



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL: DA NEGATIVA
ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À CONCESSÃO
POR MEIO DE DECISÃO JUDICIAL

Danielson Almeida do Amaral

Rio de Janeiro
2019

DANIELSON ALMEIDA DO AMARAL

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL: DA NEGATIVA ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À CONCESSÃO POR MEIO DE DECISÃO JUDICIAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL: DA NEGATIVA ADMINISTRATIVA DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA À CONCESSÃO POR MEIO DE DECISÃO JUDICIAL

Danielson Almeida do Amaral

Graduado em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá. Graduado em Serviço Social pelo Instituto Macapaense do Melhor Ensino Superior. Pós-graduado em Docência do Ensino Superior pela Faculdade Meta. Servidor Público Federal.

Resumo – A redemocratização garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impulsionou mudanças na política da assistência social, que passou a integrar a seguridade social, em conjunto com a saúde e previdência social, constituindo-se em direitos sociais. A efetivação desse direito tem sido controversa, no que se refere, alcançar de forma indiscriminada todas as pessoas que se encontram nos parâmetros da real necessidade. A baixa efetividade na concessão de direitos sociais, em razão da negativa feita na esfera administrativa, tem provocado a intervenção judicial como estratégia de garantia, mediante a judicialização dos direitos sociais. O volume de judicialização se transformou num fenômeno, que tem despertado estudos e pesquisas, não apenas para ampliar a compreensão e discorrer sobre a legalização e princípios legais que são mobilizados em face da judicialização dos direitos sociais, mas também com o intuito de discutir soluções para a problemática da negativa à concessão de direitos e assim desafogar o Poder Judiciário desse grande volume de processos que tratam dos direitos sociais, já garantidos constitucionalmente. O fenômeno da judicialização de direitos sociais é, portanto, o objeto dessa pesquisa, tendo como foco específico o Benefício da Prestação Continuada (BPC). Para isso, inicialmente analisa-se o fenômeno da judicialização à efetivação das Políticas Públicas no Brasil, na sequência, faz-se uma abordagem sobre a política de assistência social e o BPC como benefício que integra essa política, e por fim, a judicialização do acesso ao BPC. As percepções e análises do pesquisador comporão as abordagens das considerações finais.

Palavras-chave – Direito Constitucional à assistência social. Benefício de Prestação Continuada. Judicialização da assistência social.

Sumário – Introdução. 1. O fenômeno da judicialização à efetivação das Políticas Públicas no Brasil. 2. A política de assistência social e o Benefício de Prestação Continuada. 3. A judicialização do acesso ao Benefício de Prestação Continuada (BPC). Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A consolidação do Estado Democrático de Direito, através da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, assegurou um conjunto de direitos sociais às pessoas. Foi nesse contexto que foi criado o Benefício de Prestação Continuada (BPC) para atender especificamente pessoas idosas a partir de 65 anos e pessoas com deficiências em situação de

vulnerabilidade social, para que em consonância ao que preconiza o Princípio da Igualdade, garanta de forma equitativa qualidade de vida às pessoas.

Todavia, ressalta-se que, a concessão e efetivação das políticas públicas de assistência social, por via administrativa, restringe-se aos parâmetros definidos na Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), que diverge em alguns aspectos da atual realidade social, em relação às condições de vulnerabilidade social e do novo perfil de idoso definido no Estatuto do Idoso. Dessa forma, o Instituto de Previdência Social (INSS) encontra-se amparado legalmente, a negar a concessão dos benefícios para as pessoas que requerem tal benefício e que não esteja enquadrado no perfil definido pela LOAS.

É para corrigir essa falha na LOAS que o Poder Judiciário tem sido pontual em assegurar a concessão do BPC nos pedidos judicializados, protagonizando uma nova realidade nas garantias dos direitos sociais, que, em tese, seria uma atribuição do Poder Legislativo e Executivo. E mesmo considerando que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ter garantido a ampliação dos mecanismos de proteção sociais ao Judiciário, o fenômeno de judicialização das políticas públicas tem chamado atenção, despertando interesse por investigações e pesquisas diretas sobre a temática, que é o foco do presente estudo.

Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa é analisar o fenômeno da judicialização das políticas públicas, focando para a assistência social e o papel do judiciário frente à Concessão do BPC, garantindo o acesso a um direito social que tem sido negado esbarrando no Princípio da Legalidade, tendo em vista, o impeditivo idade e parâmetros da vulnerabilidade social ainda não atualizado na LOAS, tornando-se necessário recorrer aos processos judiciais.

Para atender aos objetivos propostos, foram realizadas pesquisas bibliográficas, baseadas em autores, pesquisadores, teóricos e doutrinadores que abordam sobre as temáticas em estudo. Seguindo o caminho metodológico de leituras sistemáticas, fichamentos e elaboração das ideias, apresentadas no corpo do trabalho.

Para efeitos didáticos, o estudo apresenta-se em capítulos específicos: Para atender a proposta de estudo, a presente abordagem está organizada estruturalmente em 03 (três) capítulos: O primeiro capítulo aborda sobre o fenômeno da judicialização à efetivação das políticas públicas no Brasil, o qual aponta para o índice elevado de processos judiciais para garantir o BPC aos idosos com menos de 65 anos e às pessoas com deficiência, que ficam excluídos pela análise do INSS.

O segundo capítulo abordará sobre a Política de Assistência Social e o Benefício de Prestação Continuada fazendo referência ao contexto social que referendou a implementação da referida política e regulamentou o BPC, buscando apresentar um resgate histórico do

processo evolutivo que possibilitou a conquista específica para a assistência social, enquanto política pública. Embora, alguns elementos precisem ser revisados atualmente, visando adequar às atuais demandas sociais.

No terceiro capítulo volta-se para a judicialização do acesso ao Benefício da Prestação Continuada, como recorte dos diferentes benefícios sociais que precisam da intervenção do Poder Judiciário para sua concessão. Aponta-se as falhas detectadas na letra das leis que concedem tal benefício, e que com isso provocam interpretações dúbias e limitação na concessão dos benefícios. A partir dessa identificação, discute-se sobre as possíveis alternativas de correção, as quais requerem uma atuação mais efetiva do Poder Público em adequar as condições normativas do BPC, assegurando-o a quem de fato necessita.

Reserva-se um espaço para as considerações finais, apontando compreensões e análises da conjuntura em que ocorre a judicialização das políticas de atendimento ao idoso e à pessoa com deficiência, bem como, reforça-se a necessidade de medidas legais urgentes frente à citada problemática da não concessão do direito pelo impedimento legal imposto pela LOAS, evitando assim o volume de processos judiciais para uma condição de um direito social e reconhecido por outros instrumentos legais.

1. O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO À EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 é marcado pela ampliação dos direitos sociais, fazendo com que esta Carta Magna seja considerada a Constituição Cidadã. Dessa forma, a partir da promulgação da CRFB de 1988, tornou-se possível a implementação de um conjunto de políticas públicas no âmbito da seguridade social, contemplando a saúde, assistência social e previdência como forma de regulamentar e efetivar os direitos ora reconhecidos.

Todavia, observa-se que a concessão dos direitos sociais nem sempre é consolidado de forma ágil e pelos trâmites normais da esfera administrativa, através dos órgãos e entidades que detêm a tutela e a responsabilidade por tais políticas públicas sociais. Dessa forma, a única alternativa é a judicialização das políticas sociais, que tem se tornado um fenômeno em crescimento na sociedade atual.

Apesar de não ter surgido no Brasil e nem ser exclusivo da realidade local, a judicialização de políticas tem ganhado força na sociedade brasileira, por razões diversas, que

numa tentativa empírica de explicação, pode-se supor que a ampliação dos direitos sociais e o acesso às informações, e mais a negação de concessão dos direitos via esfera administrativa impulsionaram a recorrência ao Poder Judiciário, pela busca das garantias de seus direitos.

Segundo Cappelletti¹ a tendência do Poder Judiciário garantir os direitos sociais advém da necessidade de adequar o Direito às reais necessidades sociais, e para isso, precisaram modernizar e inventar novos Direitos e remédios, obrigações e defesas, interferindo diretamente no que sentido estrito do Direito, para torná-lo mais adequado às necessidades sociais, em correspondência aos princípios de equidade (*aequitas*) vagos e não escritos, e com isso, contribuir com a promoção a justiça social.

É bem verdade, que as políticas sociais e econômicas, correspondem às obrigatoriedades do legislativo e executivo², todavia, frente às discordâncias no atendimento às necessidades imediatas das pessoas, que são público-alvo dessas políticas, o papel do Poder Judiciário tem sido pontual para corrigir essa falha não apenas no entendimento, mas nas divergências das leis que se contrapõem em aspectos importantes limitando o acesso aos direitos sociais e às políticas públicas.

A observação do fenômeno da judicialização de forma tão expressiva em relação às políticas públicas sociais têm ampliado o debate no âmbito das Ciências Políticas, não apenas para explicar em dados quantitativos a problemática, mas especialmente para chamar a atenção para necessária adequação legal, de modo a reconfigurar e atualizar as legislações voltadas para as políticas sociais, e também para promover uma reflexão sobre a necessidade da criação de instrumentos que controle judicial, que atuem diretamente na efetivação da justiça social.

De acordo com Carvalho³, os estudos realizados pelos autores brasileiros sobre a temática judicialização de políticas, mostram que os aspectos práticos da realidade brasileira estão em consonância com a literatura internacional, que foca nos seguintes elementos: democracia; separação de poderes; direitos políticos; usos dos tribunais pelos grupos; uso de tribunais pelos partidos políticos e inefetividade das instituições. Reforça-se essa percepção com a seguinte exposição:

Quando observamos o caso brasileiro, parece-nos que todas essas condições estiveram presentes nos últimos anos, em maior ou menor medida, o que nos tornaria um importante exemplo de judicialização da política: a democracia restabelecida nos anos 80, seguida de

¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. V. 1. Tradução e notas Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.18.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 643-544

³ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia Política, Curitiba, v. 23, p. 115-126, nov. 2004.

uma Constituição pródiga em direitos em 1988, com um número cada vez maior de grupos de interesses organizados demandando solução de conflitos coletivos, contrastando com um sistema político pouco majoritário, de coalizões e partidos frágeis para sustentar o governo, enquanto os de oposição utilizam o Judiciário para contê-lo, além de um modelo constitucional que delegou à Justiça a proteção de interesses em diversas áreas, refletindo até mesmo o alto grau de legitimidade do Judiciário e do Ministério Público como instituições capazes de receber essa delegação.⁴

Identificar os elementos que reforçaram a busca desenfreada pela intervenção do Poder Judiciário como alternativa viável para assegurar os direitos sociais negados inicialmente pelos órgãos administrativos é de suma importância, mas se faz necessário também compreender o cerne do problema, e visualizar as soluções pontuais, de forma que desafogue o judiciário de processos que podem ser resolvidos em trâmites administrativos, e mais relevante ainda, diminua o percurso percorrido pelo cidadão na busca do benefício a que tem direito, consolidando assim a garantia dos direitos sociais como uma conquista advinda do Estado Democrático Brasileiro, do contrário, a CRFB se transformará apenas em uma referência utópica e distante da realidade.

Nesse contexto que o Poder Judiciário, em alguns casos, corrige a ineficácia e inexatidão legislativa no que tange a subjetividade na concessão de direitos, tendo por base o entendimento de que negar tais benefícios sociais, é uma forma cruel de colocar a justiça na contramão dos princípios básicos constitucionais, dos quais, da Igualdade e da Dignidade da pessoa humana. E assim, para resguardar a democracia:

O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos.⁵

É importante analisar que os resultados positivos ou negativos aos processos judiciais voltados para a obtenção de direitos, advêm da interpretação particular do Juiz, que apesar de basear-se em vários instrumentos legais, mas a falta de objetividade de tais instrumentos, pode levar a prevalência de posições particulares de acordo com o entendimento do avaliador (no caso, o juiz). Assim, em algumas circunstâncias, mesmo diante da coletânea de proposições legais que definem direitos sociais, os pedidos podem ser negados, e a justiça ao invés de corrigir as desigualdades sociais, próprias do sistema capitalista, acaba sendo mais um instrumento de exclusão social.

⁴ ARANTES, Rogério Bastos. O Judiciário entre a justiça e a política. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. (Orgs.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. São Paulo: Unesp, 2007. p. 107-108.

⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007. p.41.

É nesse sentido, que se defende a necessidade de readequação dos dispositivos legais e criação de instrumentos judiciais que sejam capazes de apresentar objetividade. É preciso que as leis que regulamentam direitos sociais estejam em consonância com a CRFB de 1988, assim como, são necessárias atualizações na letra das leis observando a dinamicidade da sociedade que na atualidade apresentam características não mais condizentes, por ora da criação.

Por essa razão, reforça-se a necessidade de revisão na letra da lei, para que haja ajustamento e direcionamento na concessão das garantias sociais, e que sejam executadas de fato como políticas públicas que são, atendendo indiscriminadamente a todos que realmente necessitam e se enquadram no perfil do atendimento, deixando de gerar frequentes e inúmeros processos individuais. Sobre a necessidade de efetivas medidas para resolver essa problemática com a qual o judiciário se depara.

Nessa linha de raciocínio e apontando a dicotomia entre a CRFB de 1988 e a realidade concreta, chama-se a atenção para a seguinte narrativa: chama a atenção:

De um lado, a previsão de direitos sociais na Constituição brasileira (ou em qualquer outra constituição) não pode ser encarada como simples “lírica constitucional, ou seja, não é possível que não haja nenhuma consequência jurídica concreta para essa previsão. De outro lado, não é possível, [...] que direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura que têm os chamados direitos individuais (civis e políticos), ou seja, juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em salas de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário.⁶

Dessa forma, o fenômeno da judicialização de políticas que ocorre de forma desenfreada impõe ao Juiz uma demanda processual que naturalmente seria sanada, se por exemplo, as vagas nas escolas fossem suficientes para atender a todas as pessoas, se os serviços de saúde fossem eficientes nos atendimentos, se a previdência social acolhesse de forma indiscriminada a quem já adquiriu esse direito, se os programas de assistências sociais fossem efetivos. É essa ineficácia que empurra o cidadão para recorrer ao Poder Judiciário com a solicitação simples e dolorosa de forçar o Poder Executivo a cumprir com seu papel de provedor e concessor de direitos.

Conforme o que foi analisado no decorrer dessa seção, o fenômeno da judicialização das políticas sociais é uma problemática preocupante, por apresentar-se em estado crescente, que deságua em várias outras situações problemas, tais como, demanda judicial aumentada, desvio do foco do exercício do Poder Judiciário e ampliação no processo de exclusão social.

⁶ SILVA, Naiane Louback da. *A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da assistência social*. Serviço Social e Sociedade, n. 111, jul.- set./2012. p.158.

Por isso requer atenção especial e preocupação por parte dos poderes representativos da sociedade, no sentido de criar mecanismos de resolução do problema, iniciando por revisões no ordenamento jurídico para não provocar entendimentos dúbios e assim tornar a concessão dos direitos sociais algo mais efetivo.

2. A POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

A historicidade da Assistência Social no Brasil é marcada por um modelo filantrópico, resultado da benevolência de grupos isolados, com iniciativas particulares, que se dirigia aos pobres, doentes e miseráveis. Esse tipo de atendimento tanto deu origem as diversas nomenclaturas de atendimento observadas na história da assistência, como divulgou uma cultura de assistencialismo/ paternalista que gera dependência com baixas perspectivas de superação. Esse aspecto pode ser observado na citação a seguir:

Na história da humanidade, a assistência aparece inicialmente como prática de atenção aos pobres, aos doentes, aos miseráveis e aos necessitados, exercida, sobretudo, por grupos religiosos ou filantrópicos. Ela é antes de tudo, um dever de ajuda aos incapazes e destituídos, o que supõe uma concepção de pobreza enquanto algo normal e natural ou fatalidade da vida humana. Isto contribuiu para que, historicamente e durante muito tempo, o direito à Assistência Social fosse substituído por diferentes formas de dominação, marginalização e subalternização da população mais pobre.⁷

Observa-se que as primeiras iniciativas de assistência foram no âmbito da benemerência, filantropia e prática de caridade, realizada por iniciativa particulares, sob a influência religiosa, e em raros casos, com a presença governamental. Somente após longos anos/ décadas/ séculos que a assistência foi reconhecida como direito, e sendo assim, passou a compor a Política Pública, sob a responsabilidade do Estado.

Embora não haja consenso para uma única definição, as Políticas Públicas estão voltadas para apresentar soluções práticas para os problemas sociais que se acumulam e se avolumam, representando a perda na qualidade de vida, mediante aos processos históricos de exclusão social, que restringem o usufruo dos direitos básicos do cidadão. Sendo assim, as Políticas Públicas com base em alguns elementos que são: a presença de um problema público;

⁷ OLIVEIRA, Iris Maria de. *Assistência Social após LOAS em Natal*, a trajetória de uma política social entre o direito e a cultura do atraso. Programa de estudos pós-graduados em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de SP - PUC/SP, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1556>. Acesso em: 17 de mai. 2019.

a busca pela resolução pacífica dos conflitos; o uso de procedimentos formais e informais para atuar nas problemáticas; e articulação e estratégias, visa atuar de forma positiva para garantir meios e mecanismos de proteção social.⁸

Essa ideia de proteção social é amplamente absorvida pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que insere a Assistência na Seguridade Social, a qual passa compor o tripé do qual fazem parte também a Saúde e Previdência Social. Isso significa que a Assistência Social se veste de uma nova roupagem, deixando de ser vista como um ato de caridade e benevolência, sendo reconhecida como uma condição de direito subjetivo público, para o exercício da prática de cidadania. Isso significa que pela primeira vez na história do Brasil, a Assistência Social é reconhecida como um Direito Social.

A importância da definição da Assistência Social como um direito subjetivo assenta-se na possibilidade de transformá-la em um dever jurídico do Estado, ou seja, o não cumprimento das normas que regulam a concessão de benefícios sociais, abre espaço para atuação dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, para exigir a garantia do acesso aos benefícios a que tem o cidadão tem direito.⁹

É nesse sentido que é pertinente afirmar que, a seguridade social, como uma Política Pública, representa extrema importância para diminuir o distanciamento entre as condições reais vivenciadas pelas pessoas e as condições ideais definidas na Carta Magna, e que representam os direitos sociais essenciais para as dignas condições de vida, nos quais se inserem a assistência social, que como política pública social volta-se para assegurar benefícios sociais. No âmbito da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reserva-se um título exclusivo para tratar da Seguridade Social, sob a denominação “Ordem Social”, que instrumentaliza a efetivação dos direitos sociais, como garantia de cidadania, condição eminente do exercício da democracia.¹⁰

Observa-se 02 (duas) vertentes assumidas pela Seguridade Social, uma voltada para oferecer cobertura aos trabalhadores que contribuíram com contrapartida dos seus rendimentos salariais e outra dar atenção e atender a todos os cidadãos que necessitam de atendimento mesmo sem haver contribuído. O direito à Assistência Social está contemplado por essa última

⁸ MOREIRA, Vinícius de Souza; SILVEIRA, Suely de Fátima Ramos. *Indicadores de desempenho do Programa Minha Casa, Minha Vida: avaliação com base na satisfação dos beneficiários*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 20, n. 66, jul. 2015.

⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.25.

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Diário Oficial da União, 05 out.1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 18 maio. 2019.

vertente que tem amplas finalidades, conforme dispõe o artigo 203 da CRFB de 1988, que se refere à assistência não contributiva e a que assegura os direitos do contribuinte.¹¹

No que se refere à seguridade social, 05 (cinco) anos após a promulgação da CRFB de 1988, através da Lei Orgânica de Assistência Social nº 8.742 de 1993 (LOAS), a Assistência Social é regulamentada, e através dessa Lei, cria-se critérios e normatização para a concessão dos benefícios sociais. Nos anos 2000, seguindo a lógica da legitimidade e legalidade da Assistência Social, o Sistema Único de Assistência Social (SUAS) é instituído, com o objetivo de favorecer acesso simplificado aos direitos sociais, direcionados às pessoas que se enquadram no perfil e atendem critérios para obtenção dos benefícios sociais.

É no 1º artigo da LOAS que se define a Assistência Social é conceituada como direito do cidadão e dever do Estado, compondo a política de seguridade não contributiva, visando assegurar as condições sociais mínimas para o atendimento das necessidades básicas que garantam o usufruo de uma vida com dignidade¹², conforme a CRFB/1988 prevê.

Para esclarecer sobre os direitos sociais e diferenciá-los dos direitos individuais, aqueles se referem às garantias que propiciem adequadas condições de vida aos mais necessitados, de modo que promova a equidade e a igualdade social, frente às situações sociais desiguais, isso pode ocorrer através de diferenciados benefícios sociais, dos quais a transferência de recursos financeiros, conforme será abordado a posteriori. Enquanto que P.¹³

Para assegurar o Inciso V do Artigo 203 da CRFB de 1988, e no âmbito da Política da Assistência Social que o Benefício da Prestação Continuada (BPC) é regulamentado, com a finalidade de transferir ao idoso ou à pessoa com deficiência o benefício de 01 (um) salário mínimo mensal, sem 13º salário¹⁴, visando promover cidadania, através da melhoria na qualidade de vida, de modo que desfruem, no caso do idoso, uma velhice mais confortável; e no caso da pessoa com deficiência, uma vida com mais dignidade:

O BPC constitui-se como direito de cidadania no escopo da Seguridade Social brasileira, conferindo segurança de renda a segmentos populacionais sem meios próprios para prover sua manutenção. O benefício se destina a pessoas idosas e a pessoas com deficiência em face de vulnerabilidades decorrentes da velhice e da deficiência agravadas pela insuficiência de renda. Alcança pessoas que, por diversas circunstâncias do contexto da vida social, não conseguem ou não conseguiram participar do mundo do trabalho ou não tiveram a chance de suas atividades estarem

¹¹ Idem.

¹² BRASIL. *Lei Orgânica de Assistência Social*. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 1993.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed., SP: Malheiros, 2005. p. 409.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 72.

¹⁴ BARBOSA, Maria Madalena Martins; SILVA e SILVA, Maria Ozanira da. *O Benefício de Prestação Continuada - BPC: desvendando suas contradições e significados*. Ser Social, Brasília, n.12, jun. 2003.

sob a guarda de sistemas de previdência social e, conseqüentemente não dispõem de meios próprios para o seu sustento.¹⁵

Pelos critérios estabelecidos pelo BPC, o benefício é concedido ao idoso a partir de 65 anos, que não disponha de condições econômicas suficientes para garantir seu sustento e nem sua família tem como provê-lo; está incluído também no benefício a pessoa com deficiência que se encontre em condição de vulnerabilidade social, ou seja, que esteja inserido numa família com renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.¹⁶

Para a elegibilidade ao BPC, analisam-se os integrantes do núcleo familiar do requerente, que moram sob o mesmo teto, para fazer a composição da renda, de modo que indique a real necessidade do idoso, e no que se refere à deficiência, além da situação econômica, é objeto de análise a condição incapacitante da pessoa para o trabalho e para a sua autonomia.¹⁷

Embora a Política de Assistência Social esteja voltada para promover a equidade social, por via da inclusão da população idosa e com deficiência no programa federal que transfere recursos financeiros como complementação de renda e/ ou como única renda, através do Benefício da Prestação Continuada (BPC). Sua aplicabilidade ainda apresenta controvérsia, deixando inelegíveis grande parcela populacional tanto de idosos, como de pessoas com deficiência. Essa situação tem provocado grande quantitativo de processos judiciais que buscam acesso ao benefício, fenômeno que será analisado no próximo capítulo.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Como já mencionado anteriormente, quem tem a tutela sobre o BPC é o INSS, em todo país. Os critérios de pobreza do idoso e da pessoa com deficiência são analisados pelos técnicos do INSS, já a condição de deficiência declarada pela pessoa solicitante do BPC é realizada por peritos médicos das agências do INSS, em conjunto a uma perícia social feita por assistentes sociais.¹⁸ Essa análise pode gerar elegibilidade ao programa ou negativa.

¹⁵ LINS, Andrea Duarte, *et al.* *BPC 2015: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social*. Abri, 2016. Doc. Eletrônico. Disponível em: < <http://www.mds.gov.br/>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

¹⁶BRASIL. *Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ SANTOS, Wederson Rufino dos; DINIZ, Debora e PEREIRA, Natália. *Deficiência e Perícia Médica: os contornos do corpo*. Reciis, v. 3, n. 2, jun. 2009.

Diante da inelegibilidade, há a possibilidade de recorrer junto ao próprio Instituto (INSS), o direito de realizar nova perícia, visando obter o parecer de outros profissionais. A persistência da negativa, abre a possibilidade de direcionar novo pedido, mas dessa feita na esfera Judicial.¹⁹ Sob o amparo do devido Processo Legal, as negativas têm sido em grande escala, especialmente, quando não há clareza quanto à deficiência e a idade do idoso ainda não atingiu 65 (sessenta e cinco) anos, somando-se, ainda, aos critérios de pobreza.

A frequência alta de negativas faz com que o Benefício de Prestação Continuada (BPC) torne-se objeto de judicialização, visto que, os critérios limitantes que definem a concessão do referido direito, excluem grande parte da parcela populacional que dele necessita. O cerne do problema que ocasiona a restrição está nas seguintes vertentes: idade do idoso, inadequada definição de deficiência e situação de vulnerabilidade social advinda do fator econômico (1/4 do salário mínimo). Questões essas que geram divergência de entendimento, recaindo no aumento de contingente de processos judiciais. São essas questões que serão abordadas nesse capítulo.

No que se refere à questão da deficiência, a LOAS no seu artigo 20 estabelece que concessão do BPC à pessoa com deficiência, deve seguir ao critério da total incapacidade para exercer atividades profissionais e que essa pessoa não disponha de autonomia para ter uma vida independente. A comprovação da condição incapacitante deve ser comprovada por uma perícia médica realizada por uma equipe de peritos do INSS, que é o gestor do benefício.²⁰

A disposição legal atualizada que assegura o BPC, encontra-se na Lei nº 12.470/2011, que no seu artigo 20, define critérios para elegibilidade ao benefício. Com relação à pessoa com deficiência, além da avaliação que leva ao reconhecimento da condição, inclui-se a renda familiar, que não pode ser superior a 1/4 do salário mínimo. Outros requisitos são contemplados, dos quais tempo de incapacidade do requerente.²¹

Como critério de impedimento de longo prazo, a lei considera o período mínimo de dois anos. Em caso, de um tempo inferior a esse prazo estabelecido pela legislação, o benefício não é concedido. Todavia, essa é uma avaliação subjetiva, e que pode apresentar elementos

¹⁹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Benefício Prestação Continuada*. Brasília: DF, 2009. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>>. Acesso em: 15 de mai. 2019.

²⁰ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; QUINCA, Flávia. *Estudo do Programa Brasileiro de Transferência de Rendas para a População com Deficiência e Suas Famílias: uma análise do Benefício de Prestação Continuada*. Texto para discussão nº. 1184, IPEA: Brasília, 2006.

²¹ Brasil. *Lei nº 12.470 de 31 de agosto de 2011*. Altera os artigos. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente à família de baixa renda. Diário Oficial da União 2011; 01 set.

controversos, impossibilitando acesso a quem, de fato, necessita. Uma vez que é frágil a interpretação de que as condições limitantes advindas da condição de deficiência, sejam superadas em determinado tempo, podendo ou não acontecer, de fato.

Por outro lado, o conceito de deficiência adotado pela legislação relaciona essa condição às limitações das habilidades básicas para uma vida social autônoma. Todavia, não esclarece quais habilidades são reconhecidas como básicas/ essenciais. Essa inexactidão conceitual, abre a possibilidade de interpretações divergentes e/ou equivocadas pelos peritos, que acabam excluindo algumas pessoas que poderiam ser contempladas pelo benefício.²²

Sposati ao analisar a postura do INSS em limitar o conceito de deficiência no ato da concessão do BPC, às pessoas que apresentam características limitantes mais graves e definitivas, levanta a hipótese de que o fato a Previdência Social ao adotar o procedimento de preparar os médicos peritos para levar em consideração unicamente o aspecto laborativo da pessoa, restringe aspectos mais subjetivos da compreensão conceitual mais abrangente de deficiência, ignorando aspectos relevantes que definem inabilidade e limitações de uma vida autônoma, o que leva a várias pessoas serem avaliadas como inaptas para o benefício.²³

A divergência na compreensão conceitual da deficiência, que exclui pessoas do BPC, mediante a controvérsia nos procedimentos adotados pelo INSS, apresenta-se como um retrocesso à aplicabilidade do direito de seguridade social, garantido pela CRFB do 1988. A percepção na contradição entre o que preconiza a Constituição Federal e a compreensão do INSS em relação à deficiência, impulsiona, aqueles que tiveram o direito negado, judiciar o pedido ao BPC, avolumando-se a outros pedidos com as mesmas características.²⁴

Embora desde 2009, tenha sido implantado um novo modelo avaliativo para elegibilidade ao BPC, que se baseia na Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF), da Organização Mundial de Saúde (OMS), classificação essa que amplia o conceito de deficiência, passando a considerá-la a partir das limitações nas funções ou nas estruturas do corpo, inserida num contexto pessoal e social, ou seja, a deficiência passou a ser conceituada como incapacidade que resultam da interação entre saúde, ambiente (sócio familiar) e participação na vida em sociedade. Na prática ainda há limitação no entendimento.

Outro aspecto que leva a inelegibilidade ao BPC é a idade do idoso. Segundo aos critérios da legislação (LOAS), a pessoa adquire o direito ao benefício a partir de 65 (sessenta

²² SPOSATI, Aldaíza. *Proteção Social de Cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. São Paulo: Cortez, 1. Ed., 2004. p. 77.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

e cinco) anos e que se encontre em condição de vulnerabilidade social. Todavia, posterior a implementação da LOAS, foi instituído o Estatuto do Idoso, que considera pessoa idosa a partir de 60 (anos) de idade. Essa divergência na definição do perfil do idoso, recai na negativa do INSS aos pedidos de BPC para pessoas com idade inferior a 65 (sessenta e cinco) anos, o que leva a geração de processos judiciais, para a aquisição desse direito.

Com relação à vulnerabilidade social, há também uma divergência ao que se encontra definido na letra da lei, e à realidade atual da sociedade. De acordo com a LOAS, considera-se situação de extrema pobreza, as famílias com renda per capita de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Todavia, ao analisar as mudanças socioeconômicas ocorridas ao longo das últimas décadas, posteriores à implementação da LOAS, a equação que mede o grau de vulnerabilidade mudou. Na atualidade, uma família, com renda per capita de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo, já pode ser considerada em condição de vulnerabilidade social. Essa divergência de entendimento também é objeto de judicialização do BPC.

Em ambos os casos, na medida em que, os pedidos do BPC são direcionados ao Poder Judiciário, cabe a ele, a responsabilidade de atuar diretamente sobre a vida das pessoas. Nesse caso, a concessão do benefício depende da forma como o Juiz interpreta cada situação. Bem verdade, que os parâmetros para essa decisão serão os aspectos preconizados na LOAS, que por ora, entende-se como limitados; e, as definições da CRFB de 1988, que se manifestam pelo caráter cidadão e humanitário. Todavia, a visão do Juiz é quem vai definir a concessão ou não do benefício.

Essa é uma situação problemática, considerando que as decisões dificilmente serão uniformes, tendo em vista, a inexistência de um padrão normativo claro e com as regras efetivamente definidas. O que reforça a defesa do posicionamento delineado desde o início das abordagens que, é necessária e urgente uma readequação da Lei Orgânica de Assistência Social, de modo que defina adequadamente o conceito de deficiência, orientando procedimentos avaliativos dos médicos peritos do INSS; reformule o perfil de vulnerabilidade social, compreendendo-se que $\frac{1}{4}$ de salário mínimo per capita, na prática, já deixou de ser parâmetro para indicar a extrema pobreza; e por fim, reconheça a idade de 60 (sessenta) anos definida pelo Estatuto do Idoso como padrão para o direito à aposentadoria do idoso em condição de pobreza.

Todos esses fatores provocaram e intensificaram a abertura de processos judiciais em busca da garantia do direito ao BPC. Registros apontam que o primeiro litígio judicial ocorreu em novembro de 1993, através de um Mandado de Injunção nº 448/RS, antes mesmo da publicação da LOAS, ocorrida em dezembro do mesmo ano. A requisição deste ato voltava-se para a regulamentação do inciso V do artigo 203, da CRFB de 1988, que dispõe sobre a

transferência de recursos à população idosa e pessoa com deficiência, no perfil de vulnerabilidade social e econômica, conforme já mencionado anteriormente. O julgamento para esse Mandado ocorreu após a publicação da LOAS.²⁵

Um volume grande de processos foi ajuizado, posterior a esse, no âmbito da requisição de inserção ao BPC, incluindo as diferentes abordagens que restringem a concessão do benefício, seja de ordem conceitual referente à deficiência, idade e/ou condição de vulnerabilidade socioeconômica. Tais pedidos, apontam a necessidade de correção via judicial aos aspectos controversos presentes nas legislações vigentes, conforme se observa a seguir:

[...] três tendências principais de correção judicial: 1. Atuação judicial em razão de erro administrativo provocado no momento da execução do BPC nas agências do INSS, 2. O questionamento do conceito legal de deficiência do BPC, e, 3. O questionamento do critério de pobreza estabelecido na LOAS.²⁶

No âmbito conceitual, embora atualizações legais já terem incluído mudanças na compreensão da deficiência, ainda não foram capazes de contemplar todas as especificidades que compõem o conjunto amplo das ocorrências relacionadas à deficiência; assim como, as demais inconsistências legais, persistem em avolumar as incidências processuais mostrando a inabilidade do Estado em atender as demandas sociais, o que torna as Políticas Públicas com baixa efetividade.

CONCLUSÃO

A compreensão em torno do fenômeno da judicialização de direitos sociais está estritamente ligada ao entendimento sobre o caminho histórico pelo qual a Assistência Social brasileira percorreu, até se efetivar como direito. Foram séculos de uma postura eminentemente assistencialista e de benevolência, que ficou arraigada na cultura e no pensamento popular, o que dificulta o reconhecimento de uma assistência mais ampla como direito social, voltada para corrigir o distanciamento das camadas mais pobres do pleno exercício da cidadania e do usufruo de uma vida mais digna.

A dificuldade de reconhecer os direitos sociais que atendam aos mais necessitados e de garanti-los tem sido objeto de judicialização dos direitos sociais. Nesse sentido, o Poder Judiciário atua em defesa da cidadania, visando a consolidação dos direitos, frente a ineficácia dos Poderes Executivo e Legislativo em naturalmente garanti-los. Frente a isso, observa-se que

²⁵ PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. *O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal*. Sociedade e Estado, Brasília, v. 25, n. 1, p. 53-70, jan./abr. 2010.

²⁶ SANTOS, Wederson Rufino dos. *Deficiência e democracia: a interpretação do Poder Judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*. Dissertação (Mestrado) — UnB, Brasília, 2009. p. 73.

em grande medida, a concessão dos direitos sociais em geral, e especificamente o BPC, advém da atuação do judiciário.

A ineficiência do Estado em dar cumprimento às garantias sociais, advém de diversos fatores, que a priori, relaciona-se aos recursos financeiros insuficientes para contemplar todos os que necessitam dos benefícios. Todavia, é pertinente pontuar, que a grande problemática ainda persiste na dificuldade de entendimento em relação à política de Assistência Social, embora amplamente definida nos dispositivos legais, ainda não convenceu e até mesmo envolveu os operadores dos benefícios.

As inconsistências legais, que se relacionam à idade do idoso, conceituação de deficiência e concepção de pobreza, que geram a problemática na inelegibilidade ao BPC, até atualidade não se constituíram em objeto de preocupação, a ponto de se promover as correções necessárias, e com isso, as negativas do pedido de benefício são frequentes, resultando no fenômeno crescente da judicialização do BPC.

Dessa forma, é bem verdade, que o Poder Judiciário tem atenuado a desigualdade social, mediante a concessão dos benefícios, em regiões em que o acesso à justiça é mais fácil. Todavia, não consegue contemplar a totalidade os pedidos, assim como, não está presente em regiões mais distantes, o que acaba também reforçando a desigualdade social, uma vez que, a camada populacional que não tem acesso à justiça ou que não dispõe de conhecimentos suficientes que lhes leve a judicializar seus pedidos de benefícios, deixam de ser contemplados.

Essa observação reforça a necessidade de uma revisão nas legislações, criando critérios claros e absolutos, de modo que, ninguém deixe de ser contemplado e fique sem receber o benefício, estando enquadrado no perfil da necessidade. É necessário a atualização na lei que concede o BPC, tornando uniforme a idade do idoso, de acordo com o Estatuto do Idoso; adotando uma definição que inclua todas as deficiências limitantes para uma vida autônoma; e que atualize, os critérios que definem a pobreza.

A necessidade da uniformização legislativa assenta-se no fato de que a assistência social, sendo política pública não pode ser seletiva e de alcance desigual. Essa condição que a mantém com postura discriminatória reforça as características de uma sociedade seletiva, elitista e desigual, condição que distancia a realidade social dos pressupostos que definem os princípios democráticos, amplamente difundidos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Observa-se que para o exercício pleno da cidadania se faz necessário a superação de vários aspectos da atual sociedade, que envolvem desigualdades sociais, regionais, dificuldades de acesso às informações, à justiça. As atuais condições reforçam a manutenção dessa

disparidade social, mediante a exclusão e limitações de oportunidades. As Políticas Públicas, em tese, seriam para corrigir essas condições, se não conseguem, demonstram a inabilidade do Poder Público. Nesse caso, é inegável que é preciso corrigir, e o caminho é, a readequação legal e a uniformização nas ações administrativas responsáveis pela concessão dos direitos, sem que seja necessária a intervenção da justiça.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a justiça e a política*. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. Sistema político brasileiro: uma introdução. São Paulo: Unesp, 2007.

BARBOSA, Maria Madalena Martins; SILVA e SILVA, Maria Ozanira da. *O Benefício de Prestação Continuada - BPC: desvendando suas contradições e significados*. Ser Social, Brasília, n.12, jun. 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRASIL. *Constituição: República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei nº 8.742, de 7 dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social*. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 1993.

_____. *Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências*.

_____. *Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria que se dedique exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencente a família de baixa renda*. Diário Oficial da União 2011; 01 set.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Benefício Prestação Continuada*. Brasília: DF, 2009. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>>. Acesso em: 15 de maio de 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia e Sociedade*. V. 1. Tradução e notas Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p.18.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia Política, Curitiba, v. 23, p. 115-126, nov. 2004.

LINS, Andrea Duarte, et al. *BPC 2015: Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social*. Abril, 2016. Doc. Eletrônico. Disponível em: < <http://www.mds.gov.br/>>. Acesso em: 16 de maio de 2019.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Débora; SQUINCA, Flávia. *Estudo do Programa Brasileiro de Transferência de Rendas para a População com Deficiência e Suas Famílias: uma análise do Benefício de Prestação Continuada*. Texto para discussão nº. 1184, IPEA: Brasília, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, Vinícius de Souza; SILVEIRA, Suely de Fátima Ramos. *Indicadores de desempenho do Programa Minha Casa, Minha Vida: avaliação com base na satisfação dos beneficiários*. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 20, n. 66, jul . 2015.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA, Iris Maria de. *Assistência Social após LOAS em Natal, a trajetória de uma política social entre o direito e a cultura do atraso*. Programa de estudos pós-graduados em Serviço Social. Pontifícia Universidade Católica de SP - PUC/SP, 2005. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1556>. Acesso em: 17 de maio de 2019.

PENALVA, Janaína; DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. *O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal*. Sociedade e Estado, Brasília, v. 25, n. 1, p. 53-70, jan./abr. 2010.

SANTOS, Wederson Rufino dos; DINIZ, Débora e PEREIRA, Natália. *Deficiência e Perícia Médica: os contornos do corpo*. Reciis, v. 3, n. 2, jun. 2009.

SANTOS, Wederson Rufino dos. *Deficiência e democracia: a interpretação do Poder Judiciário sobre o Benefício de Prestação Continuada*. Dissertação (Mestrado). UnB, Brasília, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed., SP: Malheiros, 2005.

SILVA, Naiane Louback da. *A judicialização do Benefício de Prestação Continuada da assistência social*. Serviço Social e Sociedade, n. 111, jul.- set./2012.

SPOSATI, Aldaíza. *Proteção Social de Cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. São Paulo: Cortez, 1. ed.,2004.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paulo Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.