O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: DISCUSSÃO SOBRE A INCAPACIDADE

***JÉSUS NASCIMENTO DA SILVA**

Graduado em Direito pela Faculdade do Vale do Rio Doce – FADIVALE
Mestre em Direito Público pela Universidade Gama Filho
Doutorando em Direito Civil na PUC Minas.
Direitor da FADIPA- Faculdade de Direito de Ipatinga.

**** SÍLVIA APARECIDA DE OLIVEIRA**

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga FADIPA;
Advogada;
Procuradora do Município de Belo Oriente- MG –
Especialista em Direito Público -
Professora titular da Faculdade Pitágoras;
Mestranda em Direito Privado na PUC Minas

***** MARIA EMILIA ALMEIDA SOUZA**

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, de Buenos Aires, Argentina.
Advogada de Família e Sucessões. Professora de Direito Civil, Direito Processual Civil e Prática Forense na Faculdade de Direito de Ipatinga, FADIPA.
Mantenedora do site www.profmariaemilia.blogspot.com.
Coordenadora do programa Para Sempre Fadipa, voltado para os egressos da instituição.
Tem experiência na área do direito, com ênfase em direito processual civil e direito civil.

****** DARLINE NOGUEIRA DE AZEVEDO**

Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga

RESUMO

Esta pesquisa teve por objetivo analisar o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social para a pessoa com deficiência, no que tange a um de seus requisitos para a concessão, qual seja: a incapacidade. Mereceu destaque o fato de que existem requisitos para a concessão do Benefício de Prestação Continuada previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, todavia, há grande discussão no âmbito jurídico em razão da subjetividade que comporta a análise destes, sobretudo em relação à incapacidade. A importância da atividade jurisdicional foi outro fator evidenciado neste estudo. A pesquisa utilizada foi bibliográfica, qualitativa e utilizou a técnica de documentação indireta. Concluiu-se que o conceito de deficiência utilizado pelo poder judiciário é mais abrangente que o conceito legal utilizado pelo INSS, isso por que a incapacidade do indivíduo que pleiteia o benefício é vista pelo julgador, sustentando-se nos princípios constitucionais e da Assistência Social, de maneira correlata com seus aspectos pessoais, como a escolaridade, a idade e o histórico profissional.

Palavras-chave: Assistência Social. Benefício de Prestação Continuada. Incapacidade. Deficiência. Atividade jurisdicional.

1 INTRODUÇÃO

Ao terem os seus pedidos de concessão ao Benefício de Prestação Continuada negados pela avaliação do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), as pessoas com deficiência não encontram outra solução a não ser recorrerem ao Poder Judiciário.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, e dentre os seus objetivos está a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência, que não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei Federal Nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que disciplina a política de assistência social e estabelece o Benefício de Prestação Continuada (BPC), criou algumas condições para a concessão do benefício, que vem sendo discutidas e aperfeiçoadas no decorrer do tempo diante da insatisfação social.

Para requerer o benefício assistencial, o postulante não precisa estar vinculado ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS), isso por que o benefício é devido àqueles que apresentam dificuldades em auferir renda através do trabalho e, portanto, não têm condições de contribuir para o RGPS. O BPC, no valor de um salário mínimo, será concedido a quem implementar os requisitos para seu recebimento.

Dentre os requisitos para a concessão do Benefício de Prestação Continuada, está a incapacidade laborativa, e a aferição desta, constantemente, tem gerado polêmicas e injustiças quando o benefício é requerido na via administrativa. Muito se discute sobre quais devem ser as características da incapacidade para que esta enseje a concessão do BPC já que a Constituição Federal não trouxe qual é o conceito de deficiência e coube ao legislador ordinário sua definição.

A motivação para a realização da pesquisa se origina de diversos questionamentos dos cidadãos no que diz respeito à concessão do Benefício de Prestação Continuada pelo INSS. É importante ressaltar que a pesquisadora trabalhou como estagiária, durante dois anos, no Juizado Especial Federal da Comarca de Ipatinga/MG e vivenciou a insatisfação daqueles que tiveram os seus pedidos de benefício negados.

Essa pesquisa, portanto, visa elucidar se o direito ao salário mínimo mensal previsto na Constituição Federal está sendo observado no âmbito administrativo e qual interpretação é dada à lei quanto ao requisito da incapacidade.

A pesquisa a ser realizada usará o método lógico-dedutivo e dogmático. Quanto ao tipo de pesquisa será bibliográfica, visto que procurar-se-á explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em livros, artigos de autoria de profissionais do direito, leis, revistas e jurisprudências. A pesquisa quanto à natureza será considerada qualitativa por ser procedida através da análise dos conteúdos das teorias existentes publicadas, na busca da explicação do problema. Quanto à técnica a ser utilizada será considerada documentação indireta, visto que serão utilizadas fontes secundárias conforme obras listadas nas referências cujos autores abordam aspectos relevantes relacionados à pesquisa.

2 A SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social, de acordo com o artigo 1º da Lei 8.212/91. O parágrafo único desta lei estabelece quais os princípios e diretrizes a Seguridade Social obedecerá.

Para Fábio Zambitte Ibrahim:

A seguridade social pode ser conceituada como: a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares com contribuição de todos, incluindo parte

dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna (IBRAHIM, 2011, p. 5).

2.1 Breve histórico

A proteção social nasceu, verdadeiramente, na família. O cuidado aos idosos e incapacitados era incumbência dos mais jovens e aptos para o trabalho, as pessoas comumente viviam em largos aglomerados familiares. Entretanto, nem todos eram dotados de proteção familiar, e, mesmo quando existia, era precária. Daí a necessidade de intervenção do Estado.

No Brasil, a Constituição de 1824 previu os socorros públicos, ação de assistência sem efeitos práticos.

A Constituição de 1891 assegurou a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos.

Em 1923, foi publicada a Lei Eloy Chaves, marco fundamental da previdência social no país. Criou caixas de aposentadorias e pensões para os trabalhadores das estradas de ferro, com tríplice forma de custeio: trabalhadores, empresas e Estado.

A Constituição de 1934 previu a tríplice forma de custeio para a previdência, com contribuição obrigatória, constituindo relevante passo para a busca do equilíbrio financeiro.

Em 1943, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), elaborada pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

A Constituição de 1946 substituiu a expressão *seguro social* por *previdência social*, avançou na organização do sistema e determinou a obrigatoriedade do empregador de instituir seguro contra acidentes de trabalho.

Em 1960, foi publicada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que unificou a legislação existente sobre a previdência social.

Em 1966, o Decreto-lei nº 72 reuniu os seis Institutos de Aposentadorias e Pensões no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

A Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974, instituiu o amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos.

A Constituição de 1988 instituiu o sistema de seguridade social, integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, assegurando os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

A Lei nº 8029/90 autorizou a criação do Instituto Nacional do Seguro Social, mediante fusão do Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social (IAPAS) com o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Em 1991, foram publicadas as Leis 8.212 e 8.213. A primeira tratou sobre a organização da Seguridade Social e instituiu o Plano de Custeio; a segunda instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social.

A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) – Lei Federal Nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, disciplinou a política de assistência social e estabeleceu o Benefício de Prestação Continuada.

Em 08 de dezembro de 1995, o Decreto nº 1.744 regulamentou o benefício de prestação continuada devido à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Em 30 de novembro de 1998, a Lei 9.720 deu nova redação a dispositivos da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

Em 06 de maio de 1999, o Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999 aprovou o Regulamento da Previdência Social.

O Decreto nº 6.214, de 2007, revogou o Decreto nº 1.744 de 08 de dezembro de 1995.

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, criou o Estatuto do Idoso.

Em 06 de julho de 2011, a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social, sofreu novas alterações por meio da Lei nº 12.435.

Por fim, a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, alterou os artigos 20 e 21 e acrescentou o art. 21-A à Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência.

2.2 Da saúde

A Constituição Federal assegura em seu artigo 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 2012, p.69).

A execução das ações de saúde pode ser realizada diretamente pelo Estado ou através de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

2.3 Da previdência

A Constituição Federal prevê em seu artigo 201 que “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação

obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial [...]” (BRASIL, 2012, p. 70).

Existem dois sistemas de previdência no Brasil: público e privado.

O sistema público, de filiação compulsória, é destinado aos servidores públicos e mantido pelos entes políticos da Federação, ou aos trabalhadores de iniciativa privada e gerido por uma autarquia federal- Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). Compete concorrentemente aos entes da Federação a edição de normas legais sobre a previdência social.

A previdência privada é um sistema complementar e facultativo de seguro, de natureza contratual, cujas normas básicas estão no artigo 202 da Constituição Federal e nas Leis Complementares nº 108 e 109/2001.

2.4 Da assistência social

A principal característica da assistência social é ser prestada gratuitamente aos necessitados.

A competência para legislar em matéria de assistência social é concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e, suas ações envolvem a atuação de todo o Estado, mediante coordenação da União.

A assistência social está prevista nos artigos 6º e 203 da Constituição Federal, regulamentados pela Lei 8.742/1993- Lei Orgânica da Assistência Social.

As prestações de assistência social podem ser efetivadas mediante pagamento em dinheiro, prestação de serviços ou entrega de bens materiais (roupa, alimentos, remédios).

Consoante o disposto no artigo 203 da Constituição Federal de 1988,

a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social [...] e dentre os seus objetivos está 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.

3 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Existia, com fundamento na Lei nº 6.179/74, um benefício da previdência social denominado renda mensal vitalícia, que era devido ao maior de 70 anos ou ao inválido que não exercessem atividade remunerada e que comprovassem não possuir meios de prover sua própria subsistência ou de tê-la provida por sua família.

Para ter direito à renda mensal vitalícia, era preciso que o beneficiário tivesse sido filiado ao regime do INPS, em qualquer época, no mínimo por doze meses, consecutivos ou não, e perdesse a qualidade de segurado; ou, tivesse exercido atividade remunerada incluída no regime do INPS ou do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), mesmo sem filiação à Previdência Social, no mínimo por cinco anos, consecutivos ou não; ou ainda, tivesse ingressado no regime do INPS após completar 60 anos de idade sem direito aos benefícios regulamentares.

Nos termos do artigo 139 da Lei 8.213/91, a renda mensal vitalícia continuaria integrando o elenco dos benefícios da previdência social até que fosse regulamentado o inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, o que finalmente ocorreu com a publicação da Lei 8.742/93.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC), também conhecido como LOAS ou amparo social foi instituído pela Lei de Organização da Assistência Social – Lei Federal Nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993.

3.1 Requisitos para a concessão do BPC

Têm direito ao benefício de prestação continuada idosos ou deficientes, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, nos termos da LOAS:

Artigo 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.

No que diz respeito aos idosos, dispõe o Estatuto do Idoso, Lei 10.741/03:

Art. 33. A assistência social aos idosos será prestada, de forma articulada, conforme os princípios e diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, na Política Nacional do Idoso, no Sistema Único de Saúde e demais normas pertinentes.

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.

A LOAS assim estabelece:

Artigo 20, § 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.

A concessão do benefício ao deficiente depende de exame médico pericial, avaliação social e, considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa, a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ do salário mínimo.

3.2 Órgão responsável pela concessão do BPC

A gestão do BPC é realizada pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS),

e os recursos para o custeio do BPC provêm da Seguridade Social, sendo administrado pelo MDS e repassado ao INSS.

O artigo 12 da LOAS preceitua que compete à União responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada, incluindo o financiamento, enquanto o artigo 3º do Regulamento do Benefício de Prestação Continuada- RBPC, aprovado pelo Decreto nº 6.214/07, delega ao INSS a responsabilidade pela operacionalização do benefício de prestação continuada.

O INSS, instituído pela Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, é pessoa jurídica de direito público interno, autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social, com sede no Distrito Federal.

Atualmente são 3,6 milhões (dados de março de 2012) beneficiários do BPC em todo o Brasil, sendo 1,9 milhões pessoas com deficiência e 1,7 idosos. (BRASIL, 2013).

4 O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA

Nos procedimentos de concessão do BPC, além da prova da pobreza, os idosos atestam sua condição pelo registro civil; já os deficientes dependem da prova da deficiência, confirmada pela perícia de médicos e assistentes sociais.

A LOAS, no artigo 20, § 6, com as devidas modificações, disciplina que:

A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

4.1 Dos diversos conceitos de deficiência

O conceito de deficiência, que há muito tem sido objeto de discussão para fins de concessão do BPC, pode ser encontrado em diversas fontes, eis algumas:

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS):

Deficiência é a perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão (BRASIL, 2013).

O antigo decreto regulamentador da Lei n.º 7.853/89, Decreto nº 914/93, assim conceituava deficiência:

Artigo 3.º- Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de sua estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano (BRASIL, 2013).

A Convenção n.º 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n.º 51, de 28 de agosto de 1989, e promulgada através do Decreto n.º 129, de 18 de maio de 1991, assim define pessoa com deficiência:

Artigo 1.º- Para efeito desta Convenção, entende-se por “pessoa deficiente” todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada (BRASIL, 2013).

A Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução nº 3.447, Declaração das Pessoas com Deficiência, conceitua deficiência da seguinte forma:

Artigo 1.º- Qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas e mentais (BRASIL, 2013).

De acordo com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada pelo Brasil em 30 de maio de 2007, que entrou no cenário brasileiro com a edição do decreto legislativo nº 186/08, e, ingressou no sistema jurídico como Emenda Constitucional, nos termos do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, 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. (BRASIL, 2013).

4.2 A incapacidade segundo a LOAS

A legislação anterior estabelecia a equiparação da deficiência à incapacidade para a vida independente e para o trabalho, distanciando-se da previsão constitucional acerca do benefício.

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.

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” (BRASIL, 2012).

De acordo com o artigo 21, §3º, da referida Lei, não são considerados motivos para a suspensão/cessação do benefício o desenvolvimento cognitivo, a realização de atividades não remuneradas e de reabilitação.

A Lei nº 12.435/2011, que partiu do conceito já exposto no Decreto Legislativo nº 186/08, também acresceu um limitador temporal de dois anos para identificar o impedimento de longo prazo contido no conceito de deficiência. Assim ficou definido que “impedimentos de longo prazo: aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de dois anos”.

A nova definição de deficiência é mais adequada do que a anterior, mas o requisito temporário não está previsto na Constituição Federal, nem na Convenção de Nova York, o que tem sido foco de discussões acerca da constitucionalidade do inciso II, §2º, do artigo 20 da Lei nº 12.435/2011.

Questionam-se os dois anos para caracterizar o impedimento de longo prazo devem ser anteriores à Data de Entrada do Requerimento (DER) ou se é preciso a prova da deficiência por no mínimo dois anos após a DER.

É incabível exigir dois anos de deficiência para a comprovação do benefício já que este objetiva justamente a inserção social do deficiente de baixa renda.

Na tentativa de solucionar o impasse, a Lei nº. 12.470/11, que alterou os artigos 20 e 21 e acrescentou o art. 21-A a Lei Orgânica de Assistência Social, mudou também a recente regra criada para o benefício assistencial da LOAS. Na regra criada pela Lei nº 12.435/11, haveria a necessidade de existir incapacidade, a qual teria de ultrapassar dois anos, para ser qualificada como de longo prazo. A Lei nº 12.470/11 mantém essa restrição temporal, mas não fala mais em *incapacidade*, e sim *impedimento*, o que permite uma aplicação mais abrangente, pelo fato de incapacidade ser termo mais adequado à aptidão para o trabalho, o que não faria sentido para crianças, por exemplo.

Outra alteração que foi bem-vinda diz respeito ao aspecto procedimental, segundo já mencionado, a Lei inovou ao acrescentar que além da avaliação médica a concessão do BPC depende de realização de avaliação social.

Com a inovação abre-se um leque para avaliar toda a extensão dos elementos que compõem a hipótese de incidência do benefício, que era pautada apenas na avaliação médica.

Hoje, então, a lei ainda prevê que, para fins do BPC, 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 (BRASIL, 2013).

A nova lei deixa claro que se trata de *impedimento* (e não necessariamente incapacidade) e que os efeitos devem perdurar, por no mínimo, dois anos.

Entretanto, o conceito acima ainda tem sido objeto de diversas discussões no mundo jurídico.

4.3 A necessidade de intervenção judicial

A obtenção do benefício pela via administrativa tem-se mostrado penosa ao longo dos anos, restando ao Poder Judiciário a concretização desse direito fundamental em favor dos idosos e das pessoas com deficiência.

Antes mesmo de algumas modificações legislativas, o Poder Judiciário dava interpretação que buscava observar os princípios constitucionais às normas que disciplinavam o BPC.

Nesse sentido temos a seguinte decisão do STJ no que diz a renda *per capita* familiar avaliada para fins de concessão do BPC:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PROVA. CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE. CONTROVÉRSIA EXAMINADA POR PRECEDENTE SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. MULTA.

1. Trata-se de debate sobre critérios para concessão de benefício assistencial. O Agravo Regimental debate a natureza absoluta ou relativa do critério previsto no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993, para fins de concessão de benefício assistencial de prestação continuada.

2. O STJ decidiu, em julgamento de recurso representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC), que a renda *per capita* familiar não é a única forma de aferir a incapacidade de uma pessoa para prover sua própria manutenção ou tê-la provida por sua família (REsp 1.112.557/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 20.11.2009).

3. A insurgência contra o fundamento consolidado pelo STJ em Recurso Especial repetitivo justifica a imposição de multa nos termos do art. 557, §2º, do CPC.

4. Agravo Regimental não provido, com fixação de multa de 10% sobre o valor da causa. (BRASIL, 2012)

Da mesma forma, o Tribunal Regional da Segunda Região já se manifestou no sentido de que a limitação de renda *per capita* não deve ser interpretada de forma absoluta:

Sobreleva ressaltar que o limite de renda ainda tem previsão no §3º, artigo 20 da Lei nº 8472/93, com a nova redação dada pela Lei nº 12.435/11. Não sendo, por ora, a

discussão do presente, temos os seguintes julgados quanto ao requisito da incapacidade:

REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 20 DA LEI 8.742/93. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE DEMONSTRADOS. DATA DO INCÍCIO DO BENEFÍCIO. ENTRADA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. CONDIÇÕES DE MISERABILIDADE COMPROVADAS. OUTROS MEIOS DE PROVA. APELAÇÃO IMPROVIDA.

I. Apesar de ilíquida a sentença, tendo em vista o curto período entre a publicação da sentença e o termo inicial do benefício, de valor mínimo, fica evidenciada a impossibilidade de a condenação de 1º grau ultrapassar o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, devendo assim, ser aplicado na espécie o disposto no art. 475, § 2º, do CPC.

II. O artigo art. 203, V, da Constituição Federal garante benefício mensal à pessoa portadora de deficiência que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

III. O laudo pericial é claro ao concluir que o Autor, brasileiro, solteiro, incapaz, portador de hidrocefalia, tem necessidades especiais, circunstância que efetivamente obstrui a sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (art. 20, § 2º, da Lei 8.742/93, na redação conferida pela Lei 12.470/2011).

IV. A situação de miserabilidade foi devidamente comprovada pelo estudo socioeconômico (fls 122/123). Precedentes do STJ.

V. Comprovada a incapacidade da parte autora ao tempo do requerimento administrativo, a data de início do benefício deve ser fixada a partir dela aplicando-se, por analogia, o art. 60, § 1º, da Lei 8.213/91.

VI. Remessa oficial de que não se conhece.

VII. Apelação a que se dá parcial provimento apenas para determinar (I) que o termo inicial do benefício seja a data do requerimento administrativo (07/01/2009); e (II) que a atualização monetária observe as disposições do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21.12.2010. (BRASIL, 2013)

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região também pronunciou no sentido de que a incapacidade que dá ensejo à concessão do benefício não é a incapacidade para todos os atos da vida:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS PREENCHIMENTOS. CONJECTÁRIOS.

1. A Constituição Federal exige apenas dois requisitos no tocante ao benefício assistencial de que trata o art. 203, V: (a) possuir o beneficiário deficiência incapacitante para a vida independente ou ser idoso, e (b) encontrar-se a família do requerente em situação de miserabilidade.

2. A exigência, para a percepção do benefício, de ser a pessoa incapaz para a vida independente, se entendida como incapacidade para todos os atos da vida, não se encontra na Constituição. Ao contrário, tal exigência contraria o sentido da norma constitucional, seja considerada em si, seja em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), ao objetivo da assistência social de universalidade da cobertura e do

atendimento (CF, art. 194, parágrafo único, I) e à ampla garantia de prestação da assistência social (CF, art. 203, caput).

3. O requisito incapacidade para a vida independente (a) não exige que a pessoa possua uma vida vegetativa ou que seja incapaz de locomover-se; (b) não significa incapacidade para as atividades básicas do ser humano, tais como alimentar-se, fazer a higiene e vestir-se sozinho; (c) não impõe a incapacidade de expressar-se ou de comunicar-se; (d) não pressupõe dependência total de terceiros; (e) apenas indica que a pessoa portadora de deficiência não possui condições de autodeterminar-se completamente ou depende de algum auxílio, acompanhamento, vigilância ou atenção de outra pessoa, para viver com dignidade.

4. Comprovada a hipossuficiência da parte autora e a sua incapacidade para o trabalho, é de ser concedido o benefício assistencial, cujo termo inicial deve recair na data do requerimento administrativo.

5. A despeito dos precedentes anteriores da Turma em sentido contrário, firmou-se na 3ª Seção deste Tribunal o entendimento de que atualização monetária, incidindo a contar do vencimento de cada prestação, deve-se dar pelos seguintes indexadores: ORTN (10/64 a 02/86, Lei nº 4.257/64), OTN (03/86 a 01/89, Decreto-Lei nº 2.284/86, de 03/86 a 01/89), BTN (02/89 a 02/91, Lei nº 7.777/89), INPC (03/91 a 12/92, Lei nº 8.213/91), IRSM (01/93 a 02/94, Lei nº 8.542/92), URV (03 a 06/94, Lei nº 8.880/94), IPC-r (07/94 a 06/95, Lei nº 8.880/94), INPC (07/95 a 04/96, MP nº 1.053/95), IGP-DI (05/96 a 03/2006, art. 10 da Lei n.º 9.711/98, combinado com o art. 20, §§ 5º e 6.º, da Lei n.º 8.880/94) e INPC (04/2006 a 06/2009, conforme o art. 31 da Lei n.º 10.741/03, combinado com a Lei n.º 11.430/06, precedida da MP n.º 316, de 11/08/2006, que acrescentou o art. 41-A à Lei n.º 8.213/91, e REsp. n.º 1.103.122/PR). Nesses períodos, os juros de mora devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, a contar da citação, com base no art. 3º do Decreto-Lei n. 2.322/87, aplicável analogicamente aos benefícios pagos com atraso, tendo em vista o seu caráter eminentemente alimentar, consoante firme entendimento consagrado na jurisprudência do STJ e na Súmula 75 desta Corte.

6. De acordo com o entendimento predominante da 3ª Seção desta Corte, a contar de 01/07/2009, data em que passou a vigor a Lei 11.960, de 29/06/2009 (publicada em 30/06/2009), que alterou o art. 1.º-F da Lei 9.494/97, para fins de atualização monetária e juros haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança, sendo a modificação legislativa aplicável imediatamente aos feitos de natureza previdenciária (BRASIL, 2013).

Nota-se que os acórdãos mencionados são recentes e valeram-se da nova redação legal do conceito de deficiência para garantir aos requerentes o BPC. Cumpre esclarecer que o poder judiciário já vinha atenuando o rigor das leis que regulam o benefício, antes mesmo das inovações.

É possível mencionar como exemplo da importância da atividade jurisdicional, o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, publicado em 27 de abril de 2011, antes das alterações na LOAS:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DO INSS. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE. INTERPRETAÇÃO

INTEGRATIVA DA LEI DA ASSISTÊNCIA SOCIAL. RENDA FAMILIAR PER CAPITA INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. IMPLANTAÇÃO IMEDIATA DO BENEFÍCIO. JUROS DE MORA. LEI Nº 11.690/2009.

1. Já é assente o entendimento dos tribunais pátrios no sentido de que o INSS detém legitimidade exclusiva para figurar no pólo passivo das demandas em que se pleiteia o recebimento do benefício de prestação continuada previsto nos arts. 20 e 21 da Lei nº 8.742/93.

2. O comprometimento da aptidão física para a apelada assumir o ônus de sua subsistência, com o mínimo de dignidade, decorre da deficiência que lhe impede o acesso ao mercado de trabalho, bem como à prática dos atos da vida independente, tomado o termo como a aptidão para gerir com autonomia a própria vida.

3. Configurados os pressupostos normativos que autorizam a concessão do benefício pleiteado, quais sejam a inequívoca deficiência da recorrida, em virtude da qual encontra-se incapacitada para prover à própria subsistência, nem de tê-la provida pela família, e a renda mensal per capita, situada aquém do limite da linha de pobreza, de um quarto do salário mínimo, é de direito a fruição do benefício assistencial garantido constitucionalmente.

4. Não se aplicam à matéria previdenciária as vedações da Lei nº 9.494/97, estando presentes, no caso, os requisitos que sustentam a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional concedida em sentença.

5. Recurso de apelação desprovido. Remessa oficial parcialmente provida para adequar a taxa de juros moratórios, de modo que serão devidos no percentual de 1% a.m. até a edição da Lei 11.960/2009, quando então passarão ao patamar de 0,5% a.m. conforme são aplicados nas cadernetas de poupança. Contam-se da citação, para as parcelas eventualmente vencidas anteriormente a ela, e do respectivo vencimento, para as que lhe são posteriores.

O Julgador do caso em comento já interpretava o conceito de deficiência de maneira dissociada de “incapacidade”, sendo suficiente o comprometimento da aptidão física para a apelada assumir o ônus de sua subsistência, com o mínimo de dignidade.

Dessa forma, considerando que as Leis regulamentadoras do BPC não são claras, abrindo margem para o indeferimento do benefício, e, o fato de que a tutela jurisdicional já vinha sendo prestada em favor dos requerentes do BPC, ainda faz-se preciso a intervenção do Poder Judiciário, no sentido de atenuar o rigor da lei quanto aos requisitos da concessão do benefício assistencial aos necessitados.

5 CONCLUSÃO

O direito à Assistência Social é direito social fundamental e requer um agir do Estado para se garantir o mínimo de dignidade ao cidadão de baixa renda e que vive na miséria.

A atuação do poder judiciário tem sido de fundamental importância para garantir aos necessitados o direito ao BPC isso por que os deficientes têm encontrado obstáculos para a concessão do benefício administrativamente. Justificando-se o indeferimento pelo órgão concedente na ausência dos requisitos legais.

Se em alguns aspectos houve evolução no sentido de assegurar maior eficácia e efetividade à proteção social prevista na Constituição Federal, em outros aspectos que já vinham sendo discutidos pelos operadores do direito e pelo INSS, a lei omitiu-se, tal como sobre o requisito da renda *per capita*.

Além disso, a Lei nº 12.435/2011 acrescentou um requisito temporal ao conceito de deficiência que, por sua vez, gerou novos questionamentos no mundo jurídico, abrindo espaço, ainda, para discussões acerca da luta por reconhecimento por parte dos deficientes.

Por fim, no que toca à concessão do BPC, é preciso adequar não só o marco legal, mas também o regime pericial médico e social de avaliação da deficiência aos ditames constitucionais, levando-se em conta, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org). **Vade mecum universitário de direito RIDEEL**. 14. ed. São Paulo: RIDEEL, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 07 ago. 2013.

_____. Lei nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974. Institui amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 dez 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6179.htm>. Acesso em: 07 ago. 2013.

_____. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jul 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 07 ago. 2013.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º out 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 07 ago. 2013.

_____. Lei nº 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 – Lei Orgânica de Assistência Social. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12435.htm>. Acesso em: 07 ago. 2013.

_____. Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, Altera os arts. 20 e 21 e acrescenta o art. 21-A à Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social, para alterar regras do benefício de prestação continuada da pessoa com deficiência. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12470.htm>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, **Benefício de Prestação Continuada**. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc>>. Acesso em 8 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2012/0147697-4. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN **Diário de Justiça**, Brasília, 15 out. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região. Processo: Agravo Interno 200802010159892. Rel. Des. Federal MESSOD AZULAY NETO **Diário de Justiça**, Rio de Janeiro, 1 out. 2012.

HENDGES, Carla Evelise Justino; MULLER, Eugélio Luis. Alterações na disciplina do benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Magister, v.2, n.12, p.5-26. dez./jan. 2013.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível 0032280-97.2006.4.01.9199. Relatora: Des^a. Federal ROGÉRIA MARIA CASTRO DEBELLI. **Minas Gerais**, Brasília, 27 abr 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível 0036709-97.2012.4.01.9199. Relator: Des. Federal KASSIO NUNES MARQUES. **Minas Gerais**, Brasília, 27 maio 2013.

PARANÁ. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Cível 0004360-48.2013.404.9999. Relator: Des. Federal RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA. **Paraná**, Porto Alegre, 26 jul 2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

VIANNA, José Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.