



Fábio Brumana

54

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DA MISERABILIDADE NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA*

Daniele Muscopf Pedron

RESUMO

Trata do benefício assistencial de prestação continuada a portadores de deficiência, previsto na Constituição como forma de assegurar-lhes as condições básicas de sobrevivência.

Questiona a constitucionalidade do critério da miserabilidade estabelecido em lei para a concessão do benefício, pois a exigência nega a materialização dos direitos fundamentais e sociais, protegidos constitucionalmente, à grande parcela da população que se encontra logo acima do limite exigido.

Afirma que a necessidade de amparo aos portadores de deficiência reflete a essência do preceito constitucional que instituiu o auxílio, não sendo permitido a qualquer norma inferior e, muito menos, aos aplicadores do Direito impedirem sua concretização.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; benefício assistencial; prestação continuada; miserabilidade; Constituição Federal/88; direito – fundamental, social; Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS; Lei n. 8.742/93, art. 20.

* Artigo elaborado sob a coordenação das professoras Lissandra Espinosa de Mello Aguirre, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC - RS, e Andréa Narriman Cézne, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da premissa de que a Constituição, Lei Maior de um Estado, garante em seu texto uma vida digna a seus cidadãos, torna-se necessário analisar o critério da miserabilidade previsto na norma que passou a regulamentar o benefício assistencial de prestação continuada, para portadores de deficiência.

A Constituição Federal de 1988 firmou uma série de garantias de proteção aos direitos sociais, implicando, assim, maior amparo aos direitos individuais dos cidadãos. O princípio basilar e máximo da ordem constitucional é o da dignidade da pessoa humana, em que o ser humano, por não ser um ente isolado, possui um importante aspecto social dentro do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, cabe ao Estado zelar pela efetividade dos direitos sociais – pois reconhece a cada cidadão o direito a uma vida digna, conforme explicitado no preâmbulo da Constituição – para que não padeçam devido à falta de eficácia jurídica das normas.

Entre outros, os direitos sociais, econômicos e culturais sofrem de um grave problema de eficácia, porque, mesmo assegurados constitucionalmente, esbarram em óbices econômicos e políticos no momento de sua prestação pelo Estado. O problema da eficácia de tais direitos tem-se verificado, de forma expressiva, na concessão do benefício previsto no art. 203, inc. V, da Constituição, que passou a ser regulado pelo art. 20 da Lei n. 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

O benefício assistencial de prestação continuada é previsto como garantia à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 65 anos ou mais, conforme passou a regular a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que comprovarem não possuir meios de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família. Com exceção dos demais requisitos exigidos para a concessão de tal benefício, como a incapacidade para o trabalho e para a vida diária e a proibição de

cumulação com outro benefício, o requisito da miserabilidade tem suscitado grandes discussões.

O portador de deficiência deve comprovar que sua renda familiar *per capita* é inferior a 1/4 do salário mínimo, para ensejar o deferimento do benefício, conforme o art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93. Com isso, a Lei referida passou a regular a concessão do benefício, e também a restringi-lo.

Verificando a intrínseca relação existente entre a Carta Fundamental e a sociedade que ela regula, volta-se a atenção para a necessidade de alterar o dispositivo de lei infraconstitucional que contraria o Texto Maior, sob pena de retrocesso social e legal.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CLÁUSULA DO NÃO-RETROCESSO SOCIAL

Os direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição são os instrumentos para a tutela do cidadão, parte fundamental do Estado, sendo, portanto, o direito da dignidade da pessoa humana o maior fim do Estado democrático de Direito. Prevista no primeiro artigo da Constituição de 1988, a dignidade é posta como um dos primeiros fundamentos de todo o sistema constitucional, servindo de guarida para os direitos individuais e coletivos e representando um princípio maior para a interpretação de todos os demais direitos e garantias conferidos aos cidadãos¹.

A dignidade da pessoa humana está relacionada à idéia de que não é possível a redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de terceiros. Sua consagração como direito implica considerar o homem o centro do universo jurídico, direito que deve ser entendido como integrante do núcleo essencial² da Constituição, por traduzir uma questão fundamental do Estado social, a valorização do ser humano.

Por se tratar de um valor supremo e fundamental ao Estado, a dignidade da pessoa humana passou a integrar o siste-

ma constitucional, com força de princípio de Direito. Conforme explica Rocha, *a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição*³.

Alçar a dignidade da pessoa humana à categoria de princípio geral do Direito denota a importância dada a esse direito, pois os princípios são normas de valor genérico que norteiam a compreensão do ordenamento jurídico em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas, desenvolvendo e especificando preceitos em direções mais particulares⁴. Portanto, negar esse princípio é negar a própria Constituição, pois não se pode querer preservar esta sem que haja observância total e irrestrita daquele, visto que ele é a premissa maior de todo o ordenamento jurídico⁵.

A dignidade da pessoa humana é, em outras palavras, a verdadeira força normativa do Estado social, e nesse sentido toda e qualquer ação do ente estatal deve ser ponderada, sob pena de retrocesso nas questões sociais. A vinculação do legislador constituinte aos direitos fundamentais trouxe a consagração de outro princípio ao ordenamento jurídico brasileiro, o chamado “princípio de não-retrocesso social”.

A vedação de retrocesso social na ordem democrática, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, pretende evitar que o legislador infraconstitucional venha a negar (no todo ou em parte essencial) a essência da norma constitucional, que buscou tutelar e concretizar um direito social resguardado em seu texto.

A inclusão de tal proibição na or-

dem jurídica deu-se para impedir a violação do núcleo essencial do Texto Magno, e, por conseqüência, a supressão de normas de justiça social.

A proibição de retrocesso social garante que os direitos sociais, como núcleo essencial do ordenamento jurídico, já realizados e efetivados por meio de medidas legislativas, sejam assegurados, em virtude de sua consagração pelo Estado democrático de Direito. Portanto, ao legislador fica proibido instituir políticas de discriminações sociais⁶.

Com isso, firma-se a vedação do legislador em reduzir qualquer direito social assegurado constitucionalmente, sob pena de violação do princípio de proteção da confiança e segurança dos cidadãos no âmbito social, e de inconstitucionalidade.

A partir da necessidade de tutela dos direitos sociais, principalmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, a assistência social trouxe um auxílio aos portadores de deficiência que não conseguissem prover seu sustento, ou tê-lo provido por sua família. Assim, a ação efetiva de vedação de retrocesso social, em se tratando de garantir uma vida digna às pessoas portadoras de deficiência, passou a ser concretizada a partir da previsão constitucional de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

3 A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

A assistência social garantiu, entre outros auxílios, o pagamento de um salário mínimo às pessoas portadoras de deficiência que comprovem não possuir meios de prover sua manutenção, ou tê-la provida por sua família. Entretanto, somente com a edição da Lei n. 8.742 (Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS), de 7 de dezembro de 1993, passou-se a dispor sobre a assistência social, bem como sobre os parâmetros para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada, complementando o Texto Magno.

O benefício assistencial, que consiste no pagamento de um salário mínimo ao portador de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meio de prover seu sustento ou de tê-lo provido por sua família, foi fruto da evolução social de um Estado democrático que buscou amparar o cidadão portador de moléstia que não consegue se inserir no mercado de trabalho, e também aquele que não possui condições financeiras de garantir seu sustento de modo digno. Trata-se de direito personalíssimo, que não se transfere a terceiros. Portanto, com a morte do titular, extingue-se o benefício, não gerando direito à pensão por morte⁷.

Entre outros, os direitos sociais, econômicos e culturais sofrem de um grave problema de eficácia, porque, mesmo assegurados constitucionalmente, esbarram em óbices econômicos e políticos no momento de sua prestação pelo Estado.

Tanto a norma constitucional quanto a lei reguladora do benefício expuseram as condições, ou seja, os requisitos essenciais para a concessão do benefício, estabelecendo que, em primeiro lugar, somente serão beneficiários desse amparo constitucional o idoso e o portador de deficiência física ou mental.

Preenchido tal requisito, a pessoa deve se enquadrar na condição econômica exigida, ou seja, comprovar que a renda *per capita* de sua família não excede 1/4 do salário mínimo vigente, para, só então, fazer jus ao benefício⁸.

A pessoa portadora de deficiência física ou mental deve comprovar que sua moléstia incapacitante foi capaz de retirá-la do mercado de trabalho, impossibilitando-a de prover seu sustento. A prova da deficiência há de ser técnica, para realmente comprovar a incapacidade laboral, e realizada pela perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)⁹.

O outro requisito para a concessão do benefício é o da miserabilidade, ou seja, o portador de deficiência não pode ter uma renda familiar *per capita* igual ou superior a 1/4 do salário mínimo nacional. O possível beneficiário deve comprovar junto ao INSS a renda de sua família, devendo esta ser inferior ao limite legal, sob pena de indeferimento do benefício.

Para efeitos de concessão do benefício, o termo “família” significa *unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes. Unidade mononuclear compreende o cônjuge, companheiro(a), filho(a) menor de 21 anos, pais, irmãos menores de 21 anos*¹⁰.

Assim, ficou regulamentado que, para a pessoa portadora de deficiência fazer jus ao benefício assistencial de prestação continuada, garantido constitucionalmente, ela deve viver, juntamente com seus familiares, em condições de miserabilidade, conforme regramento da lei infraconstitucional.

4 O CRITÉRIO DA MISERABILIDADE

O benefício assistencial de prestação continuada, devido aos portadores de deficiência, deve ser tratado à luz dos preceitos assegurados pelo Estado social brasileiro que, de conformidade com sua base legal e princípios norteadores, assegurou ao indivíduo, mediante a prestação de recursos materiais essenciais, uma existência digna¹¹.

De acordo com as diretrizes do Estado social, a assistência social surgiu com o fim de diminuir as desigualdades sociais, prover os mínimos sociais e atender as necessidades básicas dos cidadãos, servindo a quem dela necessitar, conforme previsto na LOAS. Assim, a concessão do benefício assistencial de prestação continuada tornou-se o instrumento por meio do qual o legislador constitucional possibilitou a inserção social e a garantia de uma existência digna às pessoas deficientes de baixa renda.

Entretanto, o potencial beneficiário deve estar atento ao critério da miserabilidade para a concessão do benefício, visto exigir-se do portador de deficiência que comprove uma renda *per capita* familiar mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, para ter direito ao amparo.

A fixação de tal requisito restringiu de modo extremo a camada social de pessoas portadoras de deficiência, e suas famílias, que seriam amparadas pelo auxílio constitucional. O critério da miserabilidade deixou à margem outras tantas pessoas que vivem em condições tão miseráveis quanto aquelas, isto é, as que recebem pouco acima do limite legal estabelecido.

O mínimo existencial ou, conforme a Lei n. 8.742/93, o mínimo social, seria baseado no direito às condições mínimas para a existência humana digna, fruto de uma ação prestacional positiva do Estado. Tal lei determina, em seu art. 1º, que a assistência social deverá prover os mínimos sociais, visando ao aten-

dimento de necessidades básicas, pois se trata de um direito do cidadão e um dever do Estado¹².

Dessa forma, o Estado tem o dever de promover os recursos materiais essenciais, garantindo o mínimo social e as necessidades básicas para uma vida digna. Entretanto, é mister não confundir essas duas garantias, que tentam afastar o cidadão da condição de pobreza.

A garantia do mínimo social estaria ligada às condições mínimas para que se possa conceber a idéia de existência humana digna. Já as necessidades básicas seriam algo fundamental ao homem, na sua qualidade de ser social (cidadão). Analisando a questão, o jurista Potyara A. P. Pereira faz uma comparação e explica a diferença entre as duas garantias:

Mínimo e básico são, na verdade, conceitos distintos, pois, enquanto o primeiro tem conotação de menor, de menos, em sua acepção mais ínfima, identificada com patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social, o segundo não. O básico expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que a ela se acrescenta. Por conseguinte, a nosso ver, o básico que na LOAS qualifica as necessidades a serem satisfeitas (necessidades básicas) constitui o pré-requisito ou as condições prévias suficientes para o exercício da cidadania em acepção mais larga. Assim, enquanto o mínimo pressupõe supressão ou cortes de atendimentos, tal como propõe a ideologia liberal, o básico requer investimentos sociais de qualidade para preparar o terreno a partir do qual maiores atendimentos podem ser prestados e otimizados¹³.

Ao ponderar a diferença entre as garantias do mínimo social e as necessidades básicas, verifica-se que estas não são imutáveis, ou seja, tendem a se alterar em razão da ação coletiva dos cidadãos, do avanço da ciência, da escolaridade, do grau e perfil da produção econômica, das forças políticas etc. Uma vez considerado esse conjunto de fatores, que move e determina o que denominamos “padrão de qualidade de vida dos cidadãos”, os mínimos sociais estabelecem os padrões de qualidade de vida referenciados na busca da equidade possível e, portanto, devem estar próximos

da qualidade de vida média presente numa nação. Canotilho pondera a respeito do mínimo social:

Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen), para traduzir a idéia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana, e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais. (sic) Assim qualquer direito social concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação), mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade¹⁴.

Com isso, o Estado social, ao garantir uma vida digna a seus cidadãos e, por consequência, o amparo social aos portadores de deficiência, considerando as necessidades básicas atinentes a qualquer cidadão, não deveria conceber que pessoas sobrevivam em condições de miséria.

Tendo em vista a exigência, regulamentada pela LOAS, legislação infraconstitucional brasileira *inovou em matéria de retrocesso político. Nunca, no Brasil, uma linha de pobreza foi tão achatada, a ponto de ficarem acima dessa linha cidadãos em situação de pobreza crítica¹⁵.*

A vedação de retrocesso social na ordem democrática, especialmente em matéria de direitos fundamentais sociais, pretende evitar que o legislador infraconstitucional venha a negar (...) a essência da norma constitucional (...)

Entretanto, o critério de uma renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo para traduzir o que seria miserabilidade foi contrariado pelo governo federal, visto que,

mediante a Lei n. 9.533, de 10 de dezembro de 1997, foi estabelecido o programa federal de garantia de renda mínima, em que, para a identificação das famílias pobres, utiliza-se critério diferente do adotado pela assistência social até então.

Por meio desse programa, municípios, com o apoio financeiro do governo federal, garantiriam renda mínima às famílias carentes, entendidas como aquelas cuja renda *per capita* seja inferior a meio salário mínimo. Com a edição do referido programa, dentre outros, o governo se posicionou a respeito de quais famílias necessitam de amparo da assistência social, adotando uma postura mais coerente com os princípios do Estado democrático social de Direito.

Nesses termos, não é o Texto Constitucional brasileiro que fixa critérios de miserabilidade, e sim uma lei infraconstitucional, pois, se assim o fizesse a Constituição, estaria a negar seu núcleo essencial. Entretanto, o legislador infraconstitucional, ao editar a Lei n. 8.742/93, restringiu em demasia a concessão do benefício, ao prever limite tão expressivo.

Tratando-se de um critério objetivo, regulado pela Lei Orgânica da Assistência Social, o Instituto Nacional do Seguro Social, sendo o órgão administrativo competente para analisar os requerimentos do amparo assistencial, utiliza-se de tal parâmetro para conceder, ou não, o benefício assistencial de prestação continuada às pessoas portadoras de deficiência física ou mental.

5 O INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO NA VIA ADMINISTRATIVA

Conforme responsabilidade conferida ao Instituto Nacional do Seguro Social, é de sua competência verificar o preenchimento das condições necessárias para a concessão, ou não, do benefício assistencial de prestação continuada, conforme regula o Decreto n. 1.744/95¹⁶.

O indeferimento na via administrativa muitas vezes dá-se em razão de o portador de deficiência possuir uma renda familiar *per capita* que ultrapassa o

limite fixado na LOAS, ou melhor, por não ser considerado miserável, para fins assistenciais. A autarquia, ao negar a concessão do benefício, fundamenta sua decisão no critério objetivo estabelecido pelo § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93, justificando que a renda da família ultrapassa o permitido legalmente.

As informações prestadas junto ao INSS devem refletir as condições miseráveis em que o deficiente e sua família sobrevivem. A simples alegação de que o postulante ao benefício é pobre não lhe dá o direito de recebê-lo, pois, conforme dito anteriormente, não basta a pessoa viver em condição de pobreza, ela tem de possuir uma renda familiar inferior ao limite estabelecido pela LOAS, para que o Instituto Nacional do Seguro Social não represente um obstáculo à concretização de seu direito.

O benefício assistencial de prestação continuada, devido aos portadores de deficiência, deve ser tratado à luz dos preceitos assegurados pelo Estado social brasileiro (...)

Quando negado o benefício, o requerente pode entrar com um recurso administrativo, junto ao INSS, pedindo a revisão da decisão. Desta cabe recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social, órgão de controle jurisdicional responsável pelo processamento e julgamento de recursos, conforme o Decreto n. 3.048, de 6/5/1999.

O recurso interposto contra a decisão que negou a concessão do benefício obedece aos princípios normativos que regulam todo e qualquer processo administrativo, como o de isonomia, legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, fundamentação e publicidade da decisão exarada. Processado e julgado o recurso, pode a parte, não satisfeita sua pretensão, buscar a via judicial¹⁷. Entretanto, não há a exigência de esgotamento da via administrativa para que o postulante busque o Poder Judiciário, visto que o art 5º, XXXV, da Constituição assegura *que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*, e, conforme a Súmula n. 213 do Tribunal Federal de Recursos, já extinto, *o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária*, pois no Direito brasileiro não há coisa julgada na esfera administrativa.

Pautando-se pelo critério da renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, o INSS indefere a concessão do benefício, fazendo com que as pessoas que se julgam lesadas busquem a intervenção do Judiciário para fazer valer a garantia constitucional. E, em virtude de o critério regulado pela LOAS limitar em demasia o acesso ao benefício, deu-se ensejo à propositura de muitas ações judiciais para discutir o indeferimento administrativo do benefício assistencial.

Assim, em razão de o limite estabelecido pela Lei n. 8.742/93 ser fielmente observado pelo INSS, muitas pessoas vêem o Poder Judiciário como o meio de garantir o cumprimento da norma constitucional, que garante o benefício assistencial aos portadores de deficiência sem condições econômicas de viver com dignidade. O processo judicial torna-se, dessa forma, a via mais eficaz para garantir condições mínimas de sobrevivência, conforme regulado pela Constituição cidadã.

6 O PODER JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

No intuito de buscar a concretização da norma constitucional que garante uma vida digna a todos os cidadãos, portadores de deficiência procuram a via judicial para garantir a ordem de concessão do benefício assistencial de prestação continuada indeferido administrativamente pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Entretanto, primeiramente, o Poder Judiciário teve de se manifestar quanto à deficiência do potencial beneficiário, pois, mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, e com a posterior edição da Lei Orgânica da Assistência Social, em 7 de dezembro de 1993, ainda faltava definir o que seria portador de deficiência que assegurasse o direito ao benefício. Já existia a previsão constitucional que garantia o amparo, entretanto, faltavam os critérios para regulá-lo.

A concessão do benefício somente se tornou viável após o advento Decreto n. 1.744, de 8 de dezembro de 1995, o que ocorreu apenas em janeiro de 1996. Assim, a renda mensal vitalícia prevista no art 139 da Lei n. 8.213/91, posteriormente revogado pelo art 15 da Lei n. 9.528, de 10/12/97, continuou sendo devida àqueles que atendiam aos requisitos de tal Lei, até dezembro de 1995.

Resolvido o problema quanto às deficiências que seriam amparadas pelo benefício, com a regulamentação dada pelo Decreto, o conflito instalou-se com a fixação do critério da miserabilidade, pois a camada da população que vive em condições de miséria, mas que iguala ou ultrapassa um pouco o limite previsto pela LOAS, vê obstaculizado seu direito à garantia de uma vida digna, como prevê a Constituição.

Em virtude do indeferimento do benefício na via administrativa, as pessoas buscam apoio no Poder Judiciário para que sejam analisadas outras condições da família, e não somente a renda *per capita*, visto que outras situações demonstram as reais necessidades econômicas. Coadunando com tal reclamação, a jurisprudência dos tribunais tem sido unânime no sentido de reconhecer a validade de outros recursos para aferir a miserabilidade, pois a impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar *per capita* mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por outras circunstâncias concretas.

Em conformidade com jurisprudência do STJ, decisão da Turma de Uniformização do Juizado Especial Federal do TRF da 4ª Região fundamentou-se em outros critérios para aferir a miserabilidade do possível beneficiário, como a realização de perícia socioeconômica.

Em face de várias decisões já firmadas nesse sentido, a questão foi sumulada pela Turma de Uniformização das Decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região:

Súmula n. 11: *A renda mensal, per capita, familiar, superior a 1/4 do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3,º da Lei n. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante*¹⁸.

O Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência (Conade), criado em 1999 para acompanhar e avaliar o desenvolvimento da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, luta para que seja

verificada a situação de carência do portador de deficiência e pede nova redação ao § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93, mediante a apreciação de projetos de lei¹⁹ sobre o benefício, já em tramitação no Congresso Nacional.

Assim, aos tribunais tem sido atribuída a tarefa de garantir, quando viável, a concessão do benefício assistencial às pessoas de baixa renda portadoras de deficiência. A matéria posta à apreciação do Judiciário, referente ao óbice para a concessão do benefício na esfera administrativa, prende-se à discussão a respeito da inconstitucionalidade, ou não, do critério da miserabilidade, regulado na LOAS.

7 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DA MISERABILIDADE

No intuito de resolver a questão apresentada aos tribunais quanto ao critério da renda *per capita*, o Procurador-Geral da República, por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), levou a matéria ao Supremo Tribunal Federal (STF). O STF julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que o dispositivo constitucional atribuiu à lei infraconstitucional a fixação dos parâmetros para a concessão do benefício²⁰.

Apesar da decisão, a matéria não se tornou pacífica. O Ministro Néri da Silveira, no julgamento do RE n. 286.543-5, afirmou que o limite previsto no § 3º do art. 20 da LOAS (...) *não encontra fundamento de validade jurídica na Lei Maior vigente*²¹. Inúmeras decisões firmam-se nesse sentido, sustentando que o critério da miserabilidade nega o princípio da dignidade da pessoa humana e com isso fere o núcleo essencial da Constituição.

Não obstante a decisão proferida pelo STF na ADIn n. 1.232-1/DF, ao legislador infraconstitucional não é permitido dar interpretação contrária ao Texto Magno, pois, segundo o princípio da supremacia das leis, todas as situações jurídicas devem estar de acordo com os princípios e preceitos da Constituição. Assim, as normas inferiores somente terão validade se forem compatíveis com as normas de grau superior, ou melhor, as normas que integram o ordenamento jurídico só serão válidas se estiverem de acordo com a Constituição²².

A ação ajuizada para discutir a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93 (ADIn 1.232-1/DF), ao ser julgada improcedente, concluiu

pela constitucionalidade do dispositivo legal debatido.

Devido ao controle de constitucionalidade concentrado exercido no julgamento dessa ação pelo STF, os demais tribunais deveriam ficar vinculados a tal decisão. Entretanto, ela não possuía qualquer efeito vinculante, pois, publicada no Diário Oficial da União em 27/8/98, ainda não estava sob a égide da Lei n. 9.868, de 10/11/1999, que regulou o caráter vinculante das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública.

A Lei n. 9.868/99, que passou a dispor sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF, entrou em vigor a partir da data de sua publicação. Sem previsão expressa na lei quanto à possibilidade de seus efeitos retroagirem para alcançar situações anteriores, não se apresentou, portanto, a viabilidade de a norma retroagir e conferir qualquer caráter vinculante à decisão que garantiu a constitucionalidade do critério da miserabilidade. Portanto, a manutenção do texto da lei na época da decisão da ADIn n. 1.232-1/DF não o salvaguardava da possibilidade de sua discussão nas instâncias inferiores, haja vista não existir o efeito vinculante.

(...) muitas pessoas vêem o Poder Judiciário como o meio de garantir o cumprimento da norma constitucional, que garante o benefício assistencial aos portadores de deficiência sem condições econômicas de viver com dignidade.

Assim, devido à falta de efeito vinculante da ADIn julgada, os tribunais decidem que, para caracterizar a miserabilidade, o requisito deve ser interpretado conforme a Constituição. A consideração de uma renda *per capita* familiar abaixo de 1/4 do salário mínimo para a concessão do benefício assistencial a pessoas portadoras de deficiência tem sido atacada pelos tribunais em suas decisões, defendendo que a norma (LOAS) deve ser interpretada conforme a Constituição²³.

O entendimento de acordo com a Constituição seria, segundo Streck, *um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema*

*sejam interpretados de acordo com ela*²⁴.

Interpretar a Constituição Federal como fazem os tribunais, garantindo a utilização de outros meios para aferir a miserabilidade, nada mais é do que reflexo da constante mudança do cenário social e econômico, em que os preços dos gêneros essenciais à sobrevivência aumentam diariamente, ao contrário dos salários. A utilização de outro meio para verificar a hipossuficiência econômica busca garantir a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, negado pelo preceito legal.

Nesse sentido, o § 3º do art. 20 da LOAS deve ser considerado constitucional se interpretado conforme a Lei Maior, ou seja, a caracterização da miserabilidade e, principalmente, das reais necessidades do portador de deficiência, não devem submeter-se apenas ao critério da renda *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo. Ao contrário, deve ser considerado inconstitucional se houver sua pura e restrita aplicação, ao indeferir a concessão do benefício assistencial se a renda familiar for igual ou pouco mais elevada que o limite.

Na interpretação do texto constitucional, a essência da Constituição deve ser protegida, sob pena de se aplicar determinada norma ao sabor das maiorias que se formam politicamente a cada conjuntura. A Constituição é a proteção dos cida-

dãos e, para tanto, não pode negar amparo a estes, sob influência de interesses políticos ou de determinados grupos. A concretização dos direitos assegurados na Constituição depende, portanto, da correta interpretação de seu texto.

Entretanto, em atenção à posição adotada pelo STF, vale lembrar o ensinamento do jurista Canotilho, ao falar sobre normas que contrariam a Constituição:

A interpretação corretiva justifica-se pela prevalência das normas e princípios constitucionais, mas deve, num Estado de Direito democrático, salvaguardar a liberdade de conformação do legislador. Não se pode transformar a conformação legislativa numa hetero-

conformação metódica imposta ao próprio legislador. Eis o motivo pelo qual a doutrina dominante considera que não há qualquer fundamento para salvaguardar a lei quando o procedimento metódico revela que todos os sentidos possíveis contrariam a Constituição²⁵.

Nesses termos, a política social brasileira tem sido mais mecanismo de reprodução da desigualdade estrutural do que instrumento de incorporação dos segmentos economicamente excluídos ou de redução das diferenças sociais. Na verdade, não chegamos a conhecer o estado de bem-estar social. A cultura do privilégio nos levou muitas vezes ao estado de mal-estar social que, ao reproduzir as estruturas de desigualdade, não foi capaz de resolver os problemas das maiorias²⁶.

Dessa forma, a garantia do direito à inclusão, em última análise, do direito à igualdade dos portadores de deficiência, é essencial para a proteção do Estado democrático (e social) de Direito, direito este que compreende o futuro da cidadania e o porvir da liberdade dessas mesmas pessoas, criando e mantendo os pressupostos elementares de uma vida digna a todos cidadãos. Para tanto, toda e qualquer norma do ordenamento jurídico somente será constitucional se estiver em consonância com a essência da Constituição.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição, como norma reguladora de todo o ordenamento jurídico, ao consagrar em seu texto os direitos fundamentais, e, principalmente, os sociais, buscou proteger a pessoa portadora de deficiência de baixa renda, garantindo-lhe o recebimento de um salário mínimo, no intuito de lhe assegurar, de forma concreta, o direito à igualdade e à dignidade, princípios norteadores do Estado de Direito. Entretanto, a LOAS reduziu expressivamente as camadas sociais que seriam beneficiadas pelo amparo constitucional, ao prever o limite da renda *per capita* familiar inferior a 1/4 do salário mínimo.

Ao operador do Direito não é dado ignorar que a dignidade humana, como o mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar ao indivíduo, compreende não só a potencialidade de autodeterminação consciente e responsável da própria vida, mas, sobretudo, a garantia de condições sociais e econômicas que permitam o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Em virtude de inúmeras demandas levadas a juízo, o julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade viria finalizar os debates. Contudo, a decisão, ao ser julgada improcedente, confirmando a constitucionalidade do critério da miserabilidade tal como expresso na LOAS, deu margem a grandes discussões. O controle de constitucionalidade abstrato, exercido nesse caso pelo Supremo Tribunal Federal, deu-se antes da vigência da lei que passou a regular o efeito vinculante das decisões proferidas em ADIns, razão por que os demais tribunais não eram obrigados a decidir da mesma forma que o STF.

A força vinculativa de uma norma deixa de existir a partir do momento em que, por mudança do Estado de Direito ou de fato, a norma declarada compatível com a Constituição passar a ser com ela incompatível. Uma norma não pode apresentar-se contrária à Lei Maior do Estado, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, toda e qualquer norma do ordenamento

jurídico deve estar conforme o texto constitucional e de acordo com ele deve ser interpretada.

Nesse sentido, mesmo havendo uma norma infraconstitucional e uma decisão proferida pelo STF ordenando a aplicação do critério da renda familiar *per capita* inferior a 1/4 do salário mínimo, os tribunais decidem pela interpretação da lei conforme o estabelecido na Constituição.

A necessidade de amparo aos deficientes, segundo a garantia do Estado (social) de Direito, reflete a essência da norma constitucional, que busca uma vida digna e sadia a seus cidadãos. Nesse diapasão, não é permitido a qualquer norma negar seu texto e, muito menos, aos aplicadores do Direito impedirem sua concretização.

Assim, toda e qualquer norma infraconstitucional, independentemente da situação social, deve ser interpretada conforme a Constituição. Se assim não for, a lei estará fadada à inconstitucionalidade, devendo, portanto, ser afastada do ordenamento jurídico, sob pena de falência do Estado democrático e, principalmente, social de Direito.

REFERÊNCIAS

- 1 NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 45.
- 2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- 3 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista de Interesse Público*, Porto Alegre, n. 4, p. 23-47, 1999.
- 4 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 230.
- 5 SARLET, *op. cit.*, p. 100.
- 6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 340.
- 7 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 497.
- 8 *Idem*, p. 497.
- 9 *Idem*, p. 498.
- 10 *Idem*, p. 497.
- 11 SARLET, *op. cit.*, p. 299.
- 12 PEREIRA, Potyara A. P. *Necessidades humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 25.
- 13 *Idem*, p. 26.
- 14 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 479.
- 15 PEREIRA, *op. cit.*, p. 128.
- 16 ROCHA, Daniel Machado da (Org.). *Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- 17 BALERA, Wagner. *Processo administrativo previdenciário: benefícios*. São Paulo: LTr, 1999. p. 108.
- 18 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Súmula n.11.
- 19 *Boletim Informativo do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Portadora de Deficiência*. 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sedh/ct/CONADE/index.asp>>. Acesso em: 29 jun. 2004.
- 20 BRASIL. STF. ADIN n.1.232-1/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República/ Congresso Nacional. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DOU de 27/8/98, p. 1.
- 21 BOTELHO, Marcos César. O benefício assistencial de prestação continuada. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 8, n. 179, 1 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4654>>. Acesso em: 23 maio/2004.
- 22 BONAVIDES, *op. cit.*
- 23 PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais: elementos para uma hermenêutica constitucional renovada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 89.
- 24 STRECK, 2002, p. 442-443.
- 25 CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.295.
- 26 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v. 3.

Artigo recebido em 16/12/2005.

ABSTRACT

The authoress deals with the assistance benefit of continued obligation to the disabled, set forth in the Brazilian Constitution, as a way to guarantee them basic conditions for surviving.

She discusses the constitutionality of the poverty criterion, established in law, for granting the benefit, once the requirement denies the effectiveness of the social and fundamental rights, constitutionally protected, to a large part of the population who are above the required limit.

Eventually, she states that the need of assistance to the disabled shows the essence of the constitutional precept that introduced such benefit, and does not allow any inferior rule, least of all law appliers, to prevent its fulfillment.

KEYWORDS

Constitutional Law; assistance benefit; continued obligation; miserability; 1988 Brazilian Constitution; right – fundamental, social; Organic Law of Social Assistance – LOAS; Law n. 8,742/93, article 20.