

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL I**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

JULIANA TEIXEIRA ESTEVES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos sociais, seguridade e previdência social I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: José Ricardo Caetano Costa, Juliana Teixeira Esteves – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-363-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Seguridade. 4. Previdência Social. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL I

Apresentação

Nos 16 artigos aprovados e apresentados no GT o qual coordenamos, vislumbrou-se a preocupação dos autores com as alterações de reforma no sistema previdenciário, trazidas coincidentemente na mesma semana da abertura dos trabalhos do XXV CONPEDI – Curitiba, por meio da PEC n. 287/16. De forma mais direta ou subliminarmente, os artigos revelaram as mais diversas facetas de nossa política de proteção social, especialmente no que respeita à Previdência Social, à Saúde e à Assistência, perpassando, também, por outras temáticas tais como movimentos sociais, questões trabalhistas e outros temas. Com efeito, acredita-se que o espaço aberto pelo GT respectivo, já desdobrado em dois Grupos de Trabalho devido à grande procura, é o locus privilegiado de discussão das grandes questões que afetam, direta ou indiretamente, a Seguridade Social brasileira, mormente quando os direitos sociais são os primeiros a serem atacados quando das “crises” do capital. Vejamos um resumo de cada um deles.

No trabalho “A CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE EM FACE DA CONVENÇÃO 155 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO”, de Rodrigo Guilherme Tomaz , Merhej Najm Neto, os autores analisam a admissibilidade da cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade no sistema justralhista brasileiro, apontando as tendências jurisprudenciais, à luz da possibilidade de cumulação prevista na Convenção n 155 da OIT

No trabalho "A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE PROTEÇÃO SOCIAL RURAL: DE PROGRAMA DE FEIÇÃO REDISTRIBUTIVA DO ESTADO A SOLUÇÃO PRO MISERO ADOTADA PELO PODER JUDICIÁRIO NA COMPROVAÇÃO DO LABOR RURAL, de Viviane Freitas Perdigao Lima, é analisada a previdência social rural como programa de transferência de renda, com enfoque aos julgados do STJ e a posição “in dubio pro misero” adotada.

No artigo denominado “ASPECTOS CRÍTICOS DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: O PREENCHIMENTO DE HIATOS NOS DIREITOS SOCIAIS”, de Alvaro dos Santos Maciel e Rafael Gomiero Pitta, os autores avaliam o benefício de prestação continuada da LOAS como principal

política assistencial de transferência de renda para pessoas com deficiência vulneráveis, enfocando os limites da compreensão da “deficiência” para fins de elegibilidade a este programa.

A NATUREZA JURIDICA DA FUNDAÇÃO DE PREVIDENCIA COMPLEMENTAR DO SERVIDOR PÚBLICO – FUNPRESP, de Carolina Simão Odisio Hissa, José Eduardo Sabo Paes, é delineada a natureza jurídica da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público – FUNPRESP, apontando pelas perspectivas e possibilidades trazidas por esta forma de previdência.

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E SEUS ASPECTOS JURÍDICOS, SOCIAIS E ECONÔMICOS, de Jonas Albert Schmidt, o autor analisa os fundamentos que conduziram às reformas da Previdência no Brasil, a partir de sucessivos processos de alteração no sistema, enfocando especialmente o modelo neoliberal e desmistificando o “déficit” no sistema, apresentando sempre como fundamento para revisão do mesmo.

No artigo “A SEGURIDADE SOCIAL E AS CONTROVERSAS SOBRE A ASSISTÊNCIA E A PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Caroline Schneider , Ellen Carina Mattias Sartori, as autoras analisam as três áreas que compõe a Seguridade Social, buscando demonstrar os equívocos ainda existentes pela falta de uma análise conjunta das áreas que compõe a seguridade social brasileira.

No artigo denominado “BREVE ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO DESAPOSENTAÇÃO: DIREITO ADQUIRIDO OU FATOR AGRAVANTE DA CRISE DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO?”, de Fernanda Heloisa Macedo Soares, a autora investiga o instituto da desaposentação, buscando demonstrar que, mesmo tendo o STF julgado em sentido contrário, ainda se trata de um direito do trabalhador pelas contribuições vertidas após sua aposentadoria.

No benefício denominado “DO AUXILIO ACIDENTE – ANÁLISE CRÍTICA DO BENEFÍCIO” de Bruno Valverde Chahaira, Maria Priscila Soares Berro, os autores analisam o benefício do auxílio-acidente, implantado no Brasil em 1976 através da Lei 6367 como auxílio-suplementar, verificando sofreu várias as alterações sofridas neste benefício, apontando as controvérsias existentes em torno deste. Verificam, também, a possibilidade de cumulação com outros benefícios e sua revisão do percentual, abordando a necessidade da reabilitação profissional para a concessão do benefício.

No artigo denominado “LIMITES E POSSIBILIDADES PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DIANTE DOS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL”, de Mayara Ferrari Longuini , Rafael Junqueira Buralli, os autores investigam as políticas públicas sociais para prestação de serviços na área da saúde e os recursos materiais e financeiros, trazendo a discussão acerca dos recursos materiais limitados de que o Estado dispõe, em face do atendimento às infinitas demandas sociais que tem de suprir.

No artigo denominado “NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS E SEU IMPACTO SOBRE A COMPREENSÃO DA LIBERDADE ASSOCIATIVA”, de Juliana Teixeira Esteves , Everaldo Gaspar Lopes De Andrade, é enfocada a liberdade sindical como direito fundamental com grande riqueza de complexidade, em razão do protagonismo na luta pela cidadania e da impregnação política das restrições ao seu exercício, apresentando a definição dos novos movimentos sociais e seu impacto sobre a compreensão da liberdade associativa.

No artigo “O AUXÍLIO-RECLUSÃO E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE”, apresentado por Rubiane Galiotto , Patricia Noll, as autoras analisam a relação existente entre a concessão do auxílio-reclusão e a aplicação do princípio da igualdade, verificando os critérios trazidos pela Emenda Constitucional nº 20/1998, tendo em vista que esta previu o requisito baixa-renda para a concessão do auxílio-reclusão.

No artigo denominado “O BENEFÍCIO DE AMPARO ASSISTENCIAL AO IDOSO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LOAS) E A VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS PRECEDENTES DO STF”, de Karla Kariny Knih, a autora analisa o benefício de amparo assistencial da LOAS, apontando pela a necessidade de adequação dos critérios de renda e deficiência ao idoso que comprove a necessidade deste benefício, à luz dos precedentes do STF. Evocam a necessidade de o INSS também se adequar a estes critérios.

No artigo denominado “O DIREITO FUNDAMENTAL DE ENVELHECER COM DIGNIDADE”, de Leticia Maria de Oliveira Borges , Camila Rabelo de Matos Silva Arruda, as autoras avaliam o aumento do número de aposentados no Brasil, buscando analisar como a sociedade vem tratando a questão do envelhecimento e a relação com a Seguridade Social.

No artigo denominado “O PAPEL DO PROCURADOR FEDERAL NAS AÇÕES REGRESSIVAS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO: CONTRIBUTO AO ESTADO DE DIREITO MATERIAL ABERTO A UMA PLURALIDADE DE CONCRETIZAÇÕES”, de Roberta Terezinha Uvo Bodnar , Geralda Magella de Faria

Rossetto, as autoras analisam a atuação do Procurador Federal nas ações regressivas acidentárias, verificando a importância da atuação do Procurador Federal, como a prevenção dos acidentes de trabalho, estudando os pressupostos, competência, provas, pedidos, inclusive possibilidade de acordo, entre outros relacionados à ação regressiva acidentária.

No artigo “OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O ESTADO PÓS-NEOLIBERAL”, de Renata Albuquerque Lima , Ysmênia de Aguiar Pontes, as autoras investigam os Estado Liberal e Neoliberal, indagando sobre a possibilidade de manutenção dos Direitos Fundamentais Sociais trabalhistas nesta nova configuração que se apresenta, especialmente em face dos Direitos Fundamentais e dos Direitos Sociais enquanto partícipes daqueles.

No artigo denominado “A PERÍCIA MÉDICA PREVIDENCIÁRIA COMO LIMITADORA DE DIRETOS SOCIAIS: A NECESSIDADE DE ADOÇÃO DE UM MODELO PERICIAL COMPLEXO”, de Paulo Roberto Álvaro Grafulha Júnior , José Ricardo Caetano Costa, os autores avaliam o sistema pericial realizado no âmbito das políticas públicas de seguridade, especialmente nas de feição previdenciária, apontando pelos limites da pericia médica tradicional, em busca da construção de um método pericial complexo ou biopsicossocial.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa - FURG

Prof. Dr. Juliana Teixeira Esteves - UFPE

ASPECTOS CRÍTICOS DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: O PREENCHIMENTO DE HIATOS NOS DIREITOS SOCIAIS

CRITICAL ASPECTS OF THE CONTINUED PROVISION BENEFIT FOR DISABLED PEOPLE IN BRAZIL: FILLING GAPS IN SOCIAL RIGHTS

Alvaro dos Santos Maciel ¹
Rafael Gomiero Pitta ²

Resumo

O benefício de prestação continuada é a principal política assistencial de transferência de renda para pessoas com deficiência vulneráveis. Entretanto, os critérios objetivos de concessão possuem hiato. A pesquisa mostra o avanço legislativo brasileiro na perspectiva da sociologia da deficiência, bem como apresenta os pontos não convergentes com os Direitos Sociais. Foram consultadas literatura do Direito, da Sociologia e jurisprudências. Conclui-se que, quando a lei não efetiva garantias mais humanas, a tentativa de preencher os hiatos pode ser alcançada por meio de novas leis e por meio de interpretações que efetivem com mais acerto a dignidade dos atores sociais.

Palavras-chave: Direitos sociais, Pessoa com deficiência, Benefício de prestação continuada

Abstract/Resumen/Résumé

The benefit of continued provision is the main health care policy of income transfer to people with disabilities in poverty. However, the granting of objective criteria have gaps that need filling. This research aims to show the Brazilian legislative progress in the disability perspective of sociology and present non-convergent points with Social Rights. Law literature were consulted, sociology and jurisprudence. We conclude that when the ineffective law more humane guarantees citizens, trying to fill the gaps can be achieved through new laws that are in line with such purpose and by interpretations that enforce the dignity of people.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Disabled people, Benefit of continuing provision

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual Norte do Paraná, Bolsista pela CAPES, Professor na Universidade Veiga de Almeida.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Professor nas Faculdades Unilondrina e Catuaí. Advogado e Coordenador de NPJ.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê que a todos os brasileiros deve ser garantida uma vida digna ao positivar mecanismos de proteção aos direitos sociais, deflagrando, por conseguinte, normas que amparam os direitos individuais dos cidadãos.

Justifica-se o presente estudo, na medida em que advém uma problemática quando da análise da efetividade dos direitos sociais. Pois, não obstante tratem-se de direitos assegurados constitucionalmente e por convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, constatam-se óbices.

Embora previsto na Constituição Brasileira desde 1988, apenas em 1993 o benefício assistencial foi regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), e somente em 1996 foi, de fato, implantado após a publicação do Decreto n. 1.744/1995.

Todavia, além de outros requisitos, a lei em epígrafe exige a miserabilidade, e o que continuamente gera celeuma doutrinária e jurisprudencial. Eis que a lei regulou que a pessoa com deficiência, para fazer jus, deve comprovar renda familiar per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Logo, não só passou a regular sobre a concessão do benefício como também o restringiu, ao que parece bem abaixo de condições existenciais mínimas.

Sabe-se que produzir uma crítica ainda se trata de um fator complexo haja vista a tarefa de definir o que é crítica e que postura um crítico deve manter em relação ao objeto a ser criticado.

Para Gil (2010, p. 37), um estudo elaborado encontra dificuldades na formulação de críticas científicas. Pois identificar o problema com eficiência é uma capacidade que revela a genialidade científica. Assim, em pretensão de esgotar o estudo, porém com intenção de colaborar com o aprimoramento crítico, se faz necessária a resolução do seguinte problema:

De um lado há a Constituição Federal estabelecendo políticas sociais que visam resguardar a dignidade humana. De outro, há a Lei infraconstitucional que reduz o campo de abrangência do benefício. Daí, surgem as indagações: O critério de miserabilidade para concessão do LOAS afronta o texto e o espírito Constitucional? Qual é o papel da dogmática jurídica e dos Tribunais no preenchimento de tais lacunas?

Para investigar o tema proposto, como fenômeno social, o presente estudo faz uso do método de abordagem hipotético-dedutivo. Os aspectos que este método tem em comum para com o método dedutivo reportam-se ao procedimento racional que transita do geral para o particular e, com o método indutivo, o procedimento experimental. A Popper (2007) é tributado o desenvolvimento desse modelo metodológico, especialmente em sua obra A

Lógica da Pesquisa Científica. Consoante Gil (2010,), nos círculos neopositivistas chega a ser considerado como o único método rigorosamente lógico.

Bobbio (2004) aponta que num discurso geral sobre os direitos do homem deve-se ter cautela e manter a distinção entre teoria e prática, ou seja, a teoria e a prática são institutos diversos e as velocidades são muito desiguais. Adverte que nos últimos anos, a temática “direitos do homem”, ao que parece, está mais latente nos discursos do que propriamente nas práticas e no preenchimento dos hiatos.

Nesta pesquisa, o ponto de partida principal, ou a hipótese, se revela na necessidade de manuseio principiológico no fundamento das decisões que circundam o tema em debate em detrimento à aplicação positiva da norma no intuito de se aproximar da justiça social. pesquisa.

Os métodos de procedimento consistem em referências acerca da sociologia da deficiência no intuito de demonstrar as matrizes de interpretação que aloca as pessoas com deficiência como excluídos, segregados ou protagonistas. A importância de um enquadramento histórico-social da deficiência, portanto, torna-se fundamental para tentar relacionar as práticas sociais de hoje com a herança do passado.

A dificuldade de definir o que constitui a deficiência tem ocupado um lugar de destaque nas pesquisas que exploram os significados, os processos e as experiências do tema (PINTO, 2012).

A evolução histórica demonstrou que a pessoa com deficiência foi associada ao “déficit”, à anormalidade e, permanece presente a imagem da deficiência como uma fatalidade que marca um destino a que não se pode escapar. Existem várias tipologias de classificação dos modelos ou mecanismos de intervenção, e no presente estudo é apresentada a tipologia que enquadra da deficiência sob o ponto de vista médico, social e relacional.

Ademais, são demonstrados alguns apontamentos críticos acerca do benefício de assistência social elencado pela CF/88 à luz das Leis n. 8.742/93, n. 12.435/11, n. 12.470/11 e 13.146/201 além de diversos decretos de regulamentação. São comparados fenômenos sociais complexos e posições jurisprudenciais que ora compactuam às regras, ora se filiam à ponderação. Deste modo, o objetivo deste trabalho é demonstrar os pontos em que a legislação infraconstitucional restringe a Lei Maior, e levantar hipóteses sobre qual seria o papel dos princípios do Direito Neoconstitucional no alcance de uma provável solução que viabilize a máxima efetividade dos direitos fundamentais às pessoas com deficiência que carecem do benefício assistencial.

Instrumentalmente, a pesquisa se desenvolveu mediante consulta a literatura específica, a doutrinadores e a teóricos do Direito, da Filosofia e da Sociologia. Ainda, houve a seleção de jurisprudências para exemplificar a produção discursiva.

1. Teorizando a deficiência: as matrizes de interpretação

O modelo médico enquadra a deficiência como um problema pessoal de falha, uma “anormalidade” causada por malformações, por doenças ou acidentes (BARNES; OLIVER; BARTON, 2002) é catalogado como uma variação indesejada e patológica do corpo considerado normal (CANGUILHEM, 1995; COURTINE, 2006; GOFFMAN, 1988), e caracteriza as pessoas como inválidas, incapacitadas, improdutivas, e excluídas até que sejam curadas (HARTLEY, 2011).

A justificativa para tentar “normalizar” a pessoa com deficiência a obriga a tornar-se paciente por meio da reabilitação ou intervenções especiais pelas instituições ou serviços especializados. Portanto, este modelo tende a “medicalizar” a relação entre a pessoa com deficiência e o seu contexto de vida (PINTO, 2012). Oliver (1990) em uma concepção fatalista denomina a deficiência como “tragédia pessoal”, dando origem a um “destino de infelicidade” por sua dependência e estigmatização.

Nos idos da década de 1970, o modelo médico foi fortemente criticado, fazendo surgir o chamado “modelo social” que propõe uma reconceitualização da deficiência ao propor autodeterminação aos mesmos (FINKELSTEIN, 2001; OLIVER, 2004) ao defender o corpo com impedimentos como inerente à diversidade humana (BARNES; BARTON; OLIVER, 2002; BARTON, 1998).

Em 1974 se articulou uma coligação de pessoas com deficiência da Grã Bretanha denominada *Union of Impaired Against Segregation* – UPIAS – (União das pessoas com deficiência contra a segregação), momento em que surgiu, pela primeira vez, a sustentação da diferença entre deficiência e incapacidade. Deste modo, a consciência da estigmatização proporcionada pelo modelo médico que destinava certo respeito piedoso às pessoas com deficiência mas, que, ao mesmo tempo as considerava como fardo, despertou o entendimento de que não eram os corpos que careciam de atenção, reparos e mudanças, mas a sociedade quem deveria mudar e se adaptar para acomodá-los, para recebê-los, ou seja, a deficiência passa a ser vista não mais como um problema dos indivíduos, mas sim como resultado dos obstáculos – atitudes, sistemas e serviços (ou a sua ausência) – que a sociedade promove.

A deficiência, nesta abordagem é, portanto, a incapacidade da sociedade de ajustar-

se, em todos os seus domínios, às necessidades específicas de cada um (OLIVER, 1990; 1996). A deficiência está submetida à opressão social em que a cultura da normalidade privilegia corpos não deficientes (CORKER; SHAKESPEARE, 2004; BARNES; BARTON; OLIVER, 2002). Portanto, a deficiência deixa de ser um problema trágico, para ser abordada como uma situação de discriminação coletiva e de opressão social para a qual a única resposta apropriada é a ação política (OLIVER, BARNES 1998).

Finalmente, quanto ao modelo relacional, a pessoa com deficiência é vista sob uma perspectiva sistêmica, numa realidade complexa, multidimensional, de forma globalizante, que se constrói na relação entre pessoas com e sem deficiência.

Pinto (2012) destaca os vários estudos que mantêm a noção de que a estruturas socioeconômicas e o ambiente físico são determinantes na criação da deficiência e conseqüentemente na experiência da opressão, porém alertam que definir a deficiência exclusivamente em termos de barreiras sociais trata-se de um equívoco ao criar uma expectativa vazia, desprovida de realidade e conduzir a novas formas de opressão. Por isso, para tentar compreender da deficiência, são exigidas teorias que valorizem o interacionismo entre o contexto social e a biologia, entre fatores estruturais e fatores individuais.

Neste contexto, a deficiência deve ser concebida como uma característica de cidadãos que são iguais a quaisquer outros em direitos e obrigações, porém trata-se de uma característica que, por causar discriminação, produz desigualdades nas diferentes esferas da vida social e assim é preciso que haja políticas junto às pessoas com deficiência, e também, em simultâneo, às instituições, às estruturas e junto às redes sociais, de modo a assegurar o bem-estar de cada um e a participação autônoma de todos na vida coletiva.

Deste modo, a reabilitação não demanda apenas a intervenção junto das pessoas vítimas da discriminação como conseqüência de fatores biológicos de modo a aumentar-lhes as capacidades (como proposto pelo modelo médico), nem tão somente pela eliminação de barreiras e pela modificação das estruturas, ambientes e serviços sociais (como propostas dos modelos sociais e sociológicos), mas pela afirmação do princípio da universalidade dos direitos, o que implica o empoderamento das pessoas e simultaneamente das instituições para que se tornem acessíveis a todos os cidadãos, promovendo a igualdade de oportunidades. (CAPUCHA, 2010).

O problema, portanto, é das pessoas, da sociedade, das políticas e das respectivas relações (OLIVER, 1986; BARTON, 1993; FINKELSTEIN, 2001; CAPUCHA, 2005a; SOUSA, 2007). Em resumo, o modelo relacional tem por trás a ideia de que é preciso ativar as pessoas e também, em simultâneo, ativar as instituições, as estruturas e as redes sociais, de

modo a assegurar a participação autônoma de todos na vida coletiva e o bem-estar de cada um.

Neste diapasão, a Constituição Federal Brasileira (CF/88), com relação à deficiência, estabelece como dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a criação de medidas de proteção e de garantia das pessoas com deficiência (artigo 23, II), proibindo a discriminação negativa (artigo 5º, caput; artigo 7º, XXXI). Ademais, prevê a competência legislativa concorrente daqueles entes para o fim de "proteção e integração social" (artigo 24, XIV), inclusive reconhecendo as ações afirmativas no âmbito do serviço público (artigo 37, VIII), com critérios mais favoráveis efeitos de aposentadoria no setor público (artigo 40, parágrafo 4º, I) e no setor privado (artigo 201, parágrafo 1º), benefício assistencial de prestação continuada (artigo 203, V), prevendo, inclusive, como dever estatal, o atendimento especializado na educação (artigo 208, III) e a criação de programas de prevenção e atendimento especializado visando a integração social (artigo 227, parágrafo 1º, II), destacando ainda a questão da acessibilidade (artigo 244, caput).

Dessa forma, a Constituição, ao contrário de tratar a deficiência como uma tragédia individual, procura promover a inclusão da pessoa sob diversos vieses. Por conseguinte, o benefício de prestação continuada (BPC), como será abordado a seguir, pode ser interpretado como um mecanismo que, embora provido de limitações, visa a inclusão social da pessoa com deficiência em caráter de vulnerabilidade, sendo um importante contributo para efetivação dos direitos sociais.

2. O PREENCHIMENTO DE HIATOS NOS DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS CRÍTICOS DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

2.1 A positivação do benefício de prestação continuada no ordenamento jurídico brasileiro

Nos termos do art. 6º da atual Constituição Federal Brasileira (CF/88), é direito social, dentre outros, a assistência aos desamparados, tratando-se de um desdobramento do Estado Social de Direito. Apresenta-se, deste modo, como prestação positiva a ser implementada pelo Estado que visa concretizar uma isonomia material na busca de melhores condições de vida das pessoas.

Segundo Ieciona Silva (2007) os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”, sendo que, juntamente com os direitos fundamentais, a ordem social constrói o “núcleo substancial do regime democrático”.

Os artigos 193 ao 232, CF ao elencarem acerca da Ordem Social no Estado brasileiro, tem como objetivo o bem-estar e a justiça social, ou seja, as relações econômicas e sociais do país devem propiciar bem-estar, trabalho e condições de vida, material, espiritual e intelectual suficientemente adequadas aos cidadãos e às suas famílias. Por sua vez, o artigo 203, inciso V, determina ao legislador infraconstitucional a instituição de política pública de proteção à pessoa com deficiência e ao idoso, garantindo, àqueles que não possuam meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, um benefício mensal no valor de um salário mínimo.

A garantia de auxílio se dá por meio do recebimento de um salário mínimo mensal, chamado benefício de prestação continuada, desde que, sejam pessoas com deficiência ou idosas, que comprovem a impossibilidade de prover seu próprio sustento ou de tê-lo provido por sua família, estando submetido ao critério de miserabilidade, vulnerabilidade ou pobreza.¹

Silva (2014) aponta discussões em que BPC se caracteriza, basicamente, por uma interpretação médica haja vista que valoriza a deficiência antes de valorizar a pessoa, deixando-se de considerar, concretamente, se a lesão vivida, em relação ao meio social, resulta em uma experiência de deficiência. “Com efeito, não há, no mais das vezes, uma correlação entre a lesão e as específicas desvantagens sentidas, embora seja a própria finalidade do BPC o enfrentamento de situações de insuficiência de proteção social.”

Por outro lado, Diniz, Medeiros e Squinca (2006) relatam que a definição de deficiência e a concessão do BPC passam por uma complexa interação entre fatores atinentes às habilidades, às funcionalidades e ao contexto social como descrito anteriormente pelos modelos social e relacional.

Destaca-se, deste modo, a imprescindibilidade da realização de perícia socioeconômica, assim como da sua correlação com os dados obtidos na perícia médica. Com efeito, somente do cotejamento de tais perícias é que será possível o estabelecimento das consequências que a lesão gera na inserção e no reconhecimento da pessoa no meio social.

Entretanto, ainda que sejam feitas as perícias com os suas devidas pontualidades no cumprimento dos mandamentos legais, incumbe alertar que pode resultar um hiato entre o cumprimento da lei da justiça social com expresso nos tópicos a seguir.

a) Considerações da Lei n. 8.742/93

¹ É válido destacar que várias discussões permeiam o Congresso Nacional Brasileiro e inúmeros projetos de lei estão em tramitação. A título de exemplo, sob a rubrica “Benefício de prestação continuada” foram encontrados 232 projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados abordando assuntos diversos. Mais informações podem ser acessadas em <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/?wicket:interface=:5:4:::>> Acesso em 10/09/2016.

Apesar da CF/88 não ter conceituado a pessoa com deficiência, tal atribuição coube ao legislador ordinário que o fez por meio do art. 20, §2º da Lei n. 8.742/93 (Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS), ao asseverar em sua redação original ser aquele “incapacitado para a vida independente e para o trabalho”, portanto uma definição de matriz médica, de caráter excludente como abordado anteriormente.

A estruturação dessa política pública, em nível infralegal, foi realizada inicialmente, especialmente, pelo Decreto n. 1.744/95, quando ainda em vigor, explicou a deficiência ao dispor em seu art. 2º, II que pessoas com deficiência são aquelas “incapacitadas para a vida independente e para o trabalho em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênitas ou adquiridas, que impeçam o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho”. Este Decreto, entretanto, restou revogado integralmente pelo Decreto n. 6.214/2007, que estabelece no artigo 4º, II que “pessoa com deficiência é aquela cuja deficiência a incapacita para a vida independente e para o trabalho” e apresentou em seu inciso III uma explicação de ordem relacional para a deficiência ao destacar que se trata de um “fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.”

Todavia, o Decreto n. 7.617/2011 alterou o anterior de n. 6.214/2004 em diversos pontos, inclusive na questão de considerar quem são as pessoas com deficiência ao estabelecer em seu inciso II que é “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”.

Pois bem, em apertada síntese, o que se vê, nesta primeira etapa, é a Lei de LOAS sendo regulamentada por sucessivos Decretos (n. 1.744/95, n. 6.214/2004 e n. 7.617/2011) no intuito de concretizar continuamente uma maior “humanidade” na positivação das normas em favor das pessoas com deficiência, portanto, cada vez mais fundamentado na matriz de interpretação relacional.

b) Considerações da Lei n. 12.435/11

Em 2011, a Lei n. 12.435 alterou a redação do artigo 20, §2º da Lei de LOAS, conceituando pessoa com deficiência nos mesmos moldes do Decreto n. 7.617/2011, adequando-se *ipsis literis* aos ditames da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência assinada em Nova Iorque em 30.03.2007.

Diante da ratificação desta Convenção pelo Brasil em 2008, tem-se a sua natureza de norma materialmente constitucional.

Ademais, acrescentou que impedimento de longo prazo são “aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos”.

Surgiu grande celeuma nesta posituação de incapacidade mínima por 2 anos como critério objetivo para recebimento do BCP, pois a lei infraconstitucional acabou por restringir o conceito de deficiência previsto na Convenção ratificada pelo Brasil.

Neste diapasão, o Juiz Federal José Antonio Savaris ao ser citado por Moro (2003) aponta o hiato que a interpretação equivocada da Lei 12.435/11 pelo critério objetivo do lapso temporal podia deflagrar na concretização de direitos mais humanos a estes atores sociais:

A verdade, porém, é que o portador de deficiência que se encontra abaixo da linha de pobreza e incapacitado para o trabalho jamais estará coberto pelo plano oficial da previdência social. Então, encontrar-se-ia o portador de deficiência num “buraco negro”, num vazio de proteção do Estado, já que considerado infeliz demais para se filiar à previdência e infeliz de menos para fazer jus à prestação pecuniária da assistência social, escapando, portanto, da universalidade de cobertura da seguridade social, princípio insculpido no art. 194, I, da Constituição Federal.

Ora, a efetivação da dignidade humana diverge de tentativas de submissão a critérios objetivos, matemáticos (Folmann *et. al.*, 2011).

c) Considerações da Lei n. 12.470/11

Diante destas controvérsias, ainda em 2011, o referido preceito legal (artigo 20, §2º, da LOAS), recebeu uma nova redação, agora pela Lei n. 12.470/11. Pela nova redação, houve o acréscimo do parágrafo 10, excluindo o verbete “incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho”, porém manteve o critério temporal de 2 anos.

Do ponto de vista normativo, vê-se que lesões não precisam ter caráter de irreversibilidade para fins de obtenção do benefício, haja vista que a sua concessão se submete à cláusula *rebus sic stantibus*, sendo de obrigatória revisão a cada dois anos. Vale dizer, uma vez vivenciada a mesma experiência de exclusão gerada por doenças de caráter irreversível, deve ser reconhecida a ocorrência de deficiência, mesmo que temporária, sendo cabível a proteção social, que, frise-se, no BPC, visa a enfrentar somente situações de miserabilidade. Não há, em realidade, uma pessoa deficiente, mas alguém que experimenta, devido a uma lesão, deficiência, que pode ter caráter de definitividade ou de temporalidade,

merecendo, presentes os demais requisitos, enquanto perdurar a situação de deficiência, receber a devida proteção por intermédio do BPC (SILVA, 2014).

Ademais, também foram atualizados os textos dos artigos 21 e 21-A:

Art. 21. [...]

§ 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.

Dentro de uma matriz interpretativa cada vez mais humanizada pelos preceitos relacionais, constata-se avanços legislativos que deflagraram importantes pontos de valorização à dignidade da pessoa com deficiência, tais quais a permissão de trabalho com a ressalva de que, acaso haja a cessação do contrato, poderá o indivíduo requerer o benefício sem necessidade de nova perícia, bem como a concomitância do recebimento do benefício assistencial juntamente com a remuneração decorrente de contrato de aprendizagem.

A referida evolução da lei demonstra-se justificada pela matriz de interpretação relacional por valorizar a pessoa a partir da concepção humana que descaracteriza a diferença como anormalidade e pelo princípio da máxima efetividade constitucional ao estimular a inclusão social na medida em que a pessoa com deficiência pode buscar uma relação empregatícia sem ser punida por tentar algo mais do que o benefício.

d) Os paradoxos do critério legal de miserabilidade

Para se aquilatar a inconstitucionalidade do critério de fixação de miserabilidade, da forma como está positivado na Lei de LOAS como requisito para a concessão do benefício, inicialmente abordar-se-á os princípios norteadores da assistência social bem como será feita uma análise sistemática de algumas normas.

Dos princípios que regem a assistência social que estão contidos na supracitada Lei, destacam-se os incisos III, IV e V, do artigo 4º que dispõem:

Art. 4 [...]

III. respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à conveniência familiar e comunitária, e dando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;

IV. igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais.

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

Ademais, topograficamente, o artigo 1º da mesma lei, destaca a previsão de que o Estado deve prover o conjunto de instrumentos que garanta a existência digna aos indivíduos por meio da assistência social.

Entretanto, as necessidades básicas tendem a se alterar consoante o avanço da sociedade, o que gera mudança na qualidade de vida das pessoas. Assim, os mínimos sociais ao estabelecerem padrões de qualidade de vida referenciados na busca da equidade possível, por conseguinte, devem estar próximos da qualidade de vida média presente numa nação (PEDRON, 2006, p.57).

Dentre os objetivos da Assistência Social prevista nos art. 2º da lei, destacam-se “a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária” bem como “a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”

O §3º do art. 20 estabelece que para ter direito ao benefício, a pessoa com deficiência ou o idoso deve auferir renda dentro do critério de miserabilidade, ou seja, renda mensal *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo. O Decreto n. 6.214/07, que em tese regulamenta o benefício, em seu art. 4º, apresenta os critérios para sua habilitação e concessão.

Ora, o Estado Social, ao garantir uma vida digna aos seus cidadãos, e deste modo, amparar as pessoas com deficiência, considerando as necessidades básicas atinentes a qualquer cidadão, não deveria legislar e conceber que pessoas sobrevivam em condições de miséria (PEDRON, 2006, p. 57).

A problemática, até então, estava na fixação desta baixa renda, pois o beneficiário deveria estar submetido a existência de miserabilidade, ou seja, renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes fosse inferior a um quarto do salário mínimo.

Ocorre que o referido critério deixava à margem várias outras pessoas que também vivem em situações miseráveis, mas recebem um pouco acima do limite legal estabelecido.

Nesses termos, vê-se que não é a Constituição Federal que fixou critérios de miserabilidade, e sim uma lei infraconstitucional, pois se assim o fizesse a Lei Maior, estaria a negar o seu próprio núcleo essencial. O legislador infraconstitucional ao editar a Lei de LOAS restringiu em demasia a concessão do benefício com limite quase inexpressivo (PEDRON, 2006, p. 57) que não positiva o verdadeiro sentido da Constituição.

O requisito de miserabilidade da forma como posto viola o princípio da dignidade humana, daí a plausível tese de inconstitucionalidade apregoada pela ADIN n. 1232-1 junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), mas que após julgamento, prevaleceu o entendimento de que o critério e a forma de comprovação da condição de pobreza familiar seriam definições que somente a lei poderia fixar. Embora com resistências, o STF concluiu que a lei era soberana na definição de critérios.² Só que, diante da falta de efeito vinculante da ADIN supracitada, quando as instâncias ordinárias se deparavam com as condições reais de vida daqueles que a procuravam, somadas a gastos adicionais advindos das condições precárias de saúde dos mesmos, os magistrados permaneceram concedendo o benefício mesmo quando a renda *per capita* familiar ultrapassava ¼ do salário mínimo.

Neste sentido, também corroborou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. REVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA. 1. Este Superior Tribunal de Justiça 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 o julgador, ao analisar o caso concreto, lançar 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 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). (grifo nosso)

Em tom uníssono, em outro julgado, o Ministro Felix Fischer do STJ apregoa:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA DE PLENÁRIO. INAPLICABILIDADE. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS QUE NÃO APENAS A RENDA FAMILIAR PER CAPITA (SÚMULA 83/STJ). [...] 3. Conforme jurisprudência desta Corte, é possível demonstrar a condição de miserabilidade do beneficiado com fundamento em outros elementos que não

² Apesar da decisão, a matéria não se tornou pacífica. No Recurso Extraordinário n. 286.543-5, o Ministro Néri da Silveira, afirmou que o limite contido no §3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 [...] “ não encontra fundamento de validade jurídica na Lei Maior vigente”.

apenas a renda familiar per capita inferior a ¼ do salário mínimo. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1425746 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2011/0184314-7).

Observa-se que os Tribunais atacavam a interpretação puramente positivista da Lei de LOAS quando da fixação da miserabilidade, por acreditarem que a interpretação deve estar de acordo com os princípios que balizam a Constituição (PEIXINHO, 2000 *apud* PEDRON, 2006). Para Torres (2001, p. 284) é preciso buscar a maximização dos mínimos sociais e a otimização dos direitos sociais. Por sua vez, Marmelstein (2008) afirma que a doutrina do mínimo existencial tem um lado positivo e outro negativo:

Quanto ao lado positivo, é possível reconhecer boa intenção na teoria. Há uma afirmação explícita de que os direitos sociais possuem eficácia jurídica e, dentro dessa mínima dimensão, ou seja, dentro do núcleo essencial do bem jurídico protegido, pode haver a intervenção judicial para dar efetividade ao direito, mesmo diante da omissão das demais esferas do poder.

[...] Há, contudo, por trás da teoria, um aspecto negativo: um intérprete mais mesquinho (dito de outro modo: um intérprete ideologicamente contra os direitos sociais) poderá utilizar a tese para esvaziar ao máximo a força jurídica desses direitos, diminuindo até onde pode o seu conteúdo “essencial”, até porque o balizamento sobre o que será esse “conteúdo mínimo” ficará a cargo da doutrina e da prática judicial.

É interessante ressaltar que os conceitos neoliberais muitas vezes demonstram-se incompatíveis com o espírito de solidariedade que amalgama o texto constitucional.

e) O protagonismo da justiça social como forma de efetivar cidadania às pessoas com deficiência

Não obstante discussões em nível principiológico tenham ganhado cada vez mais espaço no Direito Contemporâneo, observa-se no presente trabalho, pelo exposto até aqui, mormente nos julgados supra destacados, que todo o arcabouço argumentativo restringia-se à interpretação de normas para, dessa forma, se tentar concretizar o direito das partes. Sundfeld (1992) ensina que “é o conhecimento dos princípios, e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais”.

Portanto, este tópico tem como finalidade abordar o conceito e a função de princípio, para em seguida adentrar à ordem principiológica constitucional, que contribuirá para a elucidação do tema central do presente estudo.

O operador do Direito deve cuidar de construir a sua visão jurídica na totalidade, fazendo uma junção da norma com interpretações que investiguem a sua razão de ser,

principalmente quando o Direito visa proteger a parte hipossuficiente, como é o caso dos direitos sociais. Do contrário, seria dizer que toda norma é justa.³

Os princípios estão em posições hierarquicamente superiores a quaisquer normas, pois “(...) percebe-se que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, (...) uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras” (Nunes, 2003).

Há que se destacar o princípio do não retrocesso social ou ainda aplicação progressiva dos direitos sociais⁴. A idéia é fazer o Estado atuar no sentido de melhorar progressivamente as condições da vida da população (STRECK, 1999; SARLET 2003, 2004, 2012; BARROSO, 2004), como foi o caso de permitir o retorno automático do benefício social àquela pessoa com deficiência que sai do emprego e anteriormente era beneficiário, ou mesmo a possibilidade de se receber o benefício mesmo na condição de aprendiz.

Entendido o significado do princípio do não retrocesso social, que norteia o avanço da sociedade em direção à solidariedade e fraternidade, analisa-se os preceitos do neoconstitucionalismo como garantidor de preceitos mais justos e democráticos.

Para que a norma alcance seu verdadeiro sentido, ela deve ir além de uma interpretação pura com o auxílio da formulação de juízos de valores acerca do direito, isso é o que doutrina denomina de pós-positivismo ou neoconstitucionalismo já que seu propósito é inserir na ciência jurídica valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana (BARROSO, 1996).

³ Para a visualização mais enfática da localização dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro, se faz importante esclarecer que norma difere de regra e de leis. Aquela é gênero dentre as quais estas, espécies. No que concerne ao conceito de lei, Diniz (2001) a define normas jurídicas de observância geral e Venosa (2004, p. 95) neste mesmo sentido ensina que: “(...) a regra ou norma pode ser traduzida por uma lei, mas com ela nem sempre se confunde. Lei possui um conceito mais específico, como manifestação do Direito Positivo. A lei em sentido amplo é uma norma”. Ainda na definição de lei, Nunes (2003) assevera que “(...) A lei é tanto a norma constitucional quanto uma lei ordinária, por exemplo, o Código Civil, *ou até uma cláusula contratual que se diz lei entre as partes*” (g.n). Quanto às regras, podem ser sociais, morais ou religiosas, não são dotadas de coercitividade, podendo ou não serem positivadas. Assim preconiza Reale (1996) “(...) a hipoteticidade ou condicionalidade da regra de conduta não tem apenas um aspecto lógico, mas apresenta também um caráter axiológico, uma vez que nela se expressa a objetividade de um valor a ser atingido, e, ao mesmo tempo, se salvaguarda o valor da liberdade do destinatário, ainda que para a prática de um ato de violação”. Finalmente, as normas estão em nível de abstração genérica e universal. Ávila (2004, p. 22) assevera que: “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Nesta linha de raciocínio, Ferraz Júnior (1994) enfatiza que: “(...) a opinião prevalecente na doutrina dogmática é de que a norma jurídica é uma espécie de imperativo despsicologizado, isto é, um comando no qual não se identifica o comandante nem o comandado, posto que, de um lado, a figura do legislador ou quem quer que seja o emissor de normas parece perder sua importância depois de posta a norma e, de outro, os destinatários da norma não se identificam, posto que normas jurídicas são comandos genéricos e universais. Há por isso, quem diga não se tratar, em absoluto, de um comando”.

⁴ Este princípio foi expressamente acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Pacto de São José da Costa Rica e caracteriza-se pela impossibilidade de redução dos direitos sociais amparados na Constituição, garantindo ao cidadão o acúmulo de patrimônio jurídico.

Assim, os princípios podem ser utilizados para promoverem uma aproximação da idéia de justiça, corrigindo eventuais distorções que as normas podem causar, é o que Alexy (2006) denomina “pretensão de correção”, pois nenhuma norma estará de acordo com o Direito se incompatível com os direitos fundamentais.

Para Barcellos (2006), o dever constitucional de motivação dos atos judiciais é um fator extremamente importante, principalmente quando se está sopesando valores constitucionais. Argumenta que a técnica utilizada para este alcance é a ponderação.

Todo jurista tem o dever de ser consciente, expor as razões que geram o seu convencimento por meio de uma hermenêutica democrática, plural e aberta (HÄBERLE, 2002). Para tanto, pode contar com ferramentas desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência que são os princípios de interpretação constitucional.

O princípio da interpretação conforme a Constituição sugere a necessidade de buscar uma interpretação que não seja a que decorre da leitura mais óbvia do dispositivo, sendo de sua natureza excluir entendimentos que contravenham a Constituição, e assim adotar o preceito que mantenha a harmonia, com o que se coaduna perfeitamente com a adoção de posicionamentos equânimes ao texto da Lei Fundamental, ou seja, que insira também cidadãos deficientes que estão na linha de risco quanto ao mínimo existencial, mas tem renda um pouco acima do limite legal estabelecido.

Para se aquilatar o caso em debate, também se pode contar com o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. Eis que é mais fácil senti-lo do que conceituá-lo, pois se entende como suposições de equilíbrio, justiça, moderação e harmonia, o que não seja arbitrário ou caprichoso, o que esteja de acordo com o senso comum (BARROSO, 2004), ou ainda preceitos de prudência, bom senso, justa medida, direito justo e valores afins, antecedendo a positivação jurídica, servindo de regra para todo o ordenamento jurídico (LARENZ, 1989 *apud* COELHO, 2007).

Outro fundamento em socorro à primazia da justiça sob um enfoque neoconstitucional para elucidar a problemática, é o princípio da máxima efetividade, também denominado de interpretação efetiva ou princípio da eficiência, aduz que a norma constitucional deve ter a mais ampla efetividade social.

A efetividade da norma é a realização do Direito. Para tanto, o jurista deve estar atento no manuseio da ordem principiológica (BARROSO, 2004).

Há, destarte, quando houver necessidade, a demanda de um ativismo judicial que se desprenda do positivismo e busque concretizar o espírito constitucional nos julgados, principalmente quando se trata de concretizar o que for mais adequado à parte necessitada.

e) Considerações da Lei n. 13.146/2015

Vê-se que nem sempre a lei se coaduna aos preceitos mais intrínsecos de justiça. Assim, conforme visto até aqui, o judiciário ia além dos critérios puramente objetivos para garantir a efetividade do benefício da prestação continuada a determinados cidadãos e fazia uso de uma visão principiológica como forma de garantir a primazia da justiça.

Em 2015, a lei n. 13.146, conhecida como Lei Brasileira de Inclusão, trouxe algumas inovações como forma de trazer mais segurança jurídica na medida em que positivou os preceitos que outrora eram puramente principiológicos.

Primeiramente, alterou mais uma vez o parágrafo 2º da Lei de LOAS (relembrando que já havia sido alterado pelas Leis n. 12.435/2011 e n. 12.470/2011) estabelecendo, ainda dentro da matriz de interpretação relacional, o conceito de pessoa com deficiência:

§ 2o Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ademais, como forma de acompanhar a evolução da complexa temática, finalmente cristalizou o que até então vinha sendo decido com base tão somente no ativismo judicial e nos princípios, por meio do parágrafo 11, “que para concessão do benefício (...) poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento.”

Deve ser destacado, portanto, o ativismo judicial principiológico que os Tribunais vêm percorrendo ao atribuir uma visão de justiça social ao critério de miserabilidade elencado pela norma que agora também consagra uma visão mais fundamentadas nos preceitos dos Direitos Humanos consoante se constata no parágrafo em epígrafe.

Considerações finais

Pode-se afirmar que o transcurso da história nos revela um amadurecimento da sociedade e do Estado Brasileiro na interpretação da deficiência passando de um modelo de interpretação excludente para um modelo que de inclusão que descaracteriza a diferença e leva em consideração a complexa interação entre fatores atinentes à lesão, às habilidades, às funcionalidades e ao contexto social. Acompanhando este diapasão, o texto constitucional,

nos direitos fundamentais e nos direitos sociais apontam para a efetivação de direitos e benefícios em prol destes atores sociais.

O BPC é um direito de assistência social de caráter não contributivo expressamente previsto no texto constitucional. Destina-se a pessoas idosas ou com deficiência que, dentre outros requisitos, tenham renda familiar mensal *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. Esse patamar de renda, no entanto, é considerado excessivamente baixo e resultou em grande celeuma nas decisões judiciais.

Fala-se em um mínimo existencial como conjunto de condições materiais mínimas para uma vida digna. Parece intuitivo que isso existe, embora seja mutável conforme as condições histórico-sociais, culturais, econômicas e até geográficas de cada país e, dentro dele, de cada região, ou mesmo cidade.

A Lei Maior buscou amparar as pessoas com deficiência de baixa renda, garantindo-lhe o recebimento de um salário mínimo, no intuito de lhe assegurar materialmente o direito à dignidade e à igualdade, como forma de estabelecer uma convivência com proximidade à qualidade de vida média.

Todavia, a Lei de LOAS ao regulamentar o texto constitucional fixou um teto objetivo de miserabilidade. Ora, uma norma infraconstitucional não pode ser incompatível com a Lei Fundamental do Estado, sob pena de inconstitucionalidade.

Assim, embora os textos legais tenham evoluído, permanece em vigor o critério de miserabilidade elencado pela Lei de LOAS e o STF posicionou-se no sentido de sua constitucionalidade.

Porém, antes mesmo do advento da Lei 13.146/2015 que permitiu a utilização de outros outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar, os juristas vinham decidindo acertadamente com a pretensão de corrigir a distorção deste critério com fulcro nos princípios gerais norteadores do Direito, e nos princípios constitucionais balizadores da igualdade e da razoabilidade.

Ora, a norma deve ir além de uma interpretação pura com o auxílio da formulação de juízos de valores acerca do direito, já que seu objetivo é inserir na ciência jurídica valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana.

O jurista deve usar todo o aparato legal e axiológico na tentativa de construir uma visão jurídica sedimentada na totalidade, fazendo uma junção da norma com interpretações que investiguem a sua razão de ser, tanto mais quando se está visando garantir o protagonismo dos diversos atores sociais.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradutor: Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARNES, Colin; OLIVER, Mike; BARTON, Len. Introduction. In: BARNES, Colin; OLIVER, Mike; BARTON, Len (Orgs.). *Disability studies today*. Cambridge: Polity Press, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARTON, Len. *Discapacidad e sociedad*. Madrid: Morata, 1998.

_____. The struggle for citizenship: the case of disabled people, *Disability and Society*, 8 (3), pp. 235-248, 1993.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOSCHETTI, Ivanete. *Seguridade social e trabalho: Paradoxos na construção das políticas de previdência e assistência social no Brasil*. Brasília: Letras Livres, EdUnB, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projetos de leis em tramitação*. Disponível em <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/?wicket:interface=:5:4:::>> Acesso em set/2016

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em set/2016.

_____. Lei n. 12.435 de 06 de julho de 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm> Acesso em jun/2016.

_____. Lei n. 12.470 de 06 de julho de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social [...]. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm> Acesso em jun/2016.

_____. Lei n. 13.146 de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm> Acesso em jun/2016.

_____. Lei n. 8.742 de 07 de dezembro 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18742.htm> Acesso em jun/2016.

CANGUILHEM, G. *O normal e o patológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 4. reimp. Coimbra: Edições Almedina, 2007.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPUCHA, Luís. *Desafios da Pobreza*, Oeiras: Celta Editora, 2005.

CAPUCHA, Luís. *Inovação e justiça social: políticas activas para a inclusão educativa. Sociologia, Problemas e Práticas*. Lisboa: Mundos Sociais, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Intepretação constitucional*. 3.ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORKER, M.; SHAKESPEARE, T. *Embodying disability theory*. Condon: Continium, 2004.

COURTINE, Jean-Jacques. O corpo anormal - história e antropologia culturais da deformidade. In: COURTINE, J.-J.; CORBIN, A.; VIGARELLO, G. (Ed.). *História do corpo*. São Paulo: Vozes, 2006.

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

DINIZ, D.; BARBOSA, L.; SANTOS, W. R. Deficiência, direitos humanos e justiça. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 11, p. 65-78, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FINKELSTEIN, Vic. (2001) *A personal journey into disability politics*. The Disability Studies Archive UK, Centre for Disability Studies, University of Leeds. Disponível em <www.leeds.ac.uk/disability-studies/archiveuk/archframe.htm> Acesso em set/2016.

FINKELSTEIN, Vic. *The social model repossessed*, Leeds, University of Leeds, 2001.

FOLMANN, Melissa. LOAS – Alterações pelas leis 12.435/2011 e 12.470/2011 – breves considerações. *Revista nº 04 IBDP*, 2011.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de Pesquisa Social*. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOFFMAN, Irving. *Estigma: notas sobre a identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: LTC, 1988.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HARTLEY, Christie. *Disability and Justice*. Philosophy Compass, 2011.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Traducción y presentación de Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1989.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. Atlas: São Paulo, 2008.

NUNES, Rizzato. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVER, Mike; BARNES, Colin. *Disabled people and social policy: from exclusion to inclusion*. London: Longman, 1998.

OLIVER, Mike. If I had a hammer: the social model in action, in: C. Barnes (Ed.) *The social model of disability—theory and research* (Leeds, The Disability Press), 2004.

_____. Social policy and disability: some theoretical issues, *Disability, Handicap and Society*, 1986.

_____. *The politics of disablement: a sociological approach*. New York: St. Martin's Press, 1990.

_____. *Understanding Disability: From Theory to Practice*. London: Macmillan, 1996.

PEDRON, Daniele M. A (in)constitucionalidade o critério da miserabilidade na concessão do benefício assistencial a portadores de Deficiência. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, p. 54-61, abr./jun. 2006.

PEIXINHO, Manoel Messias. A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

PINTO, Paula Campos. *Dilemas da diversidade: interrogar a deficiência, o gênero e o papel das políticas públicas em Portugal*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian - Fundação para a Ciência e Tecnologia, 2012.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 2007.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 5ª ed. Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1998*. Disponível em www.direitopublico.com.br> Acesso em ago/2016.

SHAKESPEARE, Tom. *Disability rights and wrongs*. New Your: Routledge, 2006.

SILVA, Enio Moraes da. *Princípios e critérios de interpretação constitucional na solução dos conflitos de competências em matéria ambiental*. Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/teses/enio%20moraes.htm>> Acesso em jun/2016

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4ª.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SILVA, Marcelo Cardozo da. *Aspectos do Benefício de Prestação Continuada*. Revista *Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1130, 30 de abril de 2014. Disponível em <http://www.tex.pro.br/home/artigos/262-artigos-abr-2014/6523-aspectos-do-beneficio-de-prestacao-continuada>> Acesso em jun/2016.

SOUSA, Jerónimo de. *Mais Qualidade de Vida para as Pessoas com Deficiências e Incapacidades. Uma Estratégia para Portugal*, Vila Nova de Gaia, Centro de Reabilitação Profissional de Gaia e ISCTE, 2007.

STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos, in *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. São Paulo: Renovar 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2004.