando que a renda familiar ultrapassa o limite permitido legalmente. Em virtude de o critério regulado pela LOAS limitar demasiadamente o acesso ao benefício, deu-se ensejo à propositura de muitas ações judiciais para discutir o indeferimento administrativo do benefício assistencial.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1232-1/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

núcleo familiar, desde que vivam sob o mesmo teto, considerando-se incapaz de prover a própria manutenção, a pessoa idosa em que a família possuir renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário-mínimo, conforme se depreende da Ementa da referida ADIn, abaixo transcrita:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. (ADI 1232, Relator (a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095).<sup>45</sup> (grifo nosso).

Dois pontos importantes precisam ser destacados acerca do julgamento da ADIn referida acima. O primeiro consiste no sucinto voto do então ministro, Nelson Jobim, transcrito abaixo e que outra coisa não revela senão a exacerbada veneração à lei em detrimento da Constituição, bem como demonstra o triste influxo da tese positivista da neutralidade do direito, segundo a qual o Direito pode ter qualquer conteúdo,<sup>46</sup> mesmo que isso possa ensejar a uma multidão de idosos excluídos um legítimo direito constitucional.

O SR. MINISTRO NELSON JOBIM - Sr. Presidente, **data vênua**, do eminente Relator, compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. **O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível** porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição.<sup>47</sup> (grifo nosso).

O segundo ponto que merece ser destacado é o construtivo voto do Relator da referida ADIn, o então ministro, Ilmar Galvão que, lançando mão da *técnica da interpretação conforme* (importante elemento e construção ocorrida no Estado Constitucional contemporâneo pela jurisprudência do Tribunal Federal Alemão), entendeu que os requisitos trazidos pela lei regulamentadora do benefício em questão não impedem a comprovação da miserabilidade do idoso e da pessoa com deficiência por outros meios, isto é, pela *análise da situação específica de quem pleiteia o benefício*, depreendendo-se daí a possibilidade de o aplicador do direito considerar outros aspectos (premissas fáticas de cada caso), além dos limites objetivos trazidos pela lei regulamentadora. É o que se verifica pelas palavras do então Relator, cujo voto, devido à sua importância, pede-se *vênua* para transcrever parcialmente:

Veja-se, no entanto, que, da **interpretação** de tal Lei federal nº 8.742, de 1993 – conforme seja tal exegese – é que pode resultar o desrespeito ao mandamento constitucional.

Com efeito, se se entender – como parece ter entendido a representação acolhida pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República – que o § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742, de 1993, esgota o rol das possibilidades de comprovação de falta de meios, para o deficiente se manter ou ser mantido por sua família, então, realmente, essa norma há de ser tida **inconstitucional**, na medida em que se terá revelado flagrantemente **limitadora** (“considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência [...] a família cuja renda mensal **per capita** seja **inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo**”) de garantia constitucional **ilimitada** (“a quem dela necessitar”).

Entretanto, se se entender que o mesmo § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1993, ao contrário de estar **instituído caso único** de possibilidade de prova de tal falta de meios e de estar **excluindo outras possibilidades**, nada mais faz do que meramente instituir caso de **PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE** de insuficiência de meios familiares, para manutenção de portador de deficiência, então nenhuma inconstitucionalidade poderá ser entrevista.

[...]

Por isso, ao estabelecer que, em se tratando de “família cuja renda mensal **per capita** seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”, **AUTOMATICAMENTE** “Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência”, o § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1993, nada mais estava fazendo, senão instituindo típica **PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE**, ou seja, **DISPENSANDO DE QUAL-**

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385451>>. Acesso em: 19 out. 2011.

<sup>46</sup> HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000. p. 12.

<sup>47</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385451>>. Acesso em: 19 out. 2011.

**QUER COMPROVAÇÃO, NO ESPECÍFICO CASO CONSIDERADO** – continuando **OS DEMAIS CASOS** submetidos à regra geral de **COMPROVAÇÃO** –, no que não extrapolou a outorga que lhe foi conferida pelo texto constitucional.

Em sendo assim, está-se na típica presença de caso no qual se faz invocável o entendimento dessa Suprema Corte, segundo o qual, existindo duas ou mais formas de se interpretar o texto constitucional, e revestindo-se apenas uma delas de constitucionalidade, essa Excelsa Corte **não** declara a inconstitucionalidade, mas proclama a “**interpretação conforme a Constituição**”.

O parecer é, por conseguinte, de que a Ação Direta de Inconstitucionalidade deva ser julgada procedente, porém exclusivamente para o efeito de ser proclamada a interpretação conforme a Constituição, segundo a qual, o § 3º do art. 20 da Lei federal nº 8.742, de 1993, limitou-se a instituir caso de presunção *juris et de jure*, sem excluir a possibilidade de serem comprovados outros casos de efetiva falta de meios para que o portador de deficiência possa prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família.<sup>48</sup>

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

Com a aplicação da interpretação conforme a Constituição, entendeu o STF no sentido de que a lei estabeleceu uma presunção absoluta de que as famílias cuja renda fosse inferior a ¼ do salário-mínimo estariam automaticamente dispensadas de provar sua incapacidade para prover o idoso e o deficiente. Por outro lado, em sendo a renda familiar superior à fração legal, a presunção seria relativa, podendo ser provada a vulnerabilidade econômica e social dessas pessoas e de suas famílias por outros meios. Nota-se aqui uma engenhosa construção do aplicador do direito, lançando mão de técnicas interpretativas próprias do Estado Constitucional de Direito, no intuito de preservar a vontade constitucional e assim possibilitar a concretização de um direito fundamental, fazendo atuar, indiretamente, uma política pública de assistência social estabelecida pela Constituição.

<sup>48</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=385451>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

Mesmo diante da decisão do STF, a matéria não se tornou pacífica. O então Ministro, Néri da Silveira, no julgamento do RE nº 286.543-5, chegou a afirmar que o limite previsto no § 3º, do art. 20, da LOAS “[...] não encontra fundamento de validade jurídica na Lei Maior vigente”.<sup>49</sup> Inúmeras decisões judiciais passaram a firmar-se fundamentadas nesse sentido, sustentando que o critério da miserabilidade, única e exclusivamente considerado, nega o princípio da dignidade da pessoa humana e com isso fere o núcleo essencial da Constituição.

Para o Superior Tribunal de Justiça, o critério objetivo de ¼ do salário-mínimo não é absoluto, podendo o julgador valer-se de outros elementos de prova para formar a sua convicção acerca da condição de miserabilidade do requerente do benefício. É isso que revela o paradigmático Acórdão prolatado no Resp nº 1.112.557/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho que, pela sua relevância, justifica-se a transcrição de uma elucidativa fração de sua ementa:<sup>50</sup>

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. 2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. 3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF. 4. Entretanto, **diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável**. 5. **A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada**

<sup>49</sup> BOTELHO, Marcos César. O benefício assistencial de prestação continuada. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 179, 1 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4654>>. Acesso em: 25 out. 2011.

<sup>50</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900409999&dt\\_publicacao=20/11/2009](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200900409999&dt_publicacao=20/11/2009)>. Acesso em: 25 out. 2011.

a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo. 6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarificação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar. (grifo nosso)

Esse entendimento encontra-se solidificado no STJ, conforme se pode aferir da ementa de recente julgado da referida Corte, transcrita abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. AFERIÇÃO DA RENDA PER CAPITA POR OUTROS MEIOS QUE NÃO O CRITÉRIO DE 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. POSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ. 1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que a condição de hipossuficiência para fins de obtenção de benefício assistencial pode ser aferida por outros meios de prova além da limitação legal relativa ao requisito econômico previsto na Lei nº 8.742/93. 2. Concluindo o Tribunal de origem, com fulcro nas provas produzidas, que a parte autora faz jus ao benefício assistencial porquanto demonstrada a situação de miserabilidade da entidade familiar, a inversão do julgado esbarra no enunciado nº 7 desta Corte. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1265039/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 28/09/2011). (grifo nosso)

No mesmo sentido, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais chegou a publicar a Súmula de nº 11, que previa em seu enunciado que a “[...] renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”. Contudo, a referida Súmula foi cancelada em 12 de maio de 2006.

Não obstante o cancelamento da Súmula, a TNU, em sessão de julgamento realizada em 13 de agosto de 2007, confirmou, em diversos processos, o entendimento

de que o critério objetivo fixado pela LOAS não é o único válido para comprovação da miserabilidade do postulante e de sua família para os casos de concessão de benefício assistencial, uma vez que, para os membros do colegiado, outros fatores podem ser considerados para constatação do referido estado de miserabilidade.

Um dos fatores, exemplificando, é a exclusão da aposentadoria recebida pelo cônjuge, no valor de um salário-mínimo, do cálculo da renda familiar, nos casos em que tanto este quanto o requerente são idosos, uma vez que o Estatuto do Idoso (parágrafo único do art. 34) autoriza essa exclusão. Nesse caso, o juiz federal Hélio Ourem Campos, relator do processo, observa que a autora mora em uma casa cedida pela filha, e ainda que o serviço social apresentou nos autos laudo concluindo que ela apresenta os critérios para a concessão do benefício. De acordo com o laudo, os critérios estão consubstanciados no fato de ela residir com o marido, vivendo ambos apenas da renda dele e esta ser insuficiente para a sobrevivência do casal, que tem gastos com alimentação, medicamentos, água, luz e outras despesas. Além disso, o laudo atestou também que a autora é idosa, doente (hipertensa), necessitando de uso contínuo de medicação.<sup>51</sup>

Em outro processo, a renda familiar *per capita* extrapolava o limite de ¼ do salário-mínimo, no entanto, a autora comprovou ser portadora do vírus HIV, deficiente física e, portanto, incapaz para o trabalho. De acordo com juiz federal Marcos Roberto Araújo, relator desse processo, a renda auferida pelo grupo familiar, que na época era composto de oito pessoas, tem origem na aposentadoria recebida pelo pai da autora (62 anos), hipertenso, que também faz uso de medicamentos, e no salário de um irmão solteiro, no valor mínimo. Nesse caso, o julgador deveria ter sopesado “[...] as necessidades especiais da autora, de alimentação diferenciada e acompanhamento constante, decorrentes das crises sofridas em decorrência da AIDS e dos transtornos mentais remanescentes como seqüela da toxoplasmose cerebral de que foi acometida”.<sup>52</sup>

O que se vê, portanto, por meio da análise desses e de outros julgados é que o direito fundamental a um salá-

<sup>51</sup> PEDILEF 200543009028900, Juiz Federal Hélio Silvio Ourem Campos. TNU – Turma Nacional de Uniformização, DJU 02/10/2007.

<sup>52</sup> PEDILEF 200534007548367, Juiz Federal Renato César Pesanha de Souza. TNU – Turma Nacional de Uniformização, DJU 22/01/2008.

rio-mínimo dispensado pela Constituição a todos os que dele necessitam somente tem sido efetivado para muitos idosos e pessoas com deficiência graças à atuação do Poder Judiciário que, lançando mão de uma hermenêutica e de técnicas interpretativas próprias do Estado Constitucional contemporâneo, tem afastado a possibilidade de incidência da lei nos casos concretos de forma mecânica, neutra e avalorativa.

O entendimento adotado pelo STF não apaziguou de maneira definitiva a tormenta hermenêutica que ainda hoje gravita em torno da interpretação da regra do § 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, uma vez que é possível perceber que a exegese fixada pela Corte Superior potencializou a lacuna axiológica que se extrai do dispositivo regulamentador infraconstitucional.

Com a edição da Lei nº 12.435/2011, o legislador perdeu uma grande oportunidade legislativa de pôr fim a toda desarmonia jurisprudencial que gravita em torno da polêmica regra. Por meio da referida lei, que realizou significativas alterações na LOAS, o legislador poderia ter sepultado de uma vez por todas a controvérsia em discussão que, ao que tudo indica, terá ainda grande sobrevida. Mas, ao contrário, preferiu o silêncio e a histórica (e talvez proposital) indiferença legislativa. Desse modo, o postulante do benefício em comento certamente ainda necessitará, por um longo tempo, socorrer-se (e em não poucos casos) do Poder Judiciário, se quiser ver implementado um direito fundamental seu que lhe deveria ser concedido ao menos de forma menos tormentosa. Diante de todos esses aspectos, é no mínimo curiosa a colocação feita por Eugênia Augusta Gonzaga Fávero sobre o BPC:

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 condutas. Apenas “dar o peixe” leva a uma conduta caritativa que em nada contribui para a inclusão social da pessoa humana. Por outro lado, ninguém aprende nada de “estômago vazio”.<sup>53</sup>

Para a autora, o BPC foi e tem sido regulado com essa dupla finalidade, o que não é de todo difícil aferir-se por todos os comentários já deduzidos até aqui. Segundo ela, é realmente “[...] uma lástima que a lei ordinária, que deveria apenas disciplinar o ACESSO ao benefício, tenha praticamente inviabilizado este acesso, ou, quando não, transformado a obtenção do benefício num ATESTADO de incapacidade”.<sup>54</sup>

Ao cabo de contas, o efeito ocorrido foi exatamente contrário daquele querido pela Constituição, isto é, ao se exigir do idoso e da pessoa com deficiência a comprovação da incapacidade para prover a própria manutenção ou de não tê-la provida pela sua família, fixando-se um critério objetivo único que estabelece a necessidade de a renda *per capita* familiar ser inferior a ¼ do salário-mínimo para comprovação da miserabilidade do idoso e de sua família, a LOAS e suas sequentes alterações acabou estabelecendo um corte que foi capaz de originar uma legião de idosos e de deficientes excluídos sociais e não a inclusão desejada pela Constituição. Malogrou-se a dignidade, a solidariedade e a cidadania, e certamente não era essa a vontade constitucional (a “vontade da Constituição”).

Em meio ao triste cenário que se apresentou até o momento, no ano de 2011, a regulação do BPC experimentou uma importante evolução legislativa. No tocante às pessoas com deficiência, a Lei nº 12.435/2011 e, notadamente, a Lei nº 12.470/2011 trouxeram importantes alterações que consagraram importante avanço na proteção social desse segmento da sociedade, fato que certamente contribuirá para proporcionar um maior acesso dessas pessoas ao benefício.

A primeira delas refere-se ao *conceito* de pessoa com deficiência. A Lei nº 12.435/2011, alterou o § 2º, do art. 20 da LOAS, que estabelecia originalmente que pessoa com deficiência era aquela “[...] incapacitada para a vida independente e para o trabalho”, conceito inadequado que apresentava uma presunção de que as pessoas com alguma deficiência eram, por tal razão, permanentemente incapacitadas para viver uma vida independente e para

<sup>53</sup> FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Avanços que ainda se fazem necessários em relação ao benefício assistencial de prestação continuada. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 179.

<sup>54</sup> FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Avanços que ainda se fazem necessários em relação ao benefício assistencial de prestação continuada. In: SPOSATI, Aldaíza (Org.). *Proteção social e cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p.183.

trabalhar. Com a nova redação, operou-se uma importante redefinição no conceito em questão, estabelecendo-se que a pessoa com deficiência é “[...] aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas”. Nesse ponto, a lei adequou parcialmente o conceito legal à *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* já mencionada neste trabalho (art. 1º).<sup>55</sup> Por sua vez, a Lei nº 12.470/2011, introduzindo no conceito legal o impedimento de natureza *mental*, promoveu a total adequação com o estabelecido na referida Convenção.

Conforme é possível aferir-se, a nova definição leva em conta dois principais aspectos, isto é, o *biológico*, consistente nos “[...] impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial” e o *sociológico*, consubstanciado na “[...] interação dos impedimentos biológicos com barreiras, e a obstrução da participação plena e efetiva do deficiente na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas”. Assim, a deficiência deverá ser compreendida como um impedimento de longo prazo (não necessariamente definitivo ou permanente) de natureza biológica que traz restrições biológicas e sociais para uma pessoa. Para fins de acesso ao BPC, a principal diferença trazida pela alteração legislativa está no fato de que se deixa de exigir a incapacidade permanente para a vida independente e para o trabalho, devendo a deficiência ser compreendida como um fenômeno biológico e social que impede a pessoa de prover a sua própria subsistência não somente de forma permanente, mas bastando que tal impedimento ocorra por um longo prazo. Nesse ponto, andou bem o legislador, uma vez que essa definição veio pacificar a controvérsia até então existente acerca da possibilidade de se conceder (ou não) o benefício assistencial constitucional para a pessoa que não tenha uma deficiência permanente.

Aqui cabe destacar que, mesmo antes da redefinição do conceito legal de pessoa com deficiência e do consequente término da controvérsia acima mencionada, o Poder Judiciário já vinha socorrendo os postulantes de-

ficientes que possuíam apenas uma *incapacidade parcial* para a vida independente e para o trabalho e não apenas *permanente*, conforme exigia a autarquia federal para a concessão do benefício pela via administrativa. É o que se pode constatar pela análise de um dos muitos julgados<sup>56</sup> nesse sentido, descrito abaixo:

**TRF-5 – ASSISTENCIAL. AMPARO SOCIAL. ARTIGO 203 DA CF/88. LEI Nº 8.742/93 E DECRETO Nº 1.744/93. INCAPACIDADE LABORATIVA COMPROVADA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DEMONSTRADA. DIREITO AO BENEFÍCIO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111 DO STJ. APLICABILIDADE. I. A Lei nº 8.742/93 assegura à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, a concessão de um salário mínimo de benefício mensal. II. Considerando a prova testemunhal (fls.103/104) e o laudo pericial (fl.77/78), no qual consta que o paciente é portador de Atrofia de musculatura e deficiência importante da força em membro superior direito, **verifica-se a incapacidade parcial do autor para sua atividade laboral**, o que, diante das suas circunstâncias sociais e pessoais, o impede de acessar o mercado de trabalho que lhe estaria disponível, o qual necessariamente lhe exige aptidão física para atividades braçais que não possui. [...] VIII. Apelação provida. (AC – Apelação Cível 505049/CE. Relator: Desemb. Federal Emiliano Zapata Leitão. Data Julgamento: 28/09/2010. Diário da Justiça Eletrônico – Data: 30/09/2010 – Página: 784 – Ano: 2010). (grifo nosso)**

Como outra alteração benéfica às pessoas com deficiência, destaca-se a inclusão do § 3º ao art. 21 da LOAS pela Lei nº 12.435/2011, estabelecendo que “[...] o desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação, entre outras, não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência”, situações que antes tinham o condão de ensejar a suspensão ou a cessação do referido benefício.

Talvez a mais importante e significativa mudança trazida pela Lei nº 12.470/2011 em favor das pessoas com deficiência consiste na diminuição das barreiras trabalhistas e na consequente promoção da inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho, retirando-as de uma esfera de marginalização e de exclusão social, quadro que era ensejado pela regulamentação anterior, uma vez que,

<sup>55</sup> “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.”

<sup>56</sup> Nesse sentido, vide seguintes julgados do TRT 5: AC 472744/SE, APELREEX 2152/PB, AC 522599/CE e AC 527579/CE.

além do preconceito e da falta de qualificação que atinge esse segmento social, a legislação também se mostrava como uma barreira para grande parte dessas pessoas adentrarem no mercado de trabalho.

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

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

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

Considerados os aspectos positivos da reformulação legislativa que favorecem as pessoas com deficiência, cabe dizer que a breve incursão na trajetória do BPC feita até aqui infelizmente demonstra uma perversa lógica que orientou e tem orientado a sua materialização e, ainda que algumas mudanças tenham aperfeiçoado o processo e facilitado o seu acesso, o que se pode aferir, ao longo do tempo, é uma história de aprofundamento da seletividade e consequente exclusão social dos seus destinatários, notadamente pela via administrativa.

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

Na mesma linha, o Poder Judiciário, de modo geral, atento àquilo que foi objetivado pela Constituição e aos fins sociais aos quais a lei se destina, ou seja, vislumbrando a necessidade da prestação de assistência e de proteção social a quem necessita e a imperiosidade da proteção dos idosos e das pessoas com deficiência que se encontram em uma situação de miserabilidade, não tendo como prover a própria subsistência, tem socorrido aos postulantes do benefício, possibilitando o exercício de um direito cerceado arbitrariamente. Tudo com base em uma interpretação que mais se aproxima do espírito da Constituição e da vontade constitucional, não se pautando, portanto, em uma mera interpretação literal e fria da letra da lei.<sup>57</sup> É o que afere pelos diversos trechos de alguns dos julgados dos Juizados Especiais Federais e do Superior Tribunal de Justiça sobre a temática em questão, reproduzidos abaixo:

**TRF-1** – PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEI Nº 8.742, DE 1993 (LOAS). REQUISITOS LEGAIS. PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. COMPROVAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DE PROVER A SUA PRÓPRIA MANUTENÇÃO OU TÊ-LA PROVIDA POR SUA FAMÍLIA. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A Renda Mensal Vitalícia será devida ao idoso, maior de 65 (sessenta e cinco) anos de idade ou ao inválido que não exercer atividade remunerada, não for mantido por pessoa de quem dependa obrigatoriamente e não tiver outro meio de prover o próprio sustento,

<sup>57</sup> “[...] pois a letra mata, mas o Espírito vivifica” (BÍBLIA SAGRADA. NVI. II Coríntios 3, 6).

na forma do art. 20 da Lei 8.742/93. 2. Quando da elaboração do laudo do estudo sócio-econômico (fl. 34/35), verificou-se que a autora reside sozinha. Mesmo não constando dos autos a informação quanto sua renda mensal o só fato dela receber uma cesta básica a cada dois meses da prefeitura municipal, denota o grau de sua hipossuficiência. 3. As Leis nº 9.533/97 e nº 10.689/2003, cujos beneficiários devem possuir renda mensal familiar inferior a ½ salário mínimo, estabeleceram critério mais vantajoso para análise objetiva da miserabilidade. 4. Deve ser estabelecido igual tratamento jurídico no que concerne à verificação da miserabilidade, a fim de se evitar distorções que conduzam a situações desprovidas de razoabilidade. Assim, deve ser considerada incapaz de prover a manutenção de pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ½ salário mínimo. 5. **O fato da renda familiar per capita ser superior a ¼ (um quarto) do salário-mínimo não impede que outros fatores sejam considerados para a avaliação das condições de sobrevivência da parte autora e de sua família, fazendo com que a prova da miserabilidade necessária à concessão do benefício assistencial seja mais elástica.** [...] (AC 0019642-56.2011.4.01.9199/MG, Rel. Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, Segunda Turma, e-DJF1 p. 351 de 07/10/2011). (grifo nosso)

**TRF-2 – PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. INCAPACIDADE ATESTADA. HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS PREENCHIDOS.** I - Hipótese em que o INSS se insurge contra a decisão que, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, concedeu à agravada o pagamento de benefício assistencial de prestação continuada (LOAS), nos termos do art. 20, da Lei nº 8.742/93. II - A ausência de prévio requerimento administrativo, em hipóteses de LOAS, não obsta o ajuizamento da ação, evidenciada a hipossuficiência intrínseca à sua natureza e o interesse de agir presumido. III - O benefício de amparo assistencial foi instituído para garantir a subsistência da parcela da população impossibilitada de trabalhar e sem meios próprios de subsistência, devido à idade avançada ou por ser portadora de deficiência, independentemente de qualquer reciprocidade contributiva. IV - Em Juízo de probabilidade, restou comprovada a verossimilhança da alegação, já que presentes os requisitos para concessão do benefício assistencial: incapacidade para vida independente e para o trabalho e a hipossuficiência do núcleo familiar. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1112557/MG, proferiu decisão no sentido de que, **ainda quando a renda per capita do núcleo familiar ultrapassar 1/4 do salário mí-**

**nimo, é possível a demonstração da condição de miserabilidade da pessoa por outros meios de prova, para fins de benefício assistencial, como ocorreu no caso concreto.** V - Configurado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação pelo fato de a agravada não ter meios de prover a sua própria sobrevivência nem tê-la provida por sua família. VI - Agravo de instrumento improvido. (AG – AGRAVO DE INSTRUMENTO – 176550. Processo: 2009.02.01.007511-1 – UF: RJ – Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA. Data Decisão: 22/06/2011. Documento: TRF-200257912). (grifo nosso).

**TRF-3 – BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 8.742/93, ARTIGO 2º, § 3º. ADIN 1.232-1. CONCESSÃO DA LIMINAR. O dispositivo constitucional assegura no valor de um salário mínimo o benefício de que trata, a vontade concretizada na Norma Ápice de outro modo não sendo concebível que não pela via da consideração de que a assistência de que necessitam as pessoas nas condições previstas reclama o mínimo estabelecido, contrariando, destarte, a Constituição, o disposto no art. 2º, § 3º da Lei 8.742/93.** A decisão proferida pelo Excelso Pretório na ADIn nº 1.232-1 é despida de efeito vinculante, o pronunciamento pelo qual é julgada improcedente a ADIn não impede o reconhecimento do vício máximo em caráter incidental ou mesmo em ação direta desde que proposta por outro ente a tanto legitimado, o conteúdo daquela decisão, ademais, acenando apenas para a legalidade da intervenção do legislador para estabelecer critérios objetivos à concessão do benefício, nada dizendo com relação ao percentual especificamente definido. Preenchidos os requisitos ensejadores da medida, mantém-se a decisão recorrida. Agravo de instrumento improvido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 98.03.079326-8; RELATOR: DES. FEDERAL PEIXOTO JUNIOR).<sup>58</sup> (grifo nosso).

**TRF-3 – CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. AGRAVO (ART. 557, §1º, CPC). REQUISITOS LEGAIS. LEI 8.742/93, ART. 20, §3º. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. ADIN 1.232-1. EFEITO VINCULANTE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL DO BENEFÍCIO. ERRO MATERIAL. I - A questão relativa à hipossuficiência econômica do autor foi devidamente analisada pela decisão agravada, à luz da jurisprudência consolidada no âm-**

<sup>58</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. *Pessoa Idosa e Pessoa Portadora de Deficiência*: da dignidade necessária. Vitória: CEAJ, 2003. Disponível em <[http://www.mpes.gov.br/anexos/conteudo/206115422\\_592006.pdf](http://www.mpes.gov.br/anexos/conteudo/206115422_592006.pdf)> Acesso em: 2 nov. 2011.

bito do E. STJ e do posicionamento usual desta C. Turma, no sentido de que o art. 20, §3º, da Lei 8.742/93 define limite objetivo de renda per capita a ser considerada, mas não impede a comprovação da miserabilidade pela análise da situação específica de quem pleiteia o benefício. (Precedente do E. STJ). II - Ainda que seja superior ao limite fixado no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, a renda familiar verificada mostra-se insuficiente à manutenção do autor haja vista a existência de gastos específicos que comprometem o rendimento percebido. III - Não se olvida da improcedência da ADIN 1.232-1, contudo, o seu efeito vinculante diz respeito apenas à discussão acerca da constitucionalidade do § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/93, não restringindo o princípio do livre convencimento motivado do magistrado quanto à interpretação da norma e sua aplicabilidade ao caso concreto, motivo pelo qual não há que se falar em violação do disposto no art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99. IV - A constitucionalidade do artigo 20, § 3º da Lei 8.742/93 restou consignada na decisão agravada. Porém, referido dispositivo não é único critério para aferição da hipossuficiência econômica, devendo-se levar em consideração outros elementos de ordem subjetiva para constatação da miserabilidade da parte que pleiteia o amparo assistencial. V - A questão relativa ao termo inicial do benefício por também se submete ao prudente arbítrio do magistrado. No caso em tela, a decisão agravada considerou que o *dies a quo* do benefício deve ser mantido na data da realização da perícia médica (10.05.2000), vez que o laudo pericial não fixou a data de início da incapacidade do autor. VI - Verifica-se a ocorrência de erro material na decisão agravada que, ao descrever o itinerário processual, mencionou a data de 01.09.2005, como sendo o ajuizamento da demanda, quando este ocorreu em 12.01.1999, como indica o autor em seu agravo. Observa-se, porém, que não há modificação no resultado do julgado, vez que o início do benefício foi corretamente fixado em 10.05.2000, data da realização da perícia médica VII - Agravos (art. 557, §1º, CPC) interpostos pelo réu e pelo autor improvidos. Erro material conhecido. (TRF 3ª Região – AC – APELAÇÃO CÍVEL – 705056; Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL SERGIO NASCIMENTO; DJF3 CJ1 DATA: 06/04/2011 PÁGINA: 1665; Data de Julgamento: 29/03/2011).<sup>59</sup> (grifo nosso).

**TRF-4** – PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE. RENDA FAMILIAR *PER CAPITA*. MARCO INICIAL. SUCUMBÊNCIA RECÍ-

PROCA. 1. **Para fins de composição da renda mensal familiar, não pode ser computada a renda mensal percebida pelo marido idoso da autora, e nem o benefício assistencial recebido pela filha, ambos correspondentes a um salário mínimo (Aplicação por analogia do parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003).** 2. Comprovado que a autora é incapaz para o trabalho e a vida independente e o estado de miserabilidade, é de ser mantida a sentença que lhe concedeu o benefício assistencial. 3. **Marco inicial fixado na data da vigência do Estatuto do Idoso (01.04.2004), pois somente a partir dessa lei é possível excluir-se da renda mensal *per capita* o benefício recebido por idoso.** [...] (AC. 2003.04.01.034592-0/SC – TRF – 4ª Região, 6ª Turma, Rel. Des. João Batista Pinto Silveira, 12.09.2007).<sup>60</sup> (grifo nosso).

**TRF-5** – PREVIDENCIÁRIO - PROCESSUAL CIVIL - BENEFÍCIO ASSISTENCIAL - PORTADOR DE DEFICIÊNCIA - ART. 203, V, DA CF/88, C/C ART. 20, E SEGS., DA LEI Nº 8.742/93 - REQUISITOS PRESENTES. 1. Remessa Oficial e Apelações interpostas pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social e por ZENILDA DE FRANÇA, neste ato representada por sua mãe MARIA ZULEIDE DE FRANÇA, contra sentença que julgou procedente o pedido deduzido na inicial, determinando a implantação do benefício assistencial em favor da suplicante, condenando a Autarquia ao pagamento das parcelas atrasadas, acrescidas de juros legais de 0,5% (meio por cento) ao mês a contar da citação válida. Explícita, ainda o Magistrado que não aplicou o art.1º F da Lei nº 9.494/97, pois ação foi proposta após a vigência da Medida Provisória nº 2.180-35. 2. **A jurisprudência atual é dominante no sentido de que as condições necessárias para a concessão do benefício assistencial não se restringem à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por outras circunstâncias concretamente demonstradas.** 3. “Analisando-se as peças que integram o caderno processual, verifica-se que a parte autora, dada a qualidade de deficiente, possui distúrbio comportamental, não possuindo, seguramente, condições humanas mínimas de exercer o labor.” (excerto da decisão de primeiro grau). 4. Os juros de mora devem ser fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho do ano de 2009, devendo a partir do mês seguinte incidir na forma prevista na Lei nº 11.960/09. 5. Apelação do INSS improvida e Remessa Oficial e Apelação de ZENILDA DE FRANÇA, parcialmente providas, para que os juros moratórios sejam fixados no percentual de 1% (um por cento) ao mês, a partir da citação, até o mês de junho do

<sup>59</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Disponível em: <<http://proc-eletronico.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/1185057>>. Acesso em: 28 out. 2011.

<sup>60</sup> FREITAS JUNIOR. Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ano de 2009, devendo a partir do mês seguinte incidir na forma prevista na Lei nº 11.260/09. (APELREEX. Apelação/Reexame Necessário. Processo: 0000393-70.2010.4.05.9999. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Desembargador Federal Francisco Barros Dias. Data Julgamento: 20/04/2010. Documento nº: 223575). (grifo nosso)

**STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA.** 1. Este Superior Tribunal pacificou entendimento no sentido de que **o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de que o julgador, ao analisar o caso concreto, lance mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família.** 2. “A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.” (REsp 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, DJe 20/11/2009). 3. Assentando a Corte Regional estarem demonstrados os requisitos à concessão do benefício assistencial, verificar se a renda mensal da família supera, ou não, um quarto de um salário-mínimo encontra óbice no enunciado da Súmula n.º 7 da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag 1344239/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 02/12/2010, DJe 17/12/2010).<sup>61</sup> (grifo nosso).

O que se conclui, portanto, por meio da análise desse caso específico no tocante ao Benefício de Prestação Continuada é que as restrições trazidas pela LOAS quando disciplinou o benefício constitucional e por suas consequentes alterações, não podem prevalecer diante daquilo que foi objetivado pela Constituição no tocante à finalidade do benefício, que foi justamente estender a

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

Por meio das exposições trazidas, é possível verificar-se que o ambiente proporcionado pela Constituição de 1988 se mostra idôneo para uma efetiva atuação do Poder Judiciário que, quando provocado, ao lado de outras instituições, é capaz de levar a efeito a realização do Direito Constitucional do idoso e da pessoa com deficiência quanto ao recebimento do benefício constitucional aqui discutido, amenizando-se, assim, os efeitos de uma regulamentação legislativa ruim e de uma precária implementação por parte do Executivo no que diz respeito a uma política pública de caráter assistencial tão importante e essencial no cenário brasileiro.

#### 4 Conclusões

O presente trabalho demonstrou que o constitucionalismo do Estado Constitucional contemporâneo constitui ambiente favorável à efetivação dos direitos fundamentais dos idosos e das pessoas com deficiência, notadamente por meio da atuação do Poder Judiciário na realização de um direito fundamental que tem sido cercado de seus destinatários em razão de uma regulação legislativa ruim e de uma precária implementação da política pública social de caráter assistencial por parte do Executivo.

Com a breve análise quanto à pertinência de uma maior ingerência judicial em determinadas instâncias, verificou-se que, diante das novas nuances que assume o Estado Constitucional contemporâneo, o Poder Judiciário é chamado a atuar e a participar da vida da sociedade como nunca antes. Esta, por sua vez, volta os seus olhos para esse órgão, nele depositando grandes expectativas quanto à realização de seus direitos fundamentais, indevidamente obstaculizados na esfera Legislativa e Executiva, justificando-se, assim, em certa medida, aquilo que vem sendo denominado como protagonismo judicial.

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

<sup>61</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001621770&dt\\_publicacao=17/12/2010](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001621770&dt_publicacao=17/12/2010)>. Acesso em: 28 out. 2011.

A possibilidade de um maior grau de efetivação dos direitos fundamentais e da *realização indireta* de políticas públicas pelo Poder Judiciário em favor dos idosos e das pessoas com deficiência foi aferida pela análise do *Benefício da Prestação Continuada* (BPC), direito fundamental estabelecido pela Constituição brasileira, mas que somente tem alcançado maior efetividade, conforme se atestou, graças à atuação do Poder Judiciário, ainda que não seja esse órgão, conforme se esclareceu a única instituição apta a efetivar o direito fundamental em questão, destacando-se os importantes papéis do Ministério Público, da Defensoria Pública, bem como dos movimentos sociais que são levados a efeito por não poucas entidades que se preocupam com esses segmentos sociais.

A Constituição de 1988, visando à proteção social, ao bem-estar e à justiça sociais, estabelece que a assistência social deverá ser prestada a quem dela necessite, criando benefício específico para os idosos e para pessoas com deficiência. Conforme se aferiu, não obstante a evolução legislativa ocorrida, a regulamentação do referido benefício até o momento não aconteceu de modo a alcançar a plena finalidade almejada pela Constituição, mas, ao contrário, tal regulamentação se deu de forma tardia, seletiva, transmutada, restritiva e arbitrária, dando ensejo à exclusão de muitos idosos e deficientes no tocante ao acesso ao benefício, frustrando-se com isso aos objetivos estabelecidos pela Constituição como a busca da *solidariedade*, da *erradicação da pobreza* e da *marginalização*, da *redução das desigualdades* sociais e regionais, e da *promoção do bem de todos, sem preconceitos*.

Desse modo, conforme se verificou, desde a insuficiente regulamentação inicial do BPC até os dias atuais, tem cabido ao Poder Judiciário, quando provocado, a concretização desse direito fundamental em favor dos idosos e das pessoas com deficiência. De igual forma demonstrou-se que, por meio de sua atividade, o Judiciário também implementa, mesmo que indiretamente, uma política pública social de caráter assistencial de responsabilidade do Poder Executivo. Tudo isso é o que se pode aferir por meio dos diversos julgados apresentados neste texto e de seus respectivos comentários. Assim, restou constatado que os idosos e as pessoas com deficiência, constantemente subtraídos do exercício de um direito constitucional, uma vez que a obtenção do benefício aqui analisado pela via administrativa tem se mostrado absolutamente penosa ao longo dos anos, têm encontrado

uma melhor guarida de seus direitos por meio da atuação do Poder Judiciário, que é certamente um dos maiores responsáveis por transportar tais direitos para a esfera da realidade e da tangibilidade.

## Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *O Ministério Público no Neoliberalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social*. Disponível em: <[http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o\\_mp\\_no\\_neoliberalismo1.pdf](http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoliberalismo1.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2013

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 26 fev. 2013.

CAMBI, Eduardo. *Neoliberalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoliberalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e Garantias do Idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. In: Revista dos Tribunais: cadernos de direito constitucional e ciência política (IBDC), São Paulo, n. 29, 55-65 p., out./dez. 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación judicial de la constitución*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

SILVA, Naiane Louback da. A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social. *Revista Serviço Social e Sociedade*. São Paulo, n. 111, set. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-66282012000300009#](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000300009#)>. Acesso em: 26 fev. 2013.

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

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.