



Sociedade Brasileira de Direito Público
Escola de Formação - 2006

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Monografia apresentada à
Sociedade Brasileira de Direito
Público, como exigência para
conclusão do curso da Escola de
Formação do ano de 2006.

Autora: Fernanda Penteado Balera
Orientadora: Patrícia Pessoa

2006

INDICE

1. Introdução.....	4
2. Metodologia.....	10
3. Análise de Jurisprudência.....	13
3.1. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232.....	14
3.2. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232.....	19
3.3. Ag.Reg. Reclamação nº 2303.....	27
3.4. Reclamação nº 2323.....	36
4. Conclusão.....	38
Bibliografia.....	42

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 representou grande avanço ao estruturar a proteção dos direitos das pessoas com deficiência¹. Primeiramente, estabeleceu como objetivos fundamentais da República (art. 3º) “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (I), “erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais” (III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação “. Além destes objetivos, preceitua em seu art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei e que todos tem direito à igualdade”.

Preocupando-se com a completa efetivação do direito à igualdade e para cumprir os objetivos mencionados, a Constituição adotou como regra a inclusão e - reconhecendo que as pessoas com deficiência eram historicamente excluídas do processo de integração social e que, por sua própria condição, necessitavam de proteção especial² - estabeleceu diversas normas capazes de concretizar essa inclusão, dentre as quais podemos destacar a reserva de vagas em cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência (art. 37, VIII) e a garantia de acesso aos logradouros, aos edifícios de uso público e aos transportes coletivos, que devem ser adaptados (art. 244).

Para averiguar quem são os destinatários desses direitos, é necessário buscarmos a definição de pessoas com deficiência. A Constituição não contém nenhuma definição específica. Por isso, foi complementada pela Lei 7853/89, que por sua vez foi regulamentada pelo Decreto nº 5.292/04. No art 4º do Decreto regulamentar as pessoas com deficiência são assim agrupadas: deficiente físico; deficiente auditivo; deficiente visual e deficiente mental, além da deficiência múltipla que é a associação de duas ou mais deficiências citadas.

¹ Neste trabalho será adotado o termo “pessoa com deficiência” apesar da Constituição referir-se à “pessoa portadora de deficiência” pois se entende, atualmente, ser a primeira expressão a mais correta já que a deficiência não é algo que alguém possa ou não portar/ carregar, e sim uma condição inata ou adquirida por ela. Para mais detalhes sobre a terminologia: Romeu Kazumi Sassaki, “Como chamar as pessoas que têm deficiência”, 2005 (www.educacaoonline.pro.br).

² Luiz Alberto David Araújo, “A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência”. Brasília: Corde, 1997, p. 34.

Definição mais ampla pode ser encontrada na Convenção da Guatemala³, promulgada pelo Decreto 3.956, de 2001, que explica ser a deficiência: “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”.

Faz-se necessário dizer que, quando nos referimos aos direitos das pessoas com deficiência, estamos cuidando de direitos fundamentais de que são destinatárias todas as pessoas. Daí dizer-se que uma das características dos direitos fundamentais é a sua universalidade. Para cumprirem seu objetivo, que consiste na proteção da dignidade da pessoa humana, esses direitos devem ser concedidos de forma imparcial e igualitária, razão pela qual determinados grupos de pessoas - como no caso de que tratamos aqui: pessoas com deficiência - acabam por receber tratamento diferenciado a fim de poder ser equiparadas aos demais membros da sociedade⁴.

Assim, diversas normas de direitos fundamentais inscritas na Constituição de 1988 tratam as pessoas com deficiência de maneira especial.

No presente estudo será analisado, especialmente, o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do direito à assistência social previsto no art 203, incisos IV e V da Constituição Federal. Referidos preceitos tratam de dois benefícios distintos: o primeiro refere-se à habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, que deve ser entendido como o preparo para a participação da vida social e, o último, outorga o direito a uma prestação continuada correspondente a um salário mínimo para a pessoa com deficiência que comprove não ter meios de prover a própria subsistência.

³ A Convenção de Guatemala foi ratificada pelo Brasil e, portanto, na opinião de alguns autores, vale em nosso ordenamento jurídico como uma norma constitucional, pois versa sobre direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, porém há quem entenda que a convenção tem valor de lei infraconstitucional. O importante é frisar que, seja qual for o entendimento seguido, a Convenção de Guatemala integra o nosso ordenamento jurídico, revogando as leis que lhe forem contrárias e deve ser respeitada.

⁴ Oscar Vilhena Vieira, *Direitos Fundamentais, Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores. Pág 45.

A escolha do tema se deveu a estudo da jurisprudência do STF acerca dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. Tal pesquisa revelou que as maiores controvérsias se referem ao benefício de um salário mínimo assegurado à pessoa com deficiência que não puder se sustentar e nem ser sustentado por sua família, conferido pelo citado art. 203, V da CF. Evidente que essa garantia de um salário mínimo é fundamental para a inclusão da pessoa com deficiência, pois o seu acesso tanto à escola quanto posteriormente ao mercado de trabalho se acham comprometidos em razão de sua restrição física ou mental, com conseqüente dificuldade de percepção de qualquer renda. Além disso, o benefício do salário mínimo pretende integrar àqueles duplamente excluídos, por deficiência, como também os idosos quando também o são pela pobreza.

Causas de deficiência⁵ econômica são em grande número entre nós, como acusa o CENSO 2000, segundo o qual, das 24.650.000 pessoas no Brasil, que tem algum tipo de deficiência, 27% vivem em situação de pobreza extrema e 53% são pobres, enquanto apenas 15% integram a classe média e só 5% podem ser consideradas de classe alta.

Nota-se, portanto, que é grande o universo de pessoas pobres com deficiência que merece atenção do Estado, que lhes consagra o mínimo para o exercício de alguns direitos com o que lhes preserve um pouco de dignidade.

O artigo 203, que trata da assistência social para pessoas com deficiência e seus incisos IV e V têm o seguinte teor:

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

⁵ Em pesquisa no site do Ministério da Saúde (www.saude.gov.br) se constata que entre as causas ou fatores dos quais decorrem a deficiência estão a desnutrição, a má assistência no parto, infecções, a má formação congênita decorrente do uso de drogas, além de acidentes domésticos ou de trânsito. Percebe-se que grande parte dessas causas ligam-se diretamente a situação econômica da pessoa, tais como a desnutrição, a má assistência no parto, entre outras.

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

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

No plano infraconstitucional, a regulamentação do benefício assistencial de prestação continuada previsto no inciso V do acima citado art. 203 da Constituição foi concretizada pela Lei n. 8742, de 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) cujo artigo 20 assim dispõe:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Da leitura deste artigo conclui-se que os beneficiários da prestação continuada⁶ são pessoas com deficiência cuja família tenha renda mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo. Família, para efeitos desta lei, é a integrada pelas pessoas mencionadas no art. 16 da Lei nº 8.213/91, ou seja: o cônjuge, aqui incluídos a companheira ou companheiro; o filho de qualquer condição menor de 21 anos ou inválido; os pais e o irmão de qualquer condição, desde que igualmente inválidos.

O objetivo central do presente estudo, como já se colocou acima, é a análise do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do direito das pessoas com deficiência à prestação continuada.

Pretende-se verificar qual a solução jurisprudencial que vem sendo dada ao problema, e se ela se ajusta à proteção que o legislador pretendeu atribuir aos deficientes.

A Metodologia adotada é a do critério qualitativo, através do qual se fará a análise das decisões do STF, questionando se efetivamente a Corte considera o direito à assistência social sob todos os seus aspectos e enfoca a inclusão como centro do debate, a fim de dar cumprimento à norma constitucional, como é seu dever precípua como guardião da constituição.

⁶ Como explica Eugênia Fávero no livro "Direito das pessoas com deficiência: Garantia de igualdade na diversidade", a primeira vez que o benefício da prestação continuada apareceu em nosso ordenamento jurídico foi em 1982 com a Lei nº 7070 que concedeu renda mensal vitalícia aos portadores da síndrome de Talidomida. Esta síndrome decorria do uso de um medicamento que, ingerido por gestantes, causava danos irreversíveis nos fetos em gestação. Como o comércio de tal medicamento era de responsabilidade do Estado, que errou na fiscalização, às pessoas com síndrome de Talidomida era devida a renda mensal vitalícia, que apesar de neste caso ter caráter mais indenizatório do que assistencialista, foi vista como fonte de inspiração ao artigo 203, V da Constituição Federal.

O estudo tem por base 43 decisões obtidas através de busca no *site* do Supremo Tribunal Federal.

Por último estão colocadas as conclusões, que o trabalho enseja, com a oferta, talvez ousada, de análise crítica às soluções colhidas junto ao STF.

2. Metodologia

Com o intuito de realizar o objetivo acima especificado será efetuada a análise qualitativa das decisões. Interessa investigar a argumentação utilizada para que seja concedido ou negado o benefício da assistência social.

O critério metodológico a ser utilizado nesta análise qualitativa será o do respeito à idéia da inclusão. Esta é o vetor dirigente da interpretação dos dispositivos constitucionais relativos às pessoas com deficiência e deve estar presente em toda e qualquer análise⁷.

Na perspectiva inclusiva, a deficiência deve ser entendida como um produto social. Dessa forma, de toda a sociedade e, conseqüentemente, do Estado é a responsabilidade de oferecer as condições necessárias para que os excluídos possam de fato vir a integrar a sociedade.

A idéia do "Modelo Social" da deficiência começou a ser desenvolvida no Reino Unido, em 1960, e em torno deste modelo surge uma das primeiras organizações para pessoas com deficiência com objetivos não só assistenciais - como até então se apresentavam as organizações para pessoas com deficiência que os tratavam apenas como pacientes - mas também políticos. Essa organização, chamada Upias (The Union of the Physically Impaired Against Segregation), propôs já em 1970 uma definição interessante que ligava diretamente a deficiência à exclusão social: "Deficiência: desvantagem ou restrição de atividade provocada pela organização social contemporânea que pouco ou nada considera aqueles que possuem lesões físicas e os exclui das principais atividades da vida social" (Upias, 1976, p. 3-4).⁸

⁷ Neste sentido cf Luiz Alberto David Araújo, "A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e os obstáculos para efetivação da inclusão social: tentativa de diagnóstico do período 1988-2003".

⁸ IPEA, Texto para Discussão nº 1040. Marcelo Medeiros e Débora Diniz "A nova maneira de se entender a deficiência e o envelhecimento". Pág 9.

A adoção desse modelo social da deficiência exige que as políticas públicas voltadas para as pessoas com deficiências considerem, principalmente, que nada significa conceder o direito a uma pessoa com deficiência se ela não puder exercê-lo na sociedade em que vive. Neste sentido, a inclusão significa a “não exclusão”, ou seja, todos fazem parte da mesma sociedade e dela devem participar democraticamente, sendo tarefa do Poder Público proporcionar medidas que possibilitem essa participação a fim de dar efetividade ao objetivo da Constituição, promovendo ações tais como a eliminação de todas as barreiras arquitetônicas que impedem as pessoas com deficiência de exercerem o direito de ir e vir livremente.

Será levado em conta se o STF, em suas decisões, contribui para a inclusão ou se, contrariamente, diminui a extensão constitucional de tais direitos sociais, dificultando a implementação da sociedade “justa e solidária” e sem “qualquer forma de discriminação”, determinada pela Constituição Federal de outubro de 1988.

Para mapear as decisões que seriam objeto de tal análise, foi realizada uma busca no *site* do Supremo Tribunal Federal (www.stf.gov.br) na seção “Jurisprudência: Pesquisa de Jurisprudência” com os seguintes termos: “pessoa *adj* deficiência” e “pessoa com deficiência”. Após a pesquisa, foi efetuado cruzamento entre os dados obtidos que tiveram como resultado a identificação de 13 acórdãos que cuidam dos direitos das pessoas com deficiência. Desses 13 julgados, dez tratam do tema do benefício da prestação continuada.

Realizou-se também outra busca, desta vez na seção “Jurisprudência: A Constituição e o Supremo”, a partir do artigo 203, V da Constituição que teve como resultado a identificação de 6 acórdãos que explicam o entendimento do STF acerca do tema.

Uma vez decidido que o benefício da prestação continuada estabelecido pelo art. 203, V, da Constituição, regulamentado pela Lei 8742, de 1993, seria o objeto deste estudo foi realizada terceira busca na seção "Pesquisa de Jurisprudência" cujos acórdãos mencionassem o §3º do art. 20 da Lei 8742/93, cujo teor já foi transcrito acima. Essa busca apontou quarenta e três acórdãos, dentre os quais estão aqueles 10 resultantes da busca pela expressão "pessoa com deficiência" e 3 dos 6 acórdãos que tinham sido identificados na busca anteriormente efetuada na seção denominada "A Constituição e o Supremo".

É importante ressaltar que a maior parte das ações que tramitam perante o STF a respeito do tema em referência questionam a decisão proferida por aquela Corte na ADI 1232 que considerou constitucional o § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93. Por essa razão, referida ADI terá papel de grande destaque no desenvolvimento do presente trabalho.

3. Análise de Jurisprudência

Dentre as 41 decisões encontradas no *site* do STF a respeito do benefício da prestação continuada para pessoas com deficiência, excluindo deste número a ADI 1232 e a Medida Cautelar em ADI 1232, são poucas (duas) que discutem especificamente este tema, A grande maioria (18 das 41 ações pesquisadas) não tiveram o respectivo mérito discutido em razão de questões formais, tais como a escolha de via inadequada, a incidência da súmula 279 do STF, que estabelece não ser possível o reexame de provas em sede de recurso extraordinário, entre outras questões processuais, ou apenas porque se reportam à decisão proferida pela Corte na ADI 1232 (20 das 41 decisões).

Para melhor ilustrar este panorama elaboramos a tabela anexa (1).

Uma vez que a ADI 1232, cujo Relator foi o Ministro Ilmar Galvão é, sem dúvida, o caso paradigmático (sendo citada em 27 das 41 ações aqui referidas), quando cuidarmos do direito à assistência social no STF, referido julgado será analisado detalhadamente. Também a Medida Cautelar intentada nesta ação direta de inconstitucionalidade merecerá detido exame.

Analisaremos, igualmente, os argumentos constantes das decisões prolatadas nas Reclamações nº 2003-6, do Rio Grande do Sul, cuja Relatora foi a Min. Ellen Gracie e nº 2323- Paraná, tendo como Relator o Min. Eros Grau, por entendermos que elas trazem argumentos diferentes, capazes de enriquecer o debate a respeito do exame da prestação continuada pelo STF.

3.1. Medida Liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232

Ao propor a ação direta de inconstitucionalidade nº 1232 o Procurador Geral da República pleiteou a concessão de medida liminar para que se suspendessem os efeitos do § 3º, do Art. 20, da Lei n. 8.742, de 1993. A ementa desta decisão, julgada em 22 de março de 1995, foi a seguinte:

EMENTA: MEDIDA LIMINAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONCEITO DE "FAMILIA INCAPAZ DE PROVER A MANUTENÇÃO DA PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA OU IDOSA" DADO PELO PAR. 3. DO ART. 20 DA LEI ORGÂNICA DA ASSISTENCIA SOCIAL (LEI N. 8.742, DE 07.12.93) PARA REGULAMENTAR O ART. 203, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. . 1. Argüição de inconstitucionalidade do par. 3. do art. 20 da Lei n. 8.472/93, que prevê o limite máximo de 1/4 do salário mínimo de renda mensal "per capita" da família para que seja considerada incapaz de prover a manutenção do idoso e do deficiente físico, ao argumento de que esvazia ou inviabiliza o exercício do direito ao benefício de um salário mínimo conferido pelo inciso V do art. 203 da Constituição. 2. A concessão da liminar, suspendendo a disposição legal impugnada, faria com que a norma constitucional voltasse a ter eficácia contida, a qual, por isto, ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação. 3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico. 4. Pedido cautelar indeferido.

O Procurador Geral da República alegou que o § 3º da Lei limitava e restringia o direito garantido pelo art. 203, V, da Constituição, e que tal norma, ao invés de dar eficácia plena ao comando constitucional em questão, acabou por inviabilizar o exercício do direito à prestação continuada.

O Relator, Ministro Maurício Corrêa, proferiu seu voto indeferindo a cautelar sob os argumentos de que a norma constitucional do art. 203 não é auto-aplicável e depende, portanto, de norma regulamentadora, a ser criada pelo legislador ordinário. O legislador assim o fez, "bem ou mal", editando a citada Lei nº 8.742. Para o Min. Mauricio Corrêa os danos decorrentes da suspensão cautelar do dispositivo seriam maiores do que os decorrentes de sua manutenção, pois teriam como conseqüência que a norma asseguradora do direito voltasse a ter eficácia contida, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.

Contudo, o aspecto mais interessante do voto do Ministro, nesta cautelar, é a consideração que faz a respeito de como deve ser estipulado o benefício. Após dizer que o requerente ataca com veemência o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, mas não sugere um padrão de comparação, conclui o Ministro:

"É axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios deve levar em conta, fundamentalmente, dois fatores: de um lado, a necessidade do beneficiário, e de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo. A conjugação destes dois fatores é que dá a medida justa do benefício".

Como se tratava da medida liminar, o Ministro não tratou de fazer e, de fato, não cabia naquela sede, o juízo deste dois fatores, no qual deveriam ser considerados, de um lado, a necessidade das pessoas com deficiência que não tem meios de prover a própria subsistência e, de outro, a possibilidade do Estado arcar com o pagamento mensal de um salário mínimo para cada uma delas.

A conjugação destes dois fatores (necessidade e possibilidade) poderia ser uma boa maneira de o Ministro julgar o mérito da questão, ou seja, se é ou não constitucional o critério de renda familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para a definição do titular do benefício. Se fizesse dessa maneira, o Ministro primeiro deveria considerar quem são os necessitados que irão se beneficiar dessa garantia.

O parágrafo único, III do artigo 194 da Constituição Federal dispõe ser um dos objetivos da seguridade social a seletividade e a distributividade na prestação dos benefícios e serviços. Para cumprir este objetivo da seletividade, o legislador deve, ao fazer uma lei em que cria um benefício, escolher um grupo de pessoas que julga fazer jus a tal benefício e no caso que trazemos neste estudo, o legislador selecionou na própria constituição um grupo que desejava beneficiar, qual seja, o das pessoas com deficiência que não possuem meios de prover a própria subsistência, e o fez dessa maneira por julgar este grupo necessitado.

Quanto à possibilidade, cumpre primeiramente analisarmos a regra do art. 195 da CF que trata do financiamento da seguridade social.

O citado dispositivo enuncia, em seu "caput", que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, salientando, mais uma vez, que os problemas sociais, tais como a deficiência e pobreza, ainda que afetem mais determinadas camadas da sociedade do que outras, são de responsabilidade de todos.

Conforme o § 5º do mencionado artigo nenhum benefício poderá ser criado, majorado, ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. No caso do benefício da LOAS, o artigo 28 desta Lei dispõe o seguinte:

Art. 28. O financiamento dos benefícios, serviços, programas e projetos estabelecidos nesta lei far-se-á com os recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, das demais contribuições sociais previstas no art. 195 da Constituição Federal, além daqueles que compõem o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS).

O art. 195 traz inúmeras fontes de custeio e a receita total dessas fontes em 2005 foi de R\$ 278.104,4 bilhões segundo relatório feito pela ANFIP (Anexo 2) publicado na Análise da Seguridade Social em 2005 de abril de 2006. Neste mesmo relatório, estão discriminadas as despesas líquidas da previdência que somaram o total de R\$ 221.222 bilhões em 2005. Como podemos perceber, o sistema de seguridade social não só financia as suas despesas, como teve um superávit de R\$ 56,9 bilhões, o que nos leva a crer que recursos disponíveis e, portanto, possibilidade de arcar com o benefício o Estado tem.

Outro dado interessante que reforça ainda mais esta necessidade é o obtido no Boletim Estatístico da Previdência Social de 2006 no qual é possível observar não só que, o benefício da LOAS é um dos que tem comparativamente, o valor médio mais baixo, como também representa apenas 3,14% do total que o sistema de seguridade concede em benefícios⁹.

Outro voto nessa liminar é do Ministro Marco Aurélio, que acompanha o Min. Maurício Correa quanto ao indeferimento, apoiando a argumentação de que a suspensão da eficácia do dispositivo constitui um mal maior do que a sua manutenção. Porém, o Ministro aponta aspecto que não chegou a ser desenvolvido por ele, nem por nenhum outro dos ministros no exame da ADI ou da cautelar, que é a questão do conceito do salário mínimo. O Ministro cita o §1º da Lei 8.742 dizendo que, para ele, o "*salário mínimo pressupõe, quanto ao valor, a viabilidade de com ele se manter aquele que o percebe, bem como a respectiva família*" e tal pressuposto deve ser levado em conta na verificação do direito ao benefício da prestação continuada, de forma que o requisito principal para esta constatação deve ser a viabilidade da pessoa com deficiência se manter, ou ser mantida.

⁹ Boletim Estatístico da Previdência Social. Vol. 11 nº 10 in www.previdenciasocial.gov.br/docs/pdf/03.pdf

O argumento segundo o qual a suspensão da lei seria mais danosa do que a sua manutenção é, em nossa opinião, um argumento inclusivo, pois, mesmo que se entenda que a Lei restringiu o comando constitucional, é melhor que a Lei continue vigorando ainda que os beneficiários sejam restritos, do que seja pura e simplesmente suspensa. Ocorre que, como já ficou dito antes, o artigo 203, V, da Constituição é norma não auto-aplicável, a exigir regulamentação para surtir efeitos. Portanto, deferida a cautelar impugnando a norma do § 3º, art. 20 da Lei 8.742/93 o exercício do direito à prestação continuada pelas pessoas com deficiência estaria inviabilizado por completo. Sem dúvida, é muito mais prejudicial ao direito da pessoa com deficiência não poder se beneficiar da prestação continuada do que a restrição ao benefício se limitar a um grupo.

Este entendimento de que o artigo 203, V só passou a ter eficácia plena com a edição da Lei 8.742/93 e, portanto, só é passível de aplicação depois da edição de tal lei, foi firmado pelo STF em diversas ocasiões, como nos RE 401.127, Relator o Min. Gilmar Mendes, no R.E 213.736, Relator o Min. Marco Aurélio, R.E 253.576, Relator o Min. Sepúlveda Pertence e no R.E 315.959, Relator o Min. Carlos Velloso.

3.2 ADI 1232

Esta ADI, proposta pelo Procurador Geral da Justiça teve como relator o Min. Ilmar Galvão e o julgamento se deu em 27 de agosto de 1998, sendo assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA C.F. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SÁLARIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

O dispositivo impugnado nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade era o § 3º, do art. 20, da Lei 8.742/93, que estabelecia como critério para o recebimento da prestação continuada a renda per *capita* da família do beneficiário ser inferior a ¼ do salário mínimo.

Para o Procurador Geral da República, autor da ação, o dispositivo era inconstitucional, porque: “limita e restringe o direito garantido pelo art. 203 e afasta da proteção constitucional o grande número de pessoas que o constituinte quis proteger, assegurando condições mínimas de dignidade e não exigindo, para tanto, o nível de miséria absoluta, como pretende a norma impugnada”.

Participaram desse julgamento os Ministros Ilmar Galvão (Relator), Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence.

O voto vencido foi o do relator Min. Ilmar Galvão, e traz entendimento interessante sobre o tema. Segundo o Ministro é da interpretação da lei nº 8.742, de 2003, que pode resultar o desrespeito à norma do art. 203. O critério legal deve se entendido como presunção *juris et de juris*, isto é, quem tem renda inferior à ¼ do salário mínimo fica dispensando de qualquer comprovação, pois será automaticamente considerado incapaz de prover a própria subsistência, fazendo jus ao benefício. Porém, este critério não pode ser o único apto a caracterizar a situação de incapacidade econômica da família da pessoa com deficiência, ficando assim os demais casos sujeitos a comprovação, o que segundo o entendimento do Ministro, seria a regra geral do art. 203, V.

Afirma o Ministro:

*“Com efeito, se se entender, como parece ter entendido a representação acolhida pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral da República – que o § 3º do art. 20 da Lei n. 8742/93, de 1993, esgota o rol das possibilidades de comprovação de falta de meios, para o deficiente se manter ou ser mantido por sua família, então realmente, essa norma há de ser tida como inconstitucional, na medida que terá revelado a sua flagrante invasão **limitadora** (“considera-se incapaz de prover a manutenção de pessoa com deficiência... a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo”) de garantia constitucional **ilimitada** (a quem dela necessitar)”.*

Com essa afirmação, o Min. Ilmar Galvão sustenta que o critério estabelecido na lei não é em si inconstitucional. Tornar-se-ia inconstitucional somente se fosse entendido como único meio da pessoa com deficiência comprovar sua falta de incapacidade econômica, pois dessa maneira grande parte dos destinatários do benefício assistencial previsto na Constituição seriam excluídos do direito à prestação.

O Ministro diz, então, estar na presença de um caso em que “se faz invocável o entendimento dessa Suprema Corte, segundo o qual, existindo duas ou mais formas de se interpretar o texto constitucional, e revestindo-se apenas uma delas de constitucionalidade, essa Excelsa Corte não declara a inconstitucionalidade, mas proclama a interpretação conforme”.

Assim, o Min. Ilmar Galvão considera que a norma do §3 do art. 20 da Lei 8742 não pode ser o único meio de comprovação da situação de carência e julga procedente em parte a ação, não declarando a inconstitucionalidade da referida norma, segundo o entendimento que acaba de ser explicitado.

O Min. Ilmar Galvão ao dar essa interpretação ao critério legal demonstrou ter grande preocupação com a inclusão das pessoas com deficiência, principalmente ao se fazer valer diversas vezes do argumento de que tal critério excluiria do campo dos beneficiários grande parte daqueles que o legislador pretendeu incluir.

Contudo, o entendimento que prevaleceu na Corte foi o do Ministro Nelson Jobim, que julgou improcedente a ação considerando como constitucional o critério estabelecido na lei, pelos motivos expostos em seu voto, aqui reproduzido:

"Sr. Presidente, data vênua do eminente Relator, compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar desta forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição".

Nota-se que, em sua argumentação, o Min.Nelson Jobim considerou que a Constituição dispõe que o meio de comprovação de renda deverá ser regulamentado por lei. Se a lei regulamentou o tema é constitucional, independentemente de seu conteúdo. Não faz o Ministro qualquer consideração sobre a materialidade da lei, limitando-se ao critério formal: já que a Constituição menciona “lei” e a lei foi editada não cabe discutir se a lei é boa ou má, se estava ou não de acordo com a Constituição. A norma para o Ministro Jobim não é passível de valoração. A lei é a lei. Verdades que se querem axiomáticas nem sempre o são, principalmente quando desarrazoadas.

Essa argumentação não nos parece aceitável, pois o legislador infraconstitucional deve respeitar certos parâmetros, não bastando apenas que se edite uma lei qualquer. A lei deve observar a efetiva realização do que pretendeu a Carta Constitucional. O legislador infraconstitucional, ao dispor que é incapaz de prover a própria subsistência quem tenha renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo diminui, sem dúvida, a extensão do dispositivo constitucional já que este dispunha expressamente: “a assistência social será prestada a quem dela necessitar”. E, com o critério da Lei 8742/93, os beneficiados não serão todos os necessitados, mas somente os miseráveis, tendo em vista que o valor estabelecido é irrisório (a renda de cada pessoa da família não pode ultrapassar R\$ 87,50). Portanto, o Ministro Nelson Jobim deveria ter considerado que a expressão “conforme dispuser lei”, presente no art. 203, V, da Constituição, não concede ao legislador o poder de restringir o alcance das normas constitucionais e menos o de fazê-las insubsistentes.

Quando afirmamos que a norma, tal como foi elaborada, atinge somente os miseráveis, estamos nos baseando em dados coletados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA¹⁰, que considera indigência (extrema pobreza) a situação de quem sobrevive com menos de ¼ de salário mínimo domiciliar *per capita*, enquanto que a pobreza é o estado daqueles que vivem com renda *per capita* domiciliar de até ½ salário mínimo. Afirmar que o legislador, ao criar o critério de ¼ de renda *per capita*, pretendeu atingir somente os indigentes que, conforme dados do mesmo IPEA, representam 19,8 milhões de pessoas, e não todos os necessitados, categoria que alberga também os pobres, que por sua vez representam 52, 5 milhões de pessoas no Brasil é discriminar entre todos os que necessitam da assistência social. O legislador, portanto, não se vinculou ao critério da Constituição e acabou por reduzir o alcance do preceito constitucional, inviabilizando o exercício do direito ao benefício por pessoas que, mesmo necessitando da prestação continuada, não podem ser consideradas miseráveis.

O resultado de norma tão restritiva é evidente. Muitos daqueles que poderiam fazer jus ao benefício da prestação continuada permanecerão à margem da proteção social, ficando desassistidos por causa de mero critério formal. Em muitas das decisões recorridas, que subiram à apreciação do Supremo Tribunal Federal, pudemos observar que, mesmo quando o autor não se enquadrava no critério da Lei 8742/93, era, de fato, um necessitado.

Como exemplo, podemos citar este trecho do RE-Agr 396811, em que o Relator Min. Nelson Jobim cita trecho do acórdão recorrido:

¹⁰ Fonte: Radar Social IPEA 2006 http://www.ipea.gov.br/radarsocial_2006/02_renda.pdf

"No presente caso, a requerente preenche os requisitos legais para a obtenção do benefício. A autora possui apenas quatro anos de idade, e, segundo perícia realizada neste feito, apresenta-se como portadora de deficiência auditiva irreversível, do tipo neurosensorial bilateral e severa (causada por meningite provavelmente bacteriana); terá limitações para a vida independente; tem muitos problemas de saúde; necessita de constantes internações e tratamentos médicos; deverá freqüentar o mais precocemente possível instituição especializada a fim de melhorar a sua qualidade de vida e a mãe deverá acompanhar este tratamento. Dessa forma, é evidente que a requerente não tem capacidade para a vida independente, porque necessita diariamente do acompanhamento da mãe.

Além disso, ficou demonstrado que sua família não tem condições de prover à sua subsistência. A requerente vive com sua mãe e duas irmãs, também menores. A mãe é separada do pai da autora. Este é pedreiro e ajuda na manutenção da autora, quando pode, pois está sem emprego fixo, vivendo atualmente "de bicos". Ouvido pelo Juizado, o pai da autora disse ter renda de R\$ 80, 00, por semana, quando consegue serviços eventuais. O Juiz prolator da sentença recorrida considerou, ainda, que o menor salário estipulado pelo sindicato dos profissionais na construção civil é de R\$ 346,00. Caso seja atribuído esse último salário ao pai da autora, a renda per capita da família chegaria a R\$ 69, 20, ultrapassando desse modo, a renda per capita estabelecida no art. 20, parágrafo 3º, da Lei n. 8742/93."(RE. 394.811-Agr/Ms)".

Neste recurso, especificamente, o benefício da prestação continuada foi mantido porque foi aplicada a Súmula 279 do STF, segundo a qual, para simples reexame de provas não cabe Recurso Extraordinário. No entanto, se o STF seguisse o entendimento que firmou na ADI em comento, como sendo o critério objetivo da renda per *capita* familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo o único capaz de comprovar a falta de meios para prover a subsistência da pessoa com deficiência, a autora da ação, apesar ser necessitada não teria sido beneficiada pela prestação assistencial.

Não se discute, aqui, se este critério é válido e deve ser mantido. Na linha do entendimento da Procuradoria Geral da República e do Min. Ilmar Galvão, pensamos que não se trata do único critério apto a aferir a capacidade de prover a própria subsistência, sob pena de restringir direito que foi concedido a todos quantos necessitem da assistência social.

Os outros votos proferidos na ADI 1232 foram os dos Ministros Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence. Ambos acompanharam o voto do Min. Nelson Jobim. No entanto, o voto do Min. Sepúlveda Pertence apresenta uma peculiaridade. Mesmo concordando com os argumentos do Min. Ilmar Galvão vota pela improcedência da ação com o seguinte fundamento:

"... o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. Ao meu ver isso não faz a inconstitucionalidade nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta".

Percebe-se que, mesmo entendendo que o critério deveria ser mais amplo, e que poderia existir uma inconstitucionalidade por omissão do legislador, que não definiu outras hipóteses, o Min. se esquivou de adentrar no mérito, e brevemente questiona o critério estabelecido e demonstra sua notória insuficiência, sem, no entanto, fazer ponderações substantivas sobre o assunto, ou julgar pela procedência da ação, ainda que em parte como fez o Min. Ilmar Galvão.

Assim como o Min. Nelson Jobim, o Min. Sepúlveda Pertence prefere se valer de uma saída formal, remetendo o assunto para uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

O Ministro Maurício Corrêa que afirmara, na época da concessão da liminar, ser preciso levar em conta na estipulação de benefícios dois fatores: *“a necessidade do beneficiário e a possibilidade de quem arca com o encargo”*, nenhuma consideração aduziu a respeito destes dois fatores, como já dito anteriormente na análise da cautelar, e não analisou a questão *“no contexto de uma escala axiológica, como exige o pedido formulado”* como prometera. Seu voto assim se expressa:

“Sr. Presidente, vou pedir vênia ao eminente Ministro Ilmar Galvão para acompanhar o Ministro Nelson Jobim, coerente com o voto que proferi à época da concessão da liminar”.

Realmente, há que se reconhecer que o Ministro foi coerente com o voto que proferiu na liminar, pois seguiu a argumentação do Min. Nelson Jobim que foi a mesma que o norteou para indeferir a cautelar: o legislador, bem ou mal, cumpriu seu papel, se a Constituição diz que compete à Lei estabelecer os critérios e a lei o fez, não há que se discutir a constitucionalidade de tais critérios.

Vistos todos os argumentos que levaram ao STF a julgar pela constitucionalidade do art. 20, parágrafo 3º, da Lei 8742/93, concluímos que o Tribunal não adotou posição inclusiva, e não deu a devida importância ao salário mínimo como forma de sobrevivência.

3.2.Ag. Reg na Reclamação 2.303 Rio Grande do Sul

Esta reclamação foi proposta pelo Instituto Nacional de Seguro Social – INSS em face de decisão do Juizado Especial Federal Adjunto à Vara Única de Bagé – RS, que julgou procedente o pedido de concessão do benefício da prestação continuada, mesmo reconhecendo que a renda per capita da autora superava a importância de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

A ação é de 13 de maio de 2004 e a relatora é a Ministra Ellen Gracie. A ementa deste acórdão é a seguinte:

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203. CF. A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232. Reclamação procedente.

A decisão do Juizado foi fundamentada no sentido de que o requisito estabelecido na lei deve ser tomado apenas como parâmetro para se examinar as condições econômicas da família e não como um requisito impeditivo por si só, para a concessão do benefício, pois a situação econômica financeira depende também de outros fatores como o tipo de deficiência, as suas necessidades e as condições de vida da pessoa e da sua família, que não podem ser reunidas em um fator numérico aleatório.

O INSS alegou que esta posição contraria o entendimento já firmado pelo STF na ADI 1232 de que apenas o critério objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo pode ser tomado como parâmetro para a concessão do benefício

A Ministra Relatora deferiu a medida liminar, afastando a exigência de pagamento do benefício assistencial em questão, e requisitando informações ao juiz do Juizado especial que sustentou seu posicionamento dizendo:

"a sentença não considerou inconstitucional o limite de renda até ¼ do salário mínimo previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, não descumprindo, portanto, a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, mas tão somente, com base no princípio da razoabilidade e através de uma interpretação tópico- sistemática, avaliou tal parâmetro como um quantum objetivo considerado pela própria legislação como indicativo de insuficiência econômica (signo presuntivo de pobreza) para assegurar-se a subsistência ao portador de deficiência e ao idoso, que não afasta contudo, a possibilidade de sua conjugação com outros fatores indicativos de miserabilidade no caso concreto, face às peculiaridades deste".

A Min. Relatora, em seu voto, cita os dois principais votos da ADI 1232, o vencido do Min. Ilmar Galvão (tese de que o critério da Lei não deve ser o único para caracterizar a situação de incapacidade econômica) e o voto vencedor do Min. Nelson Jobim (que defende que ficou a critério da lei estabelecer os casos em que o benefício é devido, essa o fez objetivamente e deve ser respeitada), e conclui que a sentença impugnada adotou a fundamentação do voto do Min. Ilmar Galvão. Conseqüentemente, a sentença contrariou o entendimento vencedor e a decisão final da ADI 1232, razão pela qual deu provimento a reclamação.

De fato, apesar de nos parecer correta a decisão do Juizado Especial, pois cumpre verdadeiramente o que a Constituição pretende com a norma do art. 203, V que quer conferir a prestação continuada a todas as pessoas com deficiência que dela necessitem como forma de incluí-las, não há que se discutir que se posiciona contrariamente ao entendimento firmado pelo STF. Portanto, a Min. Ellen Gracie julgou o caso em conformidade com a jurisprudência assentada pela Corte, respeitando o precedente.

O Min. Carlos Ayres Britto pediu vista e julgou improcedente a reclamação, pois entendeu que a sentença reclamada não desrespeitou o entendimento do STF. Segundo pareceu ao Ministro, isso só ocorreria se:

"a) incorresse em declaração de invalidade do que se decidiu nesta nossa Casa de Justiça;

b) proclamasse um parâmetro de avaliação de carência material do reclamado que fosse realmente insuscetível de absorção pelo acórdão aqui apontado como paradigma sub judice.”

O Ministro cita, também, o parecer do Procurador Geral da República Cláudio Fonteles que se manifestou pela improcedência da reclamação, argumentando que a condenação do INSS no Juizado Especial não descumpriu a decisão do STF na ADI 1232 pois tal decisão deixava entreaberta a possibilidade de que outras hipóteses poderiam ser aptas a comprovar a incapacidade do interessado, para obter os meios para a manutenção do benefício. Nota-se que o Procurador Geral da República compreende a decisão da ADI 1232 com o mesmo sentido que lhe deu o juiz do Juizado Especial, precisamente aquele acolhido no voto vencido do Min. Ilmar Galvão.

O Min. Carlos Britto prossegue com o seu voto afirmando que a Lei nº 8.742:

*“não devia eleger nenhum critério ou parâmetro de aferição objetiva de pobreza **porque não habilitado pela Constituição para tal mister**. Quero dizer: o critério objetivo de carência material do socialmente assistível já está na Constituição e esse critério é o fato mesmo, de, num dado instante, o idoso ou o deficiente econômico demonstrar que não possui meios de prover à própria manutenção, nem de tê-la provida pela respectiva família. Tudo se resolve é no caso concreto, porque a serventia da lei se resume em dispor sobre o processo de comprovação de tal carência assistencial e não mais que isso”.E continua em seguida afirmando ser o objetivo da Constituição “ possibilitar ao deficiente físico e ao idoso a percepção de um salário minimamente operante como fator de **promoção humana e reintegração à vida comunitária**, que é um fator impeditivo de continuidade de um estado miserável de vida.” (grifo nosso).*

Nesta última passagem o voto do Ministro Carlos Britto revela posição a favor da inclusão das pessoas com deficiência. Ao afirmar ser o objetivo da Constituição a “promoção humana e a reintegração à vida comunitária”, o Ministro se ajusta à idéia de inclusão social, segundo a qual, para que haja a sociedade verdadeiramente inclusiva é necessário que as diferenças sejam de fato valorizadas e que seja possível às pessoas com deficiência vivenciarem, conjuntamente com os demais, as experiências sociais, não permanecendo, como até então, segregadas.

O Ministro, ao concluir, afirma que a reintegração à vida comunitária é um fator impeditivo de continuidade de estado miserável de vida e ressalta, ainda mais, a importância do benefício da prestação continuada para pessoas pobres com deficiência, considerando a transferência de renda proporcionada por meio deste programa como forma de redução de desigualdades e conseqüente promoção de maior inclusão das pessoas com deficiência no seio da sociedade.

Em pesquisa realizada pelo IPEA¹¹ a respeito das condições de vida da população brasileira, é possível constatar que as transferências estatais, que são, fundamentalmente, os benefícios da previdência social e assistência social, são fatores¹² capazes de provocar sensível melhora na condição de vida das pessoas extremamente pobres, reduzindo em 17,2 % o número de pessoas consideradas indigentes no período entre 2001 e 2004, o que só faz ressaltar ainda mais a importância que o benefício assistencial da LOAS tem para as camadas excluídas da população.

¹¹ Radar Social IPEA 2006 http://www.ipea.gov.br/radarsocial_2006/02_renda.pdf

¹² Os outros fatores indicados na pesquisa como influentes na redução da desigualdade são a melhora das condições da economia brasileira e o aumento real no valor do salário mínimo.

Após o voto do Ministro Carlos Britto, a Ministra Ellen Gracie confirma o seu voto dizendo que o Juiz do Juizado Especial está criando e aumentando um benefício, o que não seria da sua competência. Afirma a Ministra que, levando em conta o orçamento da Previdência e Assistência Social, a lei definiu, dentre os habitantes do país, a parcela que poderia ser beneficiada pela prestação continuada de natureza assistencial. Seriam somente aqueles cujo rendimento familiar não superasse $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. A definição legal foi considerada adequada pelo STF, que considerou o parâmetro objetivo e correto. Portanto, a decisão do Juizado Especial contraria a posição da Corte Suprema, firmada na ADI 1232.

Segue-se no acórdão uma discussão da qual participam os Ministros Nelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Ellen Gracie, Cezar Peluso e Marco Aurélio. Os dois primeiros haviam votado na ADI 1232 e mais uma vez reiteraram a posição de que o que ficou decidido na ADI é que o critério da renda per *capita* familiar inferior a $\frac{1}{4}$ é o único que a lei escolheu, e, portanto esgota o rol das possibilidades de comprovação de falta de meios para prover a própria subsistência.

Na discussão, o Ministro Nelson Jobim atenta também para o risco de cada Juiz poder estabelecer diante de cada caso concreto o critério, o que na opinião do Ministro instauraria uma grande desordem, pois teríamos “critérios regionais, sub regionais, microrregionais, municipais, distritais e criava uma enorme obrigação, a qual não teria forma de controle”.

Realmente, deixar a critério de cada Juiz diante de casos concretos, sem que este precisasse se vincular a algum critério objetivo legal possibilitaria muita discricionariedade, o que também não seria desejável, principalmente em se tratando de pessoas com deficiência.

De fato, nessas situações, poderia acontecer de o Juiz não levar em conta os fatos objetivos a respeito da deficiência da pessoa, além de sua situação econômica como critério para conceder ou não o benefício, mas sim o seu próprio conceito, de acordo com o seu humor de momento. É o que aparece, por exemplo, no argumento da Ministra Ellen Gracie, quando na confirmação do seu voto, ao rejeitar a posição do Ministro Carlos Britto. Afirmava, então, a Ministra:

"A generosidade de Sua Excelência, sem dúvida, o seu bom coração, faz com que ele assim decida, e também gostaria de acompanhá-lo para beneficiar individualmente este reclamante".

O juiz, ao decidir, deve sempre tentar ser imparcial, sendo este, inclusive, um dos princípios que deve nortear a sua atividade. Porém, é clara a dificuldade de todos para manter a imparcialidade em assuntos delicados que, inevitavelmente, envolvem a sensibilidade de cada um. Assim sendo, não é desejável que o critério capaz de nortear as decisões seja o da bondade ou do coração do magistrado.

Este estudo ataca o critério de $\frac{1}{4}$ de renda per *capita*, mas não defende que o juiz decida como quiser, de acordo com o caso concreto. É necessário, isso sim, um novo critério objetivo que cumpra o parâmetro Constitucional e que abranja o maior número de pessoas com deficiência que necessitem da proteção social, não somente os indigentes. Porém, é necessário também que o critério não engesse o benefício, pois devido à enorme dimensão do território nacional e as diferenças regionais existentes, e devido também aos variados tipos e graus de deficiência, é preciso que apesar que haja um critério legal, o juiz tenha certa flexibilidade para diante de um caso concreto em que ficar comprovada, por parte de uma pessoa com deficiência, a sua incapacidade de prover a própria subsistência, ela possa fazer jus ao benefício, ainda que se não se enquadre no critério legal.

É importante ressaltar que o benefício da prestação continuada não pode ser visto como uma caridade, que depende do bom ou mau coração de quem decide, mas sim como um direito de cidadania e um dever do Estado.

O Ministro Gilmar Mendes vota nesta reclamação julgando-a procedente com base na seguinte argumentação:

"De fato, ainda que separemos a situação da Previdência da posição de assistência social, é óbvio que isto repercute sobre o quadro da seguridade, que está submetido ao dispositivo já mencionado pela Ministra Ellen Gracie quanto à necessidade de que eventuais despesas novas tenham uma fonte de custeio clara, até mesmo na hipótese dessa criação se fazer por lei. Ora, a multiplicação dessas decisões, e é fácil adivinhar, hoje, com a expansão da Justiça Federal, especialmente com os juizados especiais federais, pode criar uma situação ainda mais imprevisível para esse quadro aflitivo da Previdência Social".

A preocupação do Ministro com o ônus que representa para o Estado o benefício da assistência social, pois esse independe de contribuição e é estendido a todos os cidadãos que dele necessitarem, embora válida, só se coloca no plano das conseqüências. Como já foi dito, quando da análise do voto do Min. Maurício Correa na Medida Cautelar da ADI 1232, o Estado tem dinheiro para arcar com tal benefício, mas não há dúvidas que qualquer modificação em seu critério deve ser feita de modo que explicita a fonte de custeio, conforme preceitua o §5º do art. 195 da CF.

A respeito do custo dos direitos sociais como argumento para a não extensão do benefício, é interessante notar, a título de exemplo, que no caso da concessão de medicamentos para pacientes de AIDS/ HIV, a posição do STF é unânime ao conceder tais medicamentos e em não fazer qualquer consideração a respeito do ônus destes para o Estado. É o que apontou Mariana Barbosa na conclusão de sua pesquisa "O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para AIDS/ HIV". Diz a autora:

Como foi possível perceber, a tendência do Supremo Tribunal Federal é unívoca no sentido de conceder os medicamentos para o tratamento da AIDS pleiteados no âmbito judiciário. Estas decisões são pautadas, em boa parte, na consideração de que o direito à saúde é direito subjetivo e norma de aplicabilidade imediata, bem como no fato de que o preceito constitucional, artigo 196, foi regulamentado por lei estadual. Observa-se, contudo, que as decisões não se preocupam com aspectos fundamentais da política pública formulada pelo Executivo e pelo Legislativo, tais como a limitação orçamentária e a repartição de atribuições para operacionalização dos serviços de saúde e gestão dos recursos.

Nota-se, portanto, que a preocupação do STF com o orçamento do Estado, evidenciada nos votos do Min. Gilmar Mendes, na Reclamação comentada, e no do Ministro Maurício Corrêa quando da apreciação da Medida Cautelar da ADI 1232, face à necessária disponibilidade de recursos orçamentários não é presente em todos os casos referentes aos direitos sociais, que por sua natureza exigem uma prestação do Estado, mas se alterna consoante a sua repercussão na mídia. Assim, muitas vezes é politicamente correto o benefício à saúde, inclusive com pagamento de internações de resultados duvidosos em clínicas estrangeiras para doentes irreversíveis, enquanto são de nenhuma ressonância o atendimento mais geral às pessoas com deficiência carente.

É importante lembrar que, como a Constituição Federal de 1988 elencou em seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e, ainda, como um de seus objetivos a criação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), a efetivação desses exige que os interesses particulares sejam colocados em segundo plano em função do bem comum, razão pela qual uns contribuirão mais do que os outros, e outros sequer contribuirão, a fim de que todos tenham vida digna.

Os demais votos desta reclamação são dos Ministros César Peluso, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, que acompanham a relatora. O primeiro e o último entenderam que a decisão do Juizado Especial contrariava jurisprudência do STF, enquanto que o segundo, mesmo concordando com os argumentos do Min. Carlos Britto e afirmando que, se estivesse presente no julgamento da ADI 1232, teria acompanhado voto do Ministro Ilmar Galvão, considerou que a matéria não deveria ser rediscutida na reclamação, e por isso julga procedente o pedido.

3.3 Reclamação 2323-1

Esta reclamação foi ajuizada pela União Federal contra decisão do Juízo da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Londrina-PR que, em uma ação civil pública, determinou que:

“fosse reconhecido o direito ao benefício do artigo 203, V, da Constituição a todos os portadores de deficiência e idosos domiciliados na Circunscrição Judiciária de Londrina- PR que atendam o requisito legal de renda mensal “per capita” inferior a ½ salário mínimo, bem como a revisão dos benefícios indeferidos por motivos de renda familiar desde a data de ajuizamento da ação, no prazo de seis meses”.

Isto porque o Juiz entendeu que leis posteriores à lei 8742/93, em especial a Lei 10.219/01, que criou o programa nacional de renda mínima vinculado à educação – “Bolsa Escola”, considera necessitado aquele cuja renda mensal per capita é inferior a ½ salário mínimo, e que esse critério deveria ser aplicado à concessão de outros benefícios assistenciais previstos em leis anteriores.

A União alegou que havia desrespeito à decisão tomada pelo STF quando do julgamento da ADI 1232.

O Ministro Eros Grau (Relator) julgou procedente a Reclamação porque, além de ter entendido que houve afronta ao julgado da ADI 1232, já que o Juiz estendeu o benefício a pessoas que, segundo a Lei 8742/93 não fariam jus àquela prestação, considerou que leis que disciplinem outros benefícios (tais como o Bolsa Escola) não tem o condão de alterar as disposições da LOAS. Para o Ministro, a única lei capaz de alterar a LOAS seria aquela que dispusesse, especificamente, sobre o benefício da prestação continuada para pessoas com deficiência ou idosos, cumprindo o estabelecido no art. 203, V da Constituição Federal.

Já o Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência do pedido, insistindo mais uma vez na tese de que o comando constitucional deve ser superior à lei, afirmando que “é certo que existe (no art. 203, V) uma cláusula final remetendo ao que dispuser a lei, mas há de se considerar o princípio da realidade. A lei evidentemente, não pode colocar em segundo plano a premissa do direito à assistência social”.

O Min. Marco Aurélio entendeu que a decisão do Juízo não afrontou a decisão do STF porque, para ele, o novo diploma cogitou da concessão de certo benefício previdenciário, no valor de meio salário mínimo. Como consequência, o art. 20 da Lei. 8742/93, examinado na ação direta de inconstitucionalidade, estaria superado.

O terceiro voto deste acórdão é do Ministro Carlos Britto que acompanha o voto do Min. Eros Grau dizendo:

"Sr. Presidente, quanto à questão de fundo, tenho votado de modo coincidente com o Ministro Marco Aurélio, porém, no caso, entendo ter havido desrespeito à nossa decisão".

Voltando à Reclamação 2323-1 podemos dizer que esta argumentação do Min. Eros Graus, seguida pelo Min. Carlos Britto, nos parece acertada, pois não faz sentido que uma lei cujo objeto é outra matéria (Bolsa Escola) possa alterar a Lei Orgânica da Assistência Social apenas porque traz critério diferente para a aferição da necessidade.

Apesar de o Juízo do Paraná ter dado um efeito à Lei 10219/01 que a mesma não poderia ter, qual seja, o de alterar o critério estabelecido pela Lei 8742/93, a extensão da renda *per capita* familiar inferior a ½ salário mínimo é, sem dúvida, mais abrangente e inclusiva, além de mais coerente com a norma constitucional do que a fixada no art. 20 da LOAS.

É, também, mais condizente com a realidade brasileira a decisão do Juízo do Paraná a respeito de quem deva ser considerado “necessitado” dentro dessa mesma realidade. Só para citar um exemplo, o programa do governo de transferência de renda, o “Bolsa Família”¹³, considera famílias pobres as que tenham renda mensal por pessoa de R\$ 60,01 até R\$ 120,00 e extremamente pobres com renda mensal por pessoa até 60,00. Nos dados apresentados pelo IPEA e já referidos neste estudo, a classificação de pobres se baseia em critério pouco mais abrangente ainda que o do “Bolsa Família”, pois são considerados pobres os que vivem com renda mensal per capita de até ½ salário mínimo, que equivale hoje a R\$ 175,00”.

Porém, não caberia ao STF formular tal juízo, razão pela qual concordamos com a argumentação dos Ministros quando julgaram pela procedência da reclamação. De fato, somente a Lei que cuida do benefício da prestação continuada para pessoas com deficiência poderia alterar o critério anteriormente estabelecido, para atender ao que manda a Constituição quando disciplina específica sobre este benefício.

¹³ <http://www.mds.gov.br/programas/transferencia-de-renda/programa-bolsa-familia/programa-bolsa-familia/o-que-e>

4. Conclusão

Este estudo pretendeu verificar qual seria o entendimento do STF a respeito do benefício da prestação continuada e se, ao decidirem sobre o tema, os Ministros consideravam tal benefício como uma das formas capazes de promover a inclusão das pessoas com deficiência.

Após a análise dos argumentos e decisões a respeito concluímos que, na oportunidade em que o STF poderia ter examinado o tema à luz da axiologia, preferiu fixar-se em critério objetivo de lei infraconstitucional, fugindo às lições de Clóvis Beviláqua e Recasens Siches, segundo os quais "os dispositivos legais não têm as ondulações que as necessidades da vida exigem "e, pois, reclama-se do juiz" ao aplicar uma lei "faça a sua conversão, de regra geral que é, em preceito concreto – individualizado, atendendo sempre ao que é razoável, de acordo com o desenvolvimento histórico da civilização.

Perdido aquele momento restou isolar-se, a Corte, na fixação do que julgou na ADI 1232, nela engessando-se e restringindo o alcance da norma constitucional, no que resulta o amesquinamento do benefício que a Constituição entende devido a todos os necessitados. para reservá-lo somente aos indigentes.

A perspectiva inclusiva, que visa a eliminação de todas as barreiras morais, culturais, sociais e arquitetônicas para que cada indivíduo seja valorizado nas suas diferenças e assim possa conviver como igual, não admite que uma norma seja por demais restritiva, ainda que se entenda que o Estado, ao promover políticas públicas, deva fazer certas delimitações em razão de sua disponibilidade de recursos.

Neste sentido, entendemos que o STF não deveria reconhecer a constitucionalidade de lei tão restritiva sob o argumento econômico, apesar de reconhecermos que algumas restrições, ainda que não se justifiquem sob a ótica dos direitos humanos, possam justificar-se no plano econômico, não é porém o caso.¹⁴. Não é válido o argumento econômico que se quer aplicável na hipótese, porque, em outros programas de transferências de renda que faz o governo, e especificamente o do já citado Bolsa Família, o universo abrangido é muito maior que o considerado para usufruir o benefício da prestação continuada, o que os torna muito mais onerosos para o Estado, uma vez adotam padrões de benefícios mais amplos que o da LOAS.

Ao analisar os acórdãos referentes ao tema no âmbito do STF, percebe-se também que, apesar de grande parte deles manter o benefício da prestação continuada (34,15 % das decisões analisadas), o faz só por questão formal de processo ou visando modificar entendimento, dando à norma maior abrangência. Já nas decisões em que o benefício não é mantido a ADI 1232 influenciou em 85,19% dos casos, o que mostra que ou o STF se prende a questões processuais ou recorre ao precedente firmado naquela ADI (Ver tabela no anexo 1).

Ainda que se argumente que o STF se manteve coerente com o que decidiu na ADI 1232, passados 11 anos desse julgamento e após diversos questionamentos dos tribunais inferiores, que insistem em seguir o entendimento do Min. Ilmar Galvão quanto ao alcance do dispositivo na época do julgamento da ADI, vê-se que a Alta Corte deve maior coerência à norma constitucional que institui amplamente o benefício aos necessitados, a fim de melhor cumprir a sua função precípua de guardiã da Constituição, não podendo consentir que lei infraconstitucional descaracterize benefício instituído sem restrições naquele Diploma.

¹⁴ IPEA, Texto para Discussão nº 1040. Marcelo Medeiros e Débora Diniz "A nova maneira de se entender a deficiência e o envelhecimento. Pág 16".

Sabe-se que a alteração do limite da renda *per capita* não é algo que pudesse ter sido feito pelo STF. Porém, se a Corte declarasse a inconstitucionalidade da lei poderia sinalizar ao legislador no sentido da elaboração de outra lei mais abrangente, em prazo curto para que não houvesse o risco de o art. 203, V permanecer sem a devida regulamentação. Em verdade, a alteração do limite da renda per capita é muito mais uma questão de política econômica, que pode ser feita inclusive pelo Poder Executivo, sem intervenção do Poder Legislativo, por propositura do Conselho Nacional de Assistência Social, como estabelece o art. 39¹⁵ da Lei 8742/93.

Considere-se também que um Governo, como o atual, eleito com programa social amplo, que edita seguidamente medidas provisórias, poderia evitar facilmente a “vacatio legis”, na hipótese considerada da recusa pelo STF de aplicação da lei de benefício, por sua inconstitucionalidade.

Portanto, o que defendemos aqui é que seja criado um novo critério, mais amplo e condizente, não só com os outros programas sociais existentes no Brasil, como também com a nossa realidade. Uma opção seria o critério de 1/2 salário mínimo adotado nos outros programas de transferência de rendado governo. Porém, fica a ressalva que o critério não pode engessar o benefício, e deve ter certa flexibilidade para atender casos especiais.

Ao se observar a questão das pessoas com deficiência como deve ser olhada, ou seja, como produto social e de responsabilidade do Estado, não se deve esperar por ações pontuais de cada Poder para que se construir uma sociedade inclusiva. Deve-se trabalhar pela sensibilização e conscientização universal de todas as esferas da sociedade e do Poder Público a fim de que atue sempre em consonância com o ideal inclusiva, pois é papel do Estado construir e possibilitar a inclusão, melhorando as condições de vida dos discriminados e dos socialmente excluídos.

¹⁵ Art. 39. O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS), por decisão da maioria absoluta de seus membros, respeitados o orçamento da seguridade social e a disponibilidade do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), poderá propor ao Poder Executivo a alteração dos limites de renda mensal per capita definidos no § 3º do art. 20 e caput do art. 22.

5. Bibliografia

ARAUJO, Luis Alberto David. A proteção constitucional da Pessoa Portadora de Deficiência. Brasília: Corde, 1997.

ASSIS, Olney Queioz. Pessoa Portadora de Deficiência: direitos e garantias. 2 Ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Direitos das Pessoas com Deficiência: Garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais, Uma Leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ARTIGOS

BARBOSA, Mariana. O Supremo Tribunal Federal e a política de Fornecimento de medicamentos para AIDS/HIV. 2005 (www.sbdp.org.br)

MEDEIROS, Marcelo e DINIZ, Débora. A nova maneira de se entender a deficiência e o envelhecimento. Texto para Discussão n 1040. IPEA

SASSAKI, Romeu Kazumi. Como chamar as pessoas que têm deficiência. 2005 (www.educacaoonline.pro.br).

SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. Seguridade Social e a Pessoa Portadora de Deficiência. In Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública: Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência. Advocacia Pública e Sociedade ano 1, nº 1. Max Limonad.

SILVEIRA, Alípio. Hermenêutica no Direito Brasileiro. RT-1968

SITES

www.ipea.gov.br

www.mds.gov.br

www.planalto.gov.br

www.previdenciasocial.gov.br

www.stf.gov.br

<http://www.contasabertas.uol.com.br>