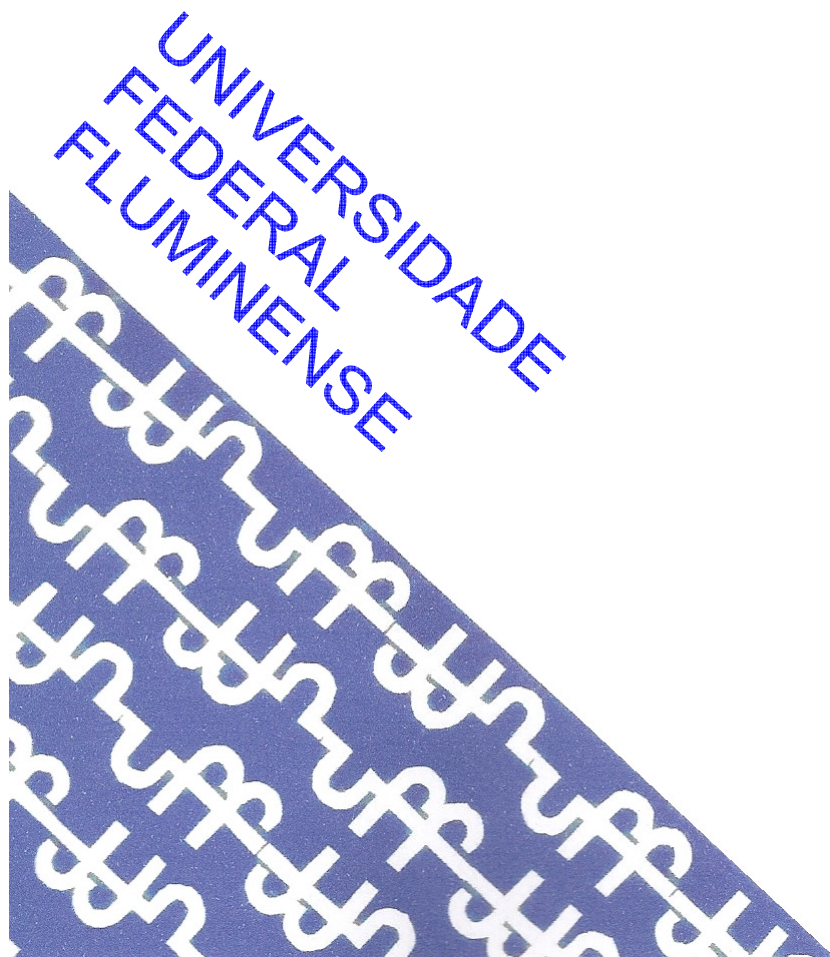


**ESCOLA DE SERVIÇO SOCIAL
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM POLÍTICA SOCIAL
MESTRADO EM POLÍTICA SOCIAL**

TATIANA SADA JORDÃO ARAUJO

**O ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELA VIA
JUDICIÁRIA**



**NITERÓI, RJ
2013**

TATIANA SADA JORDÃO ARAUJO

**O ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELA VIA
JUDICIÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Política Social da Universidade Federal Fluminense (UFF) como requisito para obtenção do Grau de Mestre em Política Social.

Orientador: Prof. Dr. João Bôsko Hora Góis

**Niterói
2013**

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Central do Gragoatá

A663 Araujo, Tatiana Sada Jordão.
O acesso ao benefício de prestação continuada pela via judiciária /
Tatiana Sada Jordão Araujo. – 2013.
104 f.
Orientador: João Bôsko Hora Góis.
Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade Federal
Fluminense, Escola de Serviço Social, 2013.
Bibliografia: f. 95-101.

1. Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social.
2. Seguridade social. 3. Direito. 4. Acesso à justiça. I. Góis, João Bôsko
Hora. II. Universidade Federal Fluminense. Escola de Serviço Social.
III. Título.

CDD 368.40981

TATIANA SADA JORDÃO ARAUJO

**O ACESSO AO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA PELA VIA
JUDICIÁRIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Estudos Pós-Graduados em Política Social da Universidade Federal Fluminense (UFF) como requisito para obtenção do Grau de Mestre em Política Social.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor João Bôsco Hora Góis - Orientador
Universidade Federal Fluminense

Professora Doutora Vânia Morales Sierra
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Professor Doutor Lier Pires Ferreira
Universidade Cândido Mendes

**Niterói
2013**

DEDICATÓRIA

*Para Rodrigo, meu marido,
sempre tão presente, e meu
filho Ricardo, que desde os
primeiros dias de vida
acompanhou esse trabalho.*

AGRADECIMENTOS

A Deus, maior responsável por todas as minhas realizações que permitiu a concretização de mais esse objetivo de vida.

À minha família, meu marido Rodrigo, meu filho Ricardo, meu pai Sergio, minha mãe Iza e minhas irmãs Ludmila e Ana Carolina, suporte indispensável de apoio.

Ao meu orientador Prof. Dr. João Bôsko Hora Góis pela dedicação e atenção durante todo esse tempo, bem como pelas valiosas contribuições que permitiram concretizar esse trabalho.

Ao Prof. Dr. Lier Pires Ferreira e à Prof^ª. Dr^ª. Vânia Morales Sierra que aceitaram ao convite, apesar de feito em prazo exíguo.

À Prof^ª. Dr^ª. Mônica Senna, coordenadora do Programa de Estudos Pós-Graduados em Política Social da UFF, sempre disponível a ajudar.

À Prof^ª. Dr^ª. Lenaura Lobato pela ajuda prestada desde a elaboração do projeto de pesquisa.

À Flavia Correia Azevedo de Freitas e Kamila Teixeira, colegas do programa, pela cumplicidade.

Ao Marcelo Faria Santos, Diretor de Secretaria do 9º Juizado Especial Federal, que muito me auxiliou na pesquisa dos processos.

Ao Dr. Eduardo André Brandão de Brito Fernandes, juiz federal titular do 9º Juizado Especial Federal, pela ajuda prestada em relação a uma das entrevistas.

Ao Rafael dos Santos Bomfim, à Manuela Lacerda Rocha Mehl e ao Emerson Luiz Botelho da Silva pelo incentivo e auxílio no requerimento da Licença Capacitação perante a Escola da Advocacia-Geral da União.

À Gabriela Pinho de Barros pelo carinho, amizade e constante oferecimento de ajuda.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para que este trabalho fosse concluído.

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AIDS - Síndrome de Imunodeficiência Adquirida

APS - Agência da Previdência Social

BPC - Benefício de Prestação Continuada

CID - Classificação Internacional de Doenças

CIF - Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde

CF - Constituição Federal

CJF - Conselho de Justiça Federal

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CPC - Código de Processo Civil

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

DPU - Defensoria Pública da União

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz

FONAJEF – Fórum Nacional dos Juizados Especiais

GTEDEO – Grupo de Trabalho para Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação

HIV - Vírus da Imunodeficiência Humana

INCA - Instituto Nacional do Câncer

INC - Instituto Nacional de Cardiologia

INFOSEG - Sistema Integrado de Informações de Justiça e Segurança Pública

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

JE - Juizado Especial

JEC - Juizado Especial Cível

JEF - Juizado Especial Federal

JFRJ Justiça Federal do Rio de Janeiro

LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social

MDS - Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

MI - Mandado de Injunção

OIT - Organização Internacional do Trabalho

RMV - Renda Mensal Vitalícia

SIESPJ – Sistema de Estatística do Poder Judiciário

SNAS - Secretaria Nacional de Assistência Social

SJRJ - Seção Judiciária do Rio de Janeiro

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS - Sistema Único de Saúde

TR - Turma Recursal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: REFLEXÕES SOBRE O ACESSO PELA VIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL	16
1.1 - BPC: desenho, cobertura e institucionalidade	16
1.2 - Acesso ao BPC pela via administrativa	22
1.2.1 - Focalização	22
1.2.2 - Espaço institucional de operacionalização	23
1.2.3 - Procedimentos para concessão	24
1.2.4 - Perfil dos beneficiários	26
1.3 - Acesso ao BPC pela via judicial	27
2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O JUDICIÁRIO COMO IMPORTANTE ATOR POLÍTICO.	31
2.1 - O Direito como disciplina e como prática social	31
2.2 - A criação dos Juizados Especiais Federais e a ampliação do acesso à Justiça	38
2.3 - Judicialização da política, das relações sociais e dos direitos sociais	43
3. O PODER JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: MUDANÇAS E PERMANÊNCIAS PARADIGMÁTICAS	52
3.1 - As interpretações do Poder Judiciário sobre alguns aspectos do BPC	52
3.1.1 - A extinção das demandas	52
3.1.1.1 - Extinção do processo pelo indeferimento da inicial, pelo abandono da causa e pela falta de pressuposto processual	53
3.1.1.2 - Extinção do processo pelo não comparecimento à perícia médica judicial	58
3.1.1.3 - Extinção do processo por incompetência territorial	60
3.1.1.4 - Extinção do processo por falta de requerimento administrativo	63
3.1.1.5 - A flexibilização do critério objetivo de renda para concessão do BPC	67
3.1.1.6 - Possibilidade de aplicação analógica do Estatuto do Idoso	77
3.1.1.7 - Concessão do BPC a pessoa que vive com HIV	80
3.2 - O procedimento utilizado pelos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro para aferição da miserabilidade	87
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
5. REFERÊNCIAS	96

LISTA DE ANEXOS

ANEXO 1 – ROTEIRO DE ENTREVISTA COM MAGISTRADOS

ANEXO 2 – ROTEIRO DE ENTREVISTA COM A ASSISTENTE SOCIAL QUE EXERCE SUAS FUNÇÕES PERANTE A SEÇÃO DE ATENDIMENTO PROCESSUAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

RESUMO

Nesta dissertação nós examinamos como o Poder Judiciário Brasileiro interpreta alguns aspectos do Benefício de Prestação Continuada (BPC). Tentamos entender as razões que fazem com que tal Benefício venha sendo concedido pelas cortes depois de ser negado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Os dados utilizados neste estudo foram coletados em diferentes fontes escritas, principalmente os processos judiciais abertos nos quatro Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro (6º, 7º, 8º e 9º) com jurisdição para julgar este tipo de litígio. Além disso, nós entrevistamos três juízes que estavam em atividade nestes Juizados. Os resultados da pesquisa mostram que a maioria dos juízes vem usando critérios de concessão diferentes daqueles previstos na legislação que regula a concessão do BPC. Eles tendem a relativizar tais critérios ou até mesmo ignorá-los, dando como certo que constituem uma violação de direitos previstos na Constituição de 1988. Ao fazê-lo, argumentam que a pobreza não pode ser mensurada por um cálculo formal. No nosso entendimento, esses juízes estão agindo em sintonia com tendências atuais mais progressistas de aplicação do Direito. Ao mesmo tempo, contudo, argumentamos que esse processo pode ser perigoso dado os riscos de confronto de três princípios importantes do nosso ordenamento jurídico: a independência dos poderes da República, a precedência da fonte de custeio a reserva do possível.

Palavras-chave: Benefício de Prestação Continuada – Seguridade Social – Direito – Direitos Sociais – Acesso à Justiça - Judicialização

ABSTRACT

This thesis aims at examining how the Brazilian Judiciary Power interprets some aspects of the “Continuous Cash Benefit Program” (Benefício de Prestação Continuada - BPC). We try to understand why this Benefit has been continuously granted by the courts after being denied by the National Institute of Social Security (Instituto Nacional do Seguro Social - INSS). Data for this research were collected from different sources, mainly some legal proceedings filed at the four Special Federal Courts of the Judicial Section of Rio de Janeiro (6th, 7th, 8th and 9th) with jurisdiction to trial this type of litigation. Besides, in order to deepen our understanding of this situation, we interviewed three judges who were working in the above mentioned courts. Results show that the majority of the judges have been using criteria different from those established in the legislation related to this Benefit. They tend to relativise such criteria or even dismiss them as an infringement of the constitutional rights under the argument that poverty cannot be determined solely by a formal calculation. We concede that these judges have been in contact with new trends in the application of the law. However, at the same time, we argue that this process can be dangerous as it confronts with three fundamental principles of our legal order, namely the independence of the powers of the Republic, the precedence of cost and the reserve for contingencies.

Key words: Continuous Cash Benefit Program – Social Security – Law – Social Rights
Access to Justice – Judicialization

INTRODUÇÃO

A proposta dessa dissertação é realizar um estudo das interpretações do Poder Judiciário sobre alguns aspectos do Benefício de Prestação Continuada (BPC).

O interesse pela questão surgiu no exercício da minha função de Procuradora Federal. Desde que tomei posse nesse cargo, em 2007, venho exercendo minhas atividades junto ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), na área de contencioso judicial.

Em um primeiro momento, o que me chamou atenção foi a existência de um número significativo de concessões judiciais do BPC no Judiciário fluminense. Isso me fez refletir sobre os motivos pelos quais esses Benefícios são negados administrativamente e concedidos pela via judicial. Quais seriam as razões para tantas concessões?

Buscando respostas para essa questão realizei um estudo sobre a demanda judicial do BPC, no qual analisei processos dos quatro Juizados Especiais Federais (6º, 7º, 8º e 9º) da Seção Judiciária do Rio de Janeiro com competência para o julgamento deste tipo de litígio. O período estudado compreendeu os anos de 2008 a 2010. Escolhi, aleatoriamente, alguns desses processos (20 por ano em cada juizado) para uma análise qualitativa das interpretações dos magistrados sobre demandas envolvendo o BPC. Tomei o cuidado de selecionar, em cada juizado, somente processos que ficaram a cargo de um único magistrado que ali atuou no período de tempo acima mencionado. Os números dos processos pesquisados, que não correm em segredo de justiça, foram fornecidos em lista específica na seção de referências dessa dissertação.

Com vistas a aprofundar algumas questões, planejei entrevistar os titulares de cada um dos 4 Juizados Especiais. Contudo, não foi possível entrevistar um deles, que alegou falta de tempo livre para conceder a entrevista.

Enquanto examinava os processos, observei a recorrência de algumas questões relevantes que serão analisadas aprofundadamente nessa dissertação. Uma delas diz respeito às razões que levam à extinção de uma ação pelo magistrado sem resolução do mérito, ou seja, sem julgar procedente ou improcedente o pedido de concessão do BPC feito pelo demandante.

Também chamou a minha atenção o fato de que alguns magistrados flexibilizam ou até mesmo dispensam determinados critérios de elegibilidade para obtenção do Benefício, notadamente o critério de renda.

Outro tema de destaque nos processos analisados é a concessão judicial do benefício assistencial à pessoa que vive com o Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV). É comum a concessão do Benefício à pessoa vivendo com HIV, mesmo que assintomática.

Por fim, também considerei digno de nota que as avaliações socioeconômicas realizadas no curso do processo judicial, para fins de averiguação das condições de miserabilidade do grupo familiar, são, na maior parte das vezes, feitas por oficial de justiça e não por assistentes sociais.

Todas essas questões me fizeram refletir sobre as concepções que esses magistrados têm sobre a miséria e a pobreza; sobre o maior ou menor rigor que aplicam a elementos processuais; sobre a percepção que acolhem sobre o BPC; e, sobre como os seus valores pessoais influenciam no resultado das suas sentenças.

Posteriormente, outras indagações foram surgindo fazendo com que os meus questionamentos mais específicos se acoplassem a duas questões mais amplas. A primeira diz respeito à crescente judicialização da política, das relações sociais e dos direitos sociais. Já a segunda diz respeito às redefinições recentes do Direito como disciplina e como prática social. Contribuir para um maior conhecimento dessas questões constitui, assim, o objetivo geral dessa dissertação. Objetivamos ainda, mais especificamente, entender a dinâmica das concessões judiciais do BPC e o campo valorativo que cercam essas concessões.

A dissertação está estruturada em três capítulos.

No primeiro capítulo apresento o Benefício de Prestação Continuada (cobertura, inserção no sistema assistencial brasileiro, critérios de elegibilidade, população-alvo etc.), ressaltando a sua importância para a expansão da cidadania no Brasil. Em seguida, abordo a sua concessão pelas vias administrativa e judicial.

No segundo capítulo faço uma discussão do Direito como disciplina e como prática social, afirmando que ele está menos normativo e mais social nos dias de hoje. Ainda nesse capítulo abordo a ampliação do acesso à Justiça, contextualizando o surgimento dos Juizados Especiais Federais. O acesso à justiça é entendido como acesso à ordem jurídica efetiva e justa, representando uma forma de afirmação da cidadania. E é na perspectiva de concretizar o acesso à Justiça e afirmar a cidadania que surgem os Juizados Especiais Federais. Para finalizar o capítulo, faço uma análise da crescente expansão da judicialização da política e das relações e direitos sociais no Brasil, defendendo que a concessão judicial do BPC faz parte desse processo mais amplo.

Início o terceiro capítulo abordando os motivos mais recorrentes – ausência de pressupostos processuais, não comparecimento à perícia judicial, falta de requerimento administrativo prévio perante o INSS etc. - que levam os magistrados a extinguirem processos relativos ao BPC. Posteriormente, examino como os magistrados lançam mão da possibilidade de usar outros parâmetros para aferição da miserabilidade do requerente do BPC que não os constantes na legislação e como aplicam analogicamente o art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso para outras hipóteses não contempladas pelo legislador. Examino, ainda, a concessão judicial do BPC às pessoas que vivem com HIV, mas estão em período assintomático. Por fim, faço uma análise sobre o procedimento usado pelos Juizados Especiais Federais da Seção do Rio de Janeiro para as avaliações socioeconômicas. Questiono aqui as qualificações profissionais daqueles comumente encarregados para a realização dessas avaliações.

Nas considerações finais procurei fazer uma reflexão acerca das questões trazidas na pesquisa empírica, buscando articulá-las com os fenômenos da judicialização e da discussão do direito como disciplina e como prática social.

1 – BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: REFLEXÕES SOBRE O ACESSO PELAS VIAS ADMINISTRATIVA E JUDICIAL.

Embora seja um benefício assistencial extremamente importante, o BPC sempre gerou dúvidas sobre questões as mais essenciais, a exemplo dos seus critérios de elegibilidade, os quais vêm passando por diferentes e nem sempre facilmente assimiláveis mudanças. Em situação semelhante tem vivido o processo de concessão. Tomando isso como certo, este capítulo busca clarificar tais dúvidas. Ao fazê-lo, destaca ainda a questão do acesso ao BPC pela via administrativa e pela via judicial.

1.1 - BPC: desenho, cobertura e institucionalidade

O BPC é destinado às pessoas com deficiência física ou mental¹ e aos idosos com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover sua subsistência ou de tê-la provida por sua família. Considera-se como família incapaz de prover a sua própria manutenção aquela cuja renda mensal *per capita* seja inferior a ¼ do salário mínimo vigente (art. 20, § 3º, Lei 8.742/1993). O requerente do BPC não pode usufruir de qualquer outro benefício existente no âmbito da seguridade social (salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória). Ressalte-se que não deve ser considerado no cálculo da renda *per capita* familiar qualquer benefício ou renda de natureza eventual, valores derivados de programa de transferência de renda, bolsas de estágio curricular e remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz. Contudo, neste último caso está limitado a dois anos a possibilidade de receber concomitantemente a remuneração e o BPC. Após esse período espera-se que as eventuais barreiras ao exercício de atividade laborativa e à participação social em igualdade de condições tenham sido vencidas.

O Benefício tem caráter temporário, de modo que a revisão para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem (deficiência e renda) é realizada a cada dois anos, observando-se a legislação vigente à época da renovação. Esse processo de revisão é um importante instrumento para determinar a manutenção do Benefício, mas serve também para subsidiar o planejamento de ações e serviços para idosos e pessoas com deficiência.²

¹Existe controvérsia acerca da terminologia correta a ser utilizada para referir-se à pessoa com deficiência. Neste trabalho, utilizamos indiscriminadamente os termos “deficiente”, “pessoa com deficiência” ou “pessoa portadora de deficiência”.

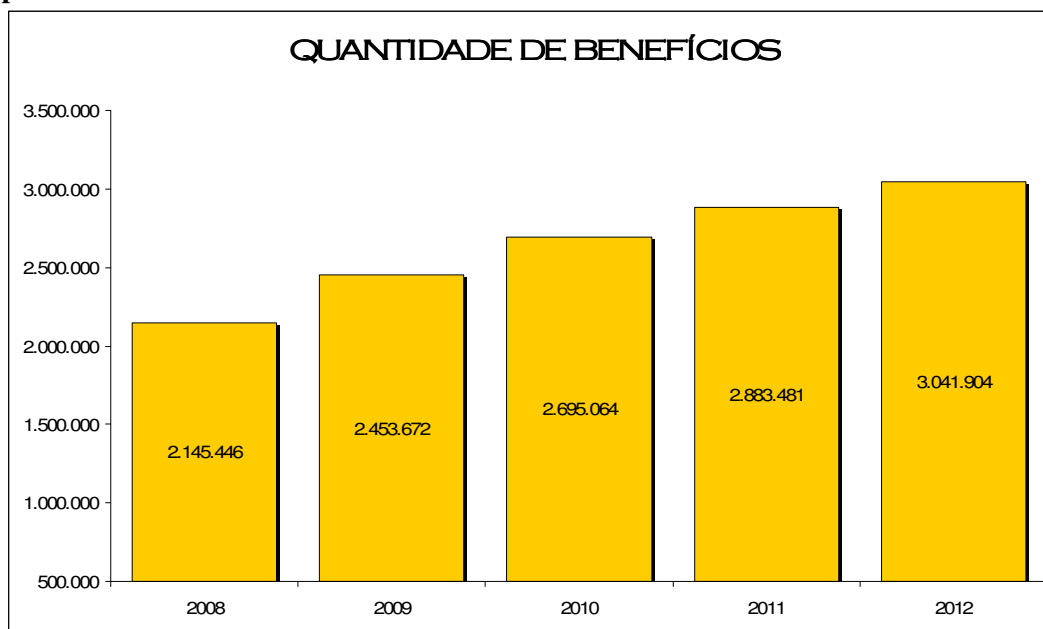
² É possível que o processo de revisão do benefício assistencial tenha servido de subsídio para a elaboração do recente Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (Plano Viver sem Limites),

O BPC é coordenado pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), sendo a sua Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS) a responsável pela sua implementação, coordenação, regulação, financiamento, monitoramento e avaliação. Já a sua operacionalização direta junto à população é feita pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a quem cabe a concessão dos benefícios.

Atualmente são 3,6 milhões de beneficiários do BPC em todo o Brasil, sendo 1,9 milhões de pessoas com deficiência e 1,7 milhões de idosos. (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME, 2012).

O gráfico 1 mostra a evolução da quantidade de Benefícios ativos no Estado do Rio de Janeiro no período de 2008 a 2012 que subiu de 2.145.446 para 3.041.904, representando um aumento de 41,78 %. No gráfico 2 está demonstrada a evolução dos gastos com o BPC no mesmo período. No ano de 2008 esses gastos estavam em R\$ 877.617.603,60; já em 2012 subiu para R\$ 1.888.754.444,00, representando um expressivo aumento de 115,21%.

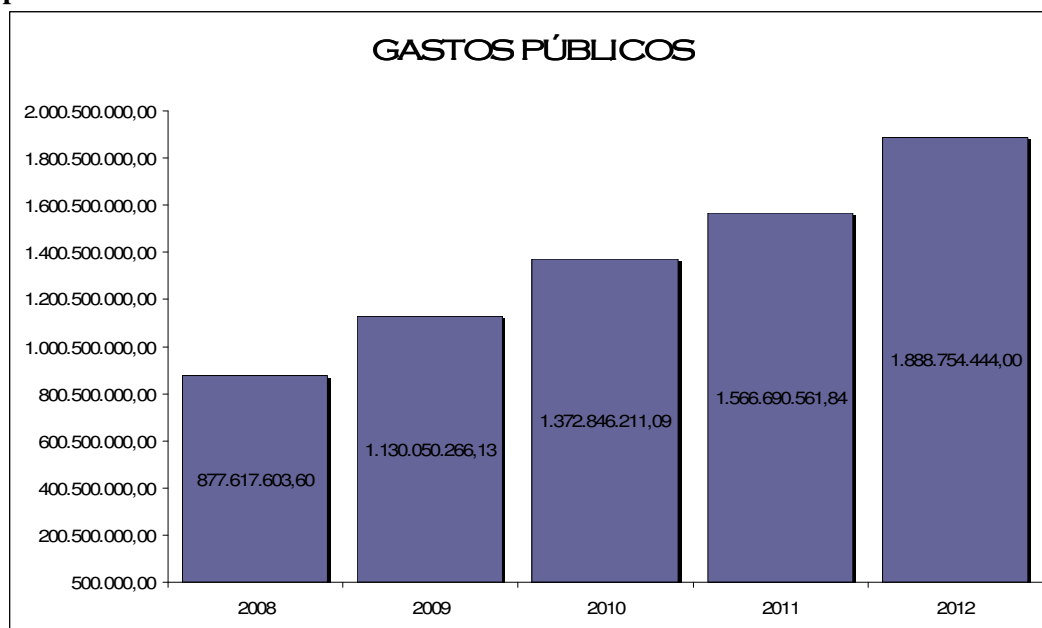
Gráfico 1 - Quantidade de Benefícios ativos no Estado do Rio de Janeiro no período de 2008 a 2012



Fonte: MDS (2012).

criado pelo Decreto 7.612/2011, que abrange uma série de medidas governamentais no âmbito tributário, urbanístico, educacional, assistencial e da saúde e que buscam reduzir a situação de desequilíbrio de participação social.

Gráfico 2 - Gastos Públicos com o Benefício no Estado do Rio de Janeiro no período de 2008 a 2012



Fonte: MDS (2012).

Em termos gerais, é possível desdobrar a cidadania em três níveis: direitos civis (direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade), direitos políticos (direito do cidadão à participação no governo da sociedade) e direitos sociais (direito à saúde, à assistência social, à previdência social, ao trabalho, ao salário justo).³ Com a Constituição da República de 1988, elaborada nos marcos da redemocratização, esses direitos adquiriram uma amplitude, ainda que limitada, nunca antes atingida.⁴ O país passou a ter em perspectiva a construção de um padrão público e universal de proteção social, mas dentro de um quadro de grande complexidade, aridez e hostilidade para a implementação dos direitos sociais. Sobre isso Elaine Behring e Ivanete Boschetti (2011: 154) afirmam que:

³ De acordo com a teoria de T. A. Marshall (*apud* CARVALHO, 2008), a conquista desses direitos, na Inglaterra, por exemplo, se deu de forma bastante lenta. Primeiramente, foram introduzidos os direitos civis, no século XVIII; um século depois foram introduzidos os direitos políticos. Por fim, no século XX, foi a vez dos direitos sociais. Para Marshall essa é uma ordem não cronológica, mas também lógica. Para ele, a inversão dessa ordem ocasionará a alteração da própria natureza da cidadania. Em que pese a sequência estabelecida por Marshall, os países seguiram seus próprios caminhos. E com o Brasil não foi diferente. Pelo menos duas distinções merecem destaque quando se compara a sequência proposta por Marshall e a experiência brasileira. Aqui os direitos sociais precederam os outros, bem como foi dada maior ênfase a esses direitos.

⁴ Isso fica visível quando se observa que a Constituição, em seu art. 203, V, nas disposições relativas à assistência social, garantiu o pagamento de um salário mínimo às pessoas portadoras de deficiência e às pessoas idosas que comprovem não possuir meios de prover sua subsistência ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Prevalece o consenso de que a introdução da seguridade social na Carta Magna de 1988 significou um dos mais importantes avanços na política social brasileira, com possibilidade de estruturação tardia de um sistema amplo de proteção social (...), mas que não se materializou, permanecendo “inconclusa”.⁵

Nesse contexto, somente cinco anos depois da promulgação da Constituição, com a edição da Lei 8.742/1993, o BPC foi regulamentado, passando a legislação a dispor sobre os requisitos para a sua concessão. Já a sua implementação propriamente dita se deu apenas em 1995 com a expedição do Decreto 1.744/1995 que regulamentou a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).⁶

Nos últimos anos o benefício assistencial vem sofrendo algumas mudanças conceituais e operacionais.

No que tange à definição da condição de necessitado economicamente, no âmbito legislativo, desde o advento da LOAS, esse requisito não sofreu qualquer modificação. O mesmo não se pode dizer com relação à esfera judicial. O art. 20, §3º da LOAS prevê como critério objetivo para concessão do amparo social a renda *per capita* familiar inferior a ¼ do salário mínimo. A Administração Pública possui seus atos expressamente determinados por lei (art. 37 da CR). Assim, os benefícios devem ser concedidos em estrita observância da norma legal. Contudo, o Poder Judiciário vem interpretando de forma individualizada cada situação que lhe é apresentada, levando em consideração uma série de questões e não apenas as disposições contidas na legislação infraconstitucional.

Ainda no plano conceitual, é de extrema relevância a definição de família. Isso porque para ter direito ao BPC o demandante precisa demonstrar não somente a sua miserabilidade, como também a de sua família. O conceito de família estabelecido na LOAS, desde a sua redação original sempre exigiu coabitação do grupo familiar. Assim, nos termos do art. 20, §1º dessa lei, ela era entendida como a unidade mononuclear cuja economia era mantida pela contribuição de seus integrantes, desde que vivessem sob o mesmo teto. Já sob a vigência da Lei 9.720/1998, que alterou a redação original do art. 20, §1º da LOAS, grupo familiar era entendido como aquele composto pelos dependentes para fins previdenciários elencados no art. 16 da Lei 8.213/1993, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Em 2011, o legislador

⁵ Sobre a lentidão na regulamentação e implementação dos direitos sociais em geral e da assistência em particular, confira SPOSATI (2005).

⁶ A Lei Orgânica da Assistência Social estabelece normas e critérios para a organização da Assistência Social. Trata-se de uma lei bastante inovadora na medida em que confere à Assistência Social o status de política pública. Com isso, contribui para a ruptura das associações histórica dela com a caridade e o favor.

alterou mais uma vez o conceito de família na perspectiva de compatibilizá-lo com a realidade brasileira. Isso fez com que, para fins de concessão do benefício assistencial, “família” passasse a ser entendida como um grupo humano composto pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

No que concerne ao conceito de idoso, a LOAS em sua redação original previa a idade mínima de 70 anos para a concessão do Benefício. Na própria LOAS havia um comando normativo (art. 38) no sentido de que essa idade deveria ser reduzida para 67 anos e 65 anos após 24 e 48 meses do início da concessão. Contudo, esse prazo não foi obedecido. Com efeito, em 1995, foi editado o Decreto 1.744/1995 que no art. 42 fixou novo prazo para a redução da idade. O dispositivo mencionado estabelecia que a partir de 01/01/1998 a idade prevista para a concessão do BPC deveria ser reduzida para 67 anos e, a partir de 01/01/2000, para 65 anos. Apenas a primeira parte do art. 42 do Decreto 1.744/1995 foi obedecida. Posteriormente, a Lei 9.720/1998, ratificando o que estava previsto na primeira parte do art. 42 do Decreto 1.744/1995, alterou a redação do art. 38 da LOAS estabelecendo que a partir de 01/01/1998 a idade mínima prevista para concessão do BPC seria reduzida para 67 anos. Por fim, em 2003, o Estatuto do Idoso estabeleceu que “aos idosos, a partir de 65 anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de um salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social.” (art. 34). Assim, em termos gerais, podemos resumir as alterações na idade mínima para concessão do BPC da seguinte forma: a partir da edição da LOAS até 31/12/1997 a idade mínima para concessão do Benefício era 70 anos; de 01/01/1998 a 31/12/2003 essa idade era 67 anos; a partir de 01/01/2004 (data em que o Estatuto do Idoso entrou em vigor) a idade mínima passou a ser 65 anos. Atualmente, há previsão expressa na LOAS no sentido de que o benefício assistencial é cabível ao idoso com 65 anos ou mais (redação dada pela recente Lei 12.470/2011).

Com relação ao conceito de deficiência cabe destacar que, inicialmente, ele envolvia uma dupla incapacidade: para a vida independente (desempenho de atividades da vida cotidiana) e para o trabalho (exercício de atividade laborativa). A avaliação da incapacidade era unidimensional, efetuada exclusivamente por um médico, por meio de exame pericial, que analisava as funções do corpo quanto à sua integridade e quanto à existência de eventuais doenças incapacitantes, com base na Classificação Internacional

de Doenças (CID). O Decreto 6.214/2007 determinou um novo critério de aferição da incapacidade tendo como base a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF). Determinou também um novo procedimento de avaliação desta incapacidade, a qual deveria ser feita através da realização de uma perícia médica (realizada por médico perito) e de uma perícia social (realizada por assistente social).

Toda essa mudança de paradigma para se pensar a deficiência e a incapacidade tinha que ser implementada no INSS e, “como qualquer grande alteração procedimental, reclamava a concessão de prazo razoável para as adaptações administrativas necessárias, notadamente para a contratação de assistentes sociais e para mudanças nos sistemas eletrônicos de concessão.” (PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSS, 2011: 17). Dessa forma, para que fossem feitas essas adaptações e instituído o novo modelo de aferição da incapacidade, o Decreto 6.214/2007 estabeleceu o prazo até 31/07/2008, depois adiado para 31/05/2009. Desde essa data o INSS usa esse novo modelo, no qual a aferição da incapacidade está vinculada a avaliações médica e social, baseadas em critérios multidimensionais estabelecidos na CIF.

Atualmente, a LOAS, no art. 20, § 2º (redação dada pela recente Lei 12.470/2011), estabelece que pessoa com deficiência é aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Considera-se impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos por, no mínimo, dois anos. Portanto, o conceito de deficiência exige uma percepção dinâmica da inserção da pessoa deficiente no meio em que vive, de modo que sejam verificadas as eventuais barreiras sociais, econômicas e familiares que ela tem que enfrentar.⁷

⁷ A título de exemplo vale mencionar um caso concreto em que o magistrado, seguindo esse novo modelo de aferição de incapacidade, concedeu o BPC a um requerente que teve o seu pedido negado pelo INSS com base no pronunciamento do seu setor de perícia. A avaliação do perito médico judicial constatou que a parte autora era portadora de uma doença (Transtorno Bipolar do Humor) geradora de incapacidade de caráter permanente e irreversível. Com base no pronunciamento do perito judicial, o magistrado entendeu que restou comprovado o impedimento de longo prazo de natureza mental o qual, em interação com diversas barreiras, obstruíam a sua participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

1.2 - Acesso ao BPC pela via administrativa

É indiscutível que representa verdadeiro avanço o fato de o BPC ser o primeiro mínimo social garantido constitucionalmente aos idosos e deficientes economicamente necessitados, independentemente de contribuição prévia ao sistema previdenciário. Contudo, a sua regulamentação, notadamente no que toca ao acesso, tem gerado muitas críticas. “A forma seletiva e residual de acessar o BPC, nas burocracias governamentais, não parece corresponder ao disposto constitucional, que afiança um salário mínimo ao idoso e à pessoa com deficiência e sem renda.” (SPOSATI, 2008:129).

O acesso ao BPC ainda é um processo bastante complexo. Em termos gerais, essa complexidade pode ser creditada ao seu caráter focalizado, ao espaço institucional da sua operacionalização, ao procedimento burocrático para a sua concessão administrativa, e, por fim, ao perfil da população beneficiária.

1.2.1 - Focalização

O BPC pode ser caracterizado como um benefício focalizado, pois se destina a atender exclusivamente aos idosos e deficientes vivendo em altíssimo risco social. O critério objetivo de renda familiar (inferior a 1/4 do salário mínimo) “abarca a concepção de pobreza como sendo ausência ou insuficiência de renda, remetendo à indigência, à extrema pobreza.” (ASSUMPCÃO, 2010: 4).

Esse critério objetivo é responsável pelo indeferimento administrativo de inúmeros requerimentos. Analisando a evolução dos indeferimentos administrativos com base no critério de renda nas Gerências Executivas Centro e Norte do INSS no Rio de Janeiro, verifica-se que no ano de 2008 houve 3.041 indeferimentos. Já no ano de 2009 esse número caiu para 2.684. Em 2010, foram indeferidos 2.757 benefícios assistenciais. Por sua vez, em 2011, houve um novo decréscimo, tendo os indeferimentos chegado a 2.551. Mesmo com esse decréscimo, a quantidade de indeferimentos ainda é expressiva. Assim, a acessibilidade do Benefício acaba ficando bastante restrita, em primeiro lugar, por desconsiderar outros segmentos populacionais e, em segundo, por excluir pessoas que vivem em condições miseráveis, mas que possuem renda familiar um pouco acima – às vezes centavos - do limite legal estabelecido.

A focalização do Benefício é justificada pela administração federal por uma questão de eficiência na alocação de recursos públicos. O argumento é que não é

possível, apenas através da concessão do BPC, elevar o padrão de vida de todas as pessoas pobres, fazer com que tenham uma vida digna e reduzir a desigualdade.

1.2.2 - Espaço institucional de operacionalização

O INSS, além de ser responsável pela concessão e manutenção dos benefícios previdenciários do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), é o responsável pela concessão e manutenção do BPC. Consoante o *“Manual do Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social”* (PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSS, 2011: 7), trata-se de competência excepcional que se justifica por dois fatores: i) o INSS está presente em todo o território nacional; ii) o INSS possui uma estrutura logística capacitada para verificar o cumprimento dos requisitos médicos e financeiros para a concessão de benefícios previdenciários. Os sistemas informatizados do INSS “permitem oferecer atendimento planejado e seletivo ao cidadão, de forma eletrônica, via canais remotos de atendimento e presencial, e ainda, realizar de forma segura o pagamento em dia aos seus beneficiários, a partir de convênios com as redes bancárias” (SILVA e IVO, 2010: 9).

O BPC foi incorporado à estrutura institucional do INSS como mais um benefício a ser operacionalizado pela autarquia federal. Entretanto, não se trata de um benefício previdenciário como todos os demais, mas de um benefício assistencial. Aldaíza Sposati (2008) argumenta que o BPC foi mantido sob a gestão securitária em razão da incapacidade de gestão da assistência social. Conclui a autora, referindo-se ao BPC e ao INSS, que “o processo de gestão submete (...) o acesso a um direito de cidadania a uma burocracia treinada para funcionar sob a lógica do direito trabalhista”. (SPOSATI, 2008: 133). Isso é tanto mais grave quando se sabe que não se pode simplesmente apagar “a história da instituição, assim como o processo instituidor do espaço social que fez e faz as relações estruturadas e estruturantes da instituição que estão presentes no processo instituinte e instituído do seu espaço social.” (MACIEL, 2005: 2). Todo procedimento burocrático para seleção dos beneficiários fica a cargo de atores que integram uma instituição com perfil previdenciário. Isso acaba interferindo no acesso ao Benefício.

1.2.3 - Procedimentos para concessão

Tratemos agora dos procedimentos para concessão. Relativamente à concessão do benefício social ao idoso, à primeira vista, não há grandes dificuldades. Isso porque basta que o servidor administrativo verifique, através do documento de identidade, se o requerente possui 65 anos ou mais e confira, nos sistemas previdenciários (Sistema Único de Benefícios e Cadastro Nacional de Informações Sociais), no Portal da Transparência, no Sistema Integrado de Informações de Justiça e Segurança Pública (INFOSEG) e outros meios, a declaração de composição de renda do grupo familiar apresentada.

Já a concessão à pessoa com deficiência é mais complexa e exige a participação de, no mínimo, três servidores administrativos. Num primeiro momento, o servidor confere a renda familiar nos moldes acima mencionados. Trata-se de uma perícia da renda familiar, que não se confunde com a perícia social, feita por assistente social. Num segundo momento, aí sim é realizada a perícia social com o objetivo de identificar a existência de fatores ambientais, sociais ou pessoais que representem barreiras ao desempenho de atividades ou que imponham restrições à participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. O assistente social realiza uma entrevista com o requerente e preenche um questionário chamado de “Instrumento de Avaliação Social da Pessoa com Deficiência”. Num terceiro momento, é realizado exame médico-pericial para avaliar as funções do corpo e do desempenho de atividades e a participação social. Nessa fase, como o médico perito do INSS já conhece as conclusões do assistente social, elabora o laudo levando em consideração estas conclusões.

Nos anos iniciais da implementação do BPC, para se dar início ao procedimento de concessão era necessário que o requerente preenchesse um formulário então denominado de “Requerimento de Amparo Assistencial – Lei 8.742/1993”. Esse formulário estava, segundo Sposati (2008: 133), “em total confronto a qualquer noção de direito e garantia”. Exigia-se, ainda, a apresentação do original e cópia de diversos documentos como CPF, certidão de nascimento, certidão de casamento, carteira de trabalho do requerente e seus familiares e declaração em cartório de que não recebia auxílio financeiro de cônjuge. “O custo desta declaração - por volta de R\$ 25,00 -, [era] incompatível com o próprio corte de renda do benefício.” (SPOSATI, 2008:133). A autora ainda ressalta que “os documentos necessários são solicitados em maior número

do que aquele que consta em manual de procedimentos do INSS”, o que significava um fator adicional de dificuldade de acesso.” (SPOSATI, 2008: 133).

Atento às críticas realizadas, o INSS implantou importantes mudanças nos procedimentos de concessão. Continuam sendo exigidos o original e a cópia dos documentos acima referidos. Entretanto, o formulário para requerimento do Benefício passou a ser denominado de Requerimento do Benefício Assistencial – Lei 8.742/1993. Já a comprovação da composição do grupo e da renda familiar é feita através de simples declaração.⁸ O procedimento para requerer o Benefício pode ser feito pela internet, evitando dessa forma o deslocamento (e os gastos que isso implica) até uma Agência da Previdência Social (APS). É bem verdade que essa facilidade não atinge uma grande parcela dos requerentes do BPC. Contudo, caso o requerente não tenha acesso à internet, poderá agendar, pela Central de Teleatendimento da Previdência Social, um horário para comparecer a uma APS e fazer seu requerimento.

Estas mudanças no procedimento para requerimento de benefícios fazem parte de um conjunto de ações desenvolvidas, no âmbito do INSS, a partir de 2005, com o objetivo de melhorar o sistema de atendimento, particularmente a eliminação das enormes filas nas APSs, que eram amplamente divulgadas pela mídia. Assim,

associar o volume de requerimentos de benefícios previdenciários e assistenciais à capacidade de atendimento das agências da Previdência Social (APS), tornava-se naquele momento, o grande desafio. Visando estruturar esse movimento, ações gerenciais estratégicas conjugadas foram implementadas: a ampliação do horário de atendimento; a implantação do atendimento agendado, com a inauguração em 2006, da Central de Teleatendimento da Previdência Social (135); e o monitoramento sistêmico das agendas, acompanhando de perto todo o movimento de requerimento. (BRASIL, 2012).

Esta reorganização fez com que, em 2009, a Central de Teleatendimento realizasse mais de 35 milhões de atendimentos. Em setembro de 2010 esse número já tinha ultrapassado 27,3 milhões. Atualmente, aproximadamente 240 mil novos requerimentos de benefícios são organizados por mês em agendas, facilitando a identificação prévia do requerente e otimizando o tempo de atendimento. “O tempo médio de espera para o atendimento agendado, nacional, que em dezembro de 2007 era de 56 dias, em 2008 passou para 23 dias, e hoje é de 16 dias.” (BRASIL, 2012).

⁸ O rol de documentos exigidos para o requerimento do BPC está expressamente elencado no site da previdência social (<http://www.previdencia.gov.br/>). Os formulários de requerimento do BPC e de declaração de composição do grupo e da renda familiar do idoso e da pessoa com deficiência também são disponibilizados no site.

Com o relato de toda esta mudança no procedimento para o requerimento do Benefício, não se pretende afirmar que os requerentes não enfrentam mais qualquer tipo de dificuldade para ter acesso ao BPC. Até porque o perfil dos beneficiários do BPC, como veremos a seguir, continua sendo um importante fator que complexifica o acesso.

1.2.4 - Perfil dos beneficiários

Góis et cols. (2008) analisaram o perfil dos beneficiários do BPC residentes nos diversos estados da região Sudeste, que já estavam vinculados ao Benefício por pelo menos três anos e tinham passado por, ao menos, uma revisão obrigatória. De acordo com eles, os beneficiários são predominantemente da zona urbana (93,2%); mulheres (63,6%); solteiros (62,9%) e viúvos (20,1%).⁹ No que diz respeito à história profissional dos beneficiários, 85% das pessoas com deficiência mental e 69,9% das pessoas com deficiência física nunca trabalharam, enquanto a maioria dos idosos (75%) já trabalhou e não trabalha mais. Com relação à existência de representante legal, 26,9% dos idosos o têm contra 67,5% das pessoas com deficiência física e 90,7% das pessoas com deficiência mental. Estes representantes, em sua maioria, são tutores seguidos de procuradores e curadores. Foi constatado que os familiares constituem a quase totalidade dos representantes legais (92,3%), o que evidencia a importância da família no estabelecimento de vínculos entre os beneficiários e o mundo público.

Analisando o perfil desses beneficiários, principalmente a baixa escolaridade, é possível concluir que o processo de acesso ao BPC se torna bastante complexo para eles, que em sua maioria (52,7%) não tem sequer um ano de estudo. O limite intelectual muitas vezes impede que levem toda a documentação necessária ao deferimento do Benefício e entendam a natureza dos requisitos para o início do trâmite do requerimento. Igualmente, a pobreza extrema em que vivem faz com que os custos com deslocamentos e cópias dos documentos sejam proibitivos. Além disso, não podemos deixar de levar em consideração os “choques culturais e de poder” presentes nos encontros entre uma população tão vulnerabilizada e um aparato institucional tão forte e complexo como o INSS.

É bem verdade que essas pessoas contam com uma rede primária de apoio (amigos, vizinhos, parentes etc.) e com representantes legais. Contudo, não raro, esta não é suficiente para suplantar todos os empecilhos que surgem no decorrer do processo

⁹ Destacam também que a maioria dos idosos (54%) é viúva e a maioria das pessoas com deficiência (88%) é solteira.

de concessão. Isto porque tal rede é também composta por pessoas com limitações próximas àquelas dos requerentes.

1.3 - Acesso ao BPC pela via judicial

Analisando as concessões e restabelecimentos judiciais do BPC, no âmbito nacional, constata-se que no período de 2008 a 2010 houve um crescimento progressivo. No ano de 2008, foram restabelecidos e concedidos 2.972 Benefícios; em 2009 este número subiu para 3.169; em 2010 elevou-se para 3.294. Houve, portanto, um aumento de 10,83% no período.¹⁰

No Município do Rio de Janeiro os demandantes chegam ao Judiciário, principalmente, através da Defensoria Pública da União (instituição incumbida de prestar orientação jurídica e de defender os necessitados), da Seção de Atendimento Processual dos Juizados Especiais Federais (setor que realiza o atendimento inicial da população para orientação e redução dos pedidos a termo) e dos Núcleos de Prática Jurídica das Universidades (órgãos que têm a finalidade de proporcionar aos seus estagiários a aquisição de conhecimentos práticos, bem como prestar assistência jurídica às comunidades carentes).¹¹

O conjunto de dificuldades para acessar o BPC pela via administrativa - caráter focalizado do Benefício, forma de operacionalização, procedimentos burocráticos e perfil da população beneficiária - pode ser apontado como um importante fator que justifica a procura do Poder Judiciário pelos usuários da assistência social.¹² É possível apontar ainda outros fatores adicionais que contribuíram para o crescimento da demanda judicial pelo BPC: o descrédito da população na análise administrativa feita pelos servidores do INSS; a convicção de que a via administrativa é mais morosa que a judicial; a crença de que os critérios de elegibilidade do programa podem ser dispensados ou flexibilizados por um magistrado.

Conforme já mencionamos, um dos requisitos para a concessão do Benefício guarda relação com a renda *per capita* familiar, que deve ser inferior a ¼ do salário

¹⁰ Dados obtidos no SUIBE (Sistema Único de Indicadores de Benefícios).

¹¹ Como dificilmente uma demanda judicial que tenha por objeto a concessão do BPC irá extrapolar o valor de sessenta salários mínimos, é natural que o maior volume de ações dessa natureza se concentre nos Juizados Especiais Federais. Tais Juizados prestam um atendimento mais qualificado para ações que têm esse valor como teto.

¹² Em um estudo dos cem maiores litigantes do país, feito pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, o INSS é apontado como o maior litigante nacional, respondendo por 22,3% das demandas, seguido pela Caixa Econômica Federal, com 8,5%, e pela Fazenda Nacional, com 7,4%.

mínimo vigente. Esse é um dos requisitos que mais tem sido objeto de questionamento pela via judicial. Outra questão amplamente debatida no âmbito judicial, diretamente relacionada com o critério de renda, é a possibilidade de aplicar analogicamente o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso para situações nele não expressamente previstas. Esse dispositivo estabelece que “o benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.” Isso significa que na concessão de um novo benefício assistencial destinado a idoso dentro de um mesmo grupo familiar, a renda do amparo social concedido anteriormente a ele não deve ser incluída no cômputo. Contudo, é corrente entre os magistrados o entendimento de que deve ser desconsiderado do cálculo da renda familiar não apenas o benefício assistencial recebido pelo idoso, mas qualquer benefício previdenciário de valor mínimo recebido por ele. E mais, essa possibilidade também deve ser estendida ao deficiente.¹³

A questão que se coloca com mais frequência diante do Judiciário é se o critério de miserabilidade previsto no §3º do art. 20 da LOAS atende aos preceitos da Constituição. É requerido a esse poder que examine se o critério da renda *per capita* familiar inferior a ¼ do salário mínimo vigente, para a concessão do benefício assistencial, viola a exigência do mínimo existencial, não possibilitando que muitos requerentes tenham direito às condições mínimas para a existência humana digna ou se, na verdade, a criação desse critério é imprescindível, tendo em vista a necessidade de se impor limitações orçamentárias nos gastos com a assistência social, garantindo assim a efetiva concessão do Benefício àqueles que preenchem o requisito legal.

O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1232-1/DF), se pronunciou acerca da compatibilidade deste dispositivo com a norma constitucional prevista no art. 203, V. Reconheceu, preliminarmente, que a própria Constituição deixou a cargo do legislador infraconstitucional a competência para estabelecer critérios para concessão do BPC, não havendo óbice para fixação de critério objetivo. O STF entendeu que a fixação de critério legal objetivo para a aferição da vulnerabilidade econômica serve para limitar a responsabilidade do Estado que é subsidiária e deve ficar restrita às hipóteses em que a

¹³ O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral - a uniformização da interpretação constitucional sobre determinado tema, fazendo com que juízes e tribunais adotem o mesmo posicionamento - de dois Recursos Extraordinários (RE 567.985/MT e 580.963/PR) que tratam dessas questões.

pessoa com deficiência ou o idoso não possam prover sua subsistência ou tê-la provida por suas famílias.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em que pese o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade acima mencionada, deu provimento a um Recurso Especial (REsp 1.112.557/MG) concedendo o BPC a uma criança, em Minas Gerais, mesmo o seu núcleo familiar tendo renda *per capita* superior a ¼ do salário mínimo. Esse tribunal considerou que o parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS “deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente ao cidadão social e economicamente vulnerável” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009). O INSS se insurgiu contra essa decisão. Contudo, em 11/03/2010, foi publicado despacho do Ministro Ari Pargendler, Vice-Presidente do STJ, determinando a suspensão do julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo INSS, até o pronunciamento definitivo pelo STF no Recurso Extraordinário que versa sobre a possibilidade de ser utilizado critério diverso do estabelecido no art. 20, §3º da LOAS para aferir a condição de miserabilidade necessária à percepção do benefício assistencial.

Em 06/06/2012 teve início o julgamento em conjunto dos dois Recursos Extraordinários mencionados (567.985/MT e 580.963/PR), suspenso em razão do pedido de vista do ministro Luiz Fux. Dois Ministros da Corte já se manifestaram sobre o objeto da controvérsia. O Ministro Marco Aurélio posicionou-se pela constitucionalidade do art. 20, §3º da Lei 8.742/1993, entendendo que é possível dar ao art. 203, V da Constituição uma interpretação mais abrangente. Assim, para ele cabe ao intérprete analisar o caso concreto, verificando se a aplicação do dispositivo legal conduz à inconstitucionalidade, à luz do disposto no art. 3º, I e III, que preconiza uma sociedade solidária, a erradicação da pobreza e a assistência aos desamparados, bem como a redução das desigualdades sociais. Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes, embora tenha acompanhado a fundamentação do Ministro Marco Aurélio, divergiu quanto ao resultado. Ele se posicionou pela inconstitucionalidade do art. 20, §3º da LOAS, mas sem declarar a sua nulidade. Propôs à Corte a fixação de um prazo de vigência do modelo atual até o dia 31 de dezembro de 2014. Segundo ele, a solução proposta pelo Ministro Marco Aurélio “devolve ao juiz da primeira instância a adoção de critérios para a concessão dos benefícios, e retira a possibilidade de que o legislador fixe um novo critério, estabelecendo um mínimo de segurança jurídica.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012a). Ainda de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, “houve um processo de inconstitucionalização do parágrafo 3º do artigo 20 da LOAS,

pois houve um conjunto de alterações legislativas que adotaram outros critérios para a concessão de benefícios que não um quarto de salário mínimo.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012a). Este Ministro ainda menciona o problema de isonomia trazido pelo Estatuto do Idoso. Enquanto o Supremo não elimina essa controvérsia, diversas ações são ajuizadas diariamente nos Juizados Especiais Federais buscando a concessão do BPC através da flexibilização ou mesmo afastamento dos critérios de elegibilidade previstos na legislação.

Os Juizados Especiais representam uma forma de concretizar o acesso à Justiça e de afirmar a cidadania, sendo que a busca por eles só vem se tornando possível em razão da gradativa mudança de paradigma na realização do Direito. Isso, em outras palavras, significa que o Poder Judiciário vem deixando de ser um mero aplicador da lei para atuar de maneira a concretizar a justiça social, inclusive promovendo a alteração de políticas públicas como a de assistência social. Esse, contudo, é um processo complexo e controverso para o qual devemos olhar com cuidado. É disso que trata o próximo capítulo.

2 – JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: O JUDICIÁRIO COMO IMPORTANTE ATOR POLÍTICO

Como afirmamos anteriormente, a crescente apresentação de demandas relacionadas ao BPC aos Juizados Especiais Federais guarda uma íntima relação com significativas mudanças nos modos de operação do Direito no Brasil. Tais mudanças, ainda que precisem ser aperfeiçoadas, têm contribuído para um melhor desempenho da nossa democracia. Nas seções desse capítulo examino essa e outras questões correlatas.

2.1 - O Direito como disciplina e como prática social

Uma das principais funções do Direito está relacionada à prestação jurisdicional. Essa prestação deve ser, com base na Constituição Federal, entendida como um direito fundamental. Isso implica que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Esse direito fundamental está intimamente ligado ao exercício da cidadania em suas dimensões civil, política e social. Também está ligado à própria dignidade de todos os indivíduos, valor essencial do nosso ordenamento jurídico. Sobre o tema, vale citar as lições de Duarte e Grandinetti (2005: 23):

O direito à efetiva entrega da tutela jurisdicional representa (...) suporte imprescindível ao exercício da cidadania e à própria dignidade do indivíduo. A denegação de uma justiça ágil, desta forma, fere não só o direito de cidadão, mas também, a própria dignidade de ser humano.

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição, ao impedir que a lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de direito, consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Esse princípio proíbe a autotutela garantindo, assim, a prestação jurisdicional. Já o inciso LXXVIII, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004, traz um avanço para que seja alcançada a efetiva prestação jurisdicional: o princípio da razoável duração do processo.

É importante destacar que esse último princípio apenas foi incluído, de forma expressa, na Carta Magna de 1988, com o advento da Emenda Constitucional 45/2004. Contudo, essa garantia já estava prevista no nosso ordenamento jurídico, desde 1992, através do Pacto de San Jose da Costa Rica¹⁴ do qual o Brasil é signatário.

¹⁴ Tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos, subscrito durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, na cidade de San José da Costa Rica.

Assim, a conjugação dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da razoável duração do processo garante, em tese, a todos, uma efetiva prestação jurisdicional. Essa afirmativa implica em que, além de abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, é preciso que a jurisdição seja prestada de forma eficiente e justa e sem dilações temporais desarrazoadas.

Luiz Guilherme Marinoni (2004) entende o direito à efetiva prestação jurisdicional como fundamental. Isto porque, diante de situações de ameaça e agressão, os demais direitos sempre ficam na dependência de sua realização. Marinoni adverte que, por esse motivo, o direito à efetiva prestação jurisdicional é o mais importante dos direitos. Uma vez que o direito à efetiva prestação jurisdicional garante a própria efetividade dos demais direitos, a tutela jurisdicional, ao assegurar o exercício da cidadania, constitui direito fundamental da pessoa humana.

A efetiva prestação jurisdicional só se torna possível se houver - além da inafastabilidade da jurisdição e da razoável duração do processo - uma verdadeira reforma de mentalidade dos magistrados e da estrutura de operacionalização do Direito. Isso implica em problematizar a continuidade de um Poder Judiciário atrelado a tradições que há muito deveriam estar superadas. Essas tradições compreendem não só a solenidade dos atos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores, como também a maneira de julgar e a forma de solucionar os conflitos de interesses. O exagerado formalismo utilizado por muitos magistrados não é condizente com o nosso atual estágio de desenvolvimento. Tal formalismo “consiste no apego quase fanático a pormenores das formalidades legais, mesmo quando isso é evidentemente inoportuno, injusto ou acarreta graves conflitos sociais.” (DALLARI, 2008:3).

A superação da persistência de uma visão puramente formalista da aplicação do Direito exige, reafirmamos, uma mudança nos modos de pensar da magistratura. Sobre isso vale mais uma vez recorrer às esclarecedoras lições de Dallari (2008: 84):

A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça.

A atuação do Poder Judiciário no século XXI não pode seguir as teorias e métodos adotados no século XX. É inegável que a Constituição de 1988 proporcionou grande avanço na atuação do Judiciário. Com a promulgação desta Constituição houve

uma extensa constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivas numa proporção nunca antes atingida em textos legais precedentes. Ademais, a Carta de 1988 assegurou independência e autonomia ao Judiciário, atribuindo garantias indispensáveis para uma atuação imparcial dos magistrados: a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de subsídio. Essa constitucionalização de direitos e liberdades, somada à atribuição de garantias aos magistrados, inegavelmente contribuíram para a construção de um Judiciário mais ativo, como também para que sua atuação se desse de forma mais livre e independente. Contudo, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, ainda tem estado presente entre nós aquela posição tradicional na qual a realização do Direito limita-se à interpretação literal de diplomas legais, sendo a posição do juiz vista como meramente declaratória do direito.

A sociedade atual almeja uma revisão de paradigmas operativos e está a exigir uma justiça crítica, proativa, ética, aberta à sociedade, democrática e dinâmica. Nesse contexto, o Estado-Juiz deve dar tratamento adequado aos litígios submetidos ao seu julgamento. Ao fazê-lo, deve atentar para o fato de que lhe cabe a função de resolver tanto o conflito como o processo. Portanto, demanda-se do magistrado uma “nova postura”, uma “nova visão” e “novos saberes” na prestação da justiça. (SENA e OLSSON, 2011).

A construção desta “nova postura” pressupõe tomar a jurisdição do ponto de vista do cidadão. Assim, ela não deve ser considerada tão somente “como poder-dever de dizer o direito, do ponto de vista do Estado” (SENA e OLSSON, 2011: 144). Deve, sim, ser afirmada “como direito de acesso pelo cidadão e dever de prestação eficiente do serviço pelo Estado.” (SENA e OLSSON, 2011: 144). Nos marcos dessa nova postura fica superada a ideia de que a atividade judicial é essencialmente mecânica e que a solução para os conflitos de interesses está pronta em uma prateleira, esperando o magistrado escolher aquela que melhor se adéqua ao caso concreto. Com efeito, é forçoso reconhecer que o juiz exerce uma função criativa, não sendo mero aplicador da lei. Isso porque, caso a solução da demanda não esteja prevista integralmente na norma, ele “terá que recorrer a elementos externos ao direito posto, em busca do justo, do bem, do legítimo. Ou seja, sua atuação terá de se valer da filosofia moral e da filosofia política.” (BARROSO, 2010: 26). Do fato que a lei não é o único elemento a influenciar a decisão do juiz, depreende-se a conclusão de que os seus julgados são influenciados pelas suas preferências e intuições assim como pela sua própria personalidade. (BARROSO, 2010).

De acordo com Sena e Olsson (2011: 144-145), a Resolução n° 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ¹⁵, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, surge exatamente da necessidade de se incorporar uma “nova visão” da prestação jurisdicional. Tal visão deve ser capaz de reconhecer a “multidimensionalidade dos conflitos e suas faces jurídicas, socioeconômicas e psicológicas (lide jurídica, lide sociológica e expectativa dos sujeitos), como indispensáveis à plenitude da realização da jurisdição como dever do Estado e direito do cidadão.” Dessa forma, é preciso que os juízes atentem para as particularidades do caso concreto, façam uma adaptação da norma e valorizem a criatividade.

Por sua vez, os “novos saberes” constituem habilidades e competências que o magistrado deve desenvolver para o exercício da sua profissão e decorrem das expectativas da sociedade. “São eles: saber relacionar-se interpessoalmente, saber relacionar-se com a sociedade e mídia, saber argumentar na posição do juiz, saber impor a vontade do Estado (julgar) e saber promover a conciliação.” (SENA e OLSSON, 2011: 145).

Gradativamente temos assistido a uma mudança de paradigma na realização do Direito com a incorporação dos novos saberes, da nova visão e da nova postura mencionados anteriormente.

Mauro Cappelletti (1999) menciona que o fenômeno da “Revolta contra o Formalismo” é típico das últimas três ou quatro gerações. Esse fenômeno conduziu à conclusão de que não se pode mais conceber a ideia, de tradição justiniana e montesquiniana¹⁶, do juiz como uma figura passiva. O magistrado deve desempenhar um papel muito mais difícil e complexo na medida em que ele precisa conciliar os argumentos da lógica abstrata com outros elementos, como aqueles da história, da economia, da ética, da sociologia e da psicologia.

Por sua vez, Dalmo de Abreu Dallari (2008) verifica que de fato muitos juízes estão assumindo uma postura mais consciente de seu papel social e de sua responsabilidade, iniciando um processo de reformas que tem por objetivo dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que cumpra a função de garantidor

¹⁵ O parágrafo único do artigo primeiro desta Resolução diz que: “Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.”

¹⁶ A tradição justiniana e montesquiniana atribuíam ao magistrado uma atividade meramente cognoscitiva e mecânica.

de direito e distribuidor de Justiça. Esse processo de reformas, denominado de movimento renovador e democratizante, teve início na França e na Itália na década de setenta do século XX e encontra muitos seguidores no Brasil. Entre nós, a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS)¹⁷ é um exemplo desse movimento reformador no âmbito da nossa magistratura. Essa associação busca conseguir que o Judiciário saia da acomodação e procure assumir um papel proativo na busca da justiça. (DALLARI, 2008).

É inegável que setores consideráveis do Poder Judiciário nacional, mesmo aqueles considerados extremamente conservadores, ao longo do tempo, vêm buscando atuar de maneira a concretizar a justiça social. Isso pode ser visto ao examinarmos algumas decisões recentes do STF.

No julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712 o Supremo declarou a omissão legislativa quanto ao dever constitucional de editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público, determinando a aplicação ao setor, no que couber, da lei de greve vigente no setor privado (Lei 7.783/1989). Essa decisão representa uma mudança radical de sua jurisprudência, adequando-a à nova realidade.

Já no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 a Corte Superior reconheceu como entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo, desde que preenchidos os requisitos exigidos para o reconhecimento da união estável entre homem e mulher. Nesse julgamento foi salientado que a evolução do direito que cabe aos homossexuais teve início há anos já que com a promulgação do Código Napoleônico deixou de considerar como crime a prática homossexual. Frisou ainda que todos os países da Europa ocidental já possuem esse entendimento; que, recentemente, a Argentina também aprovou legislação no mesmo sentido; e, que o Canadá e a África do Sul obtiveram o mesmo avanço mediante decisão jurisdicional. Trata-se de um marco histórico na caminhada da comunidade homossexual. A decisão do Supremo representa

¹⁷Além de atender às finalidades inerentes a toda entidade de classe, a Ajuris tem participado intensamente dos grandes debates nacionais e da discussão de temas relacionados com o exercício pleno da cidadania. Essa linha de atuação apóia-se no pressuposto de que a manutenção de uma sociedade democrática exige constante vigilância, aliada ao exercício permanente do juízo crítico sobre todas as instituições, e não apenas sobre o Poder Judiciário, e é particularmente necessária nos tempos que correm. (ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL, 2012).

uma grande vitória para a democracia e serve de paradigma para esse novo olhar que a sociedade impõe que se tenha sobre os direitos sociais como um todo.

Recentemente, foi julgada improcedente pelo STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 ajuizada pelo partido Democratas (DEM), contra a instituição de cotas raciais na Universidade de Brasília (UnB). Essa ADPF tem como ponto central a discussão acerca do princípio constitucional da igualdade. De acordo com o Supremo, esse princípio deve ser analisado tanto pelo aspecto formal, quanto pelo material, de acordo com a realidade sobre a qual incida. Assim, o seu plenário concluiu que as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB estabelecem um ambiente acadêmico plural e diversificado, e materializa o objetivo de superar as barreiras institucionais historicamente consolidadas enfrentadas pelos negros nos seus esforços de ter acesso às fontes da educação e da cultura. Igualmente, concedeu que existe um dever não apenas ético, mas jurídico, da sociedade e do Estado em contribuir para a superação destas barreiras, posto que a nossa Constituição preconiza a construção de uma sociedade solidária, a erradicação das situações de marginalidade e de desigualdade, além da promoção do bem de todos sem preconceito de cor (art. 3º). Essa decisão, ao legitimar a política de cotas raciais, retrata bem a nova postura que vem assumindo o Judiciário. O STF, em última análise, está interpretando o ordenamento jurídico de modo a se manter a coerência entre o campo jurídico e o campo social.

Cabe destacar que o julgamento das cotas raciais foi precedido de uma audiência pública. Inspirado no modelo de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997), o STF convocou essa audiência para ouvir pessoas com experiência e autoridade sobre o tema em discussão, permitindo o debate efetivo sobre as implicações e desdobramentos da implementação das cotas raciais na Universidade.

Alguns doutrinadores acreditam que as audiências públicas constituem nada mais do que um procedimento formal que visa sofisticar novas formas de dominação e controle (VESTENA, 2010). A nosso ver, trata-se de um procedimento de democratização, na medida em que insere a sociedade civil em algumas etapas do processo decisório.

A presença da sociedade nos debates judiciais, em última análise, representa significativo avanço. Isto porque permite que a sociedade civil influencie na opinião dos julgadores. Ademais, possibilita que o Judiciário leve em consideração, no processo de tomada de decisão de demandas coletivas de grande repercussão social, os anseios da

sociedade. Sociedade esta que está em permanente mudança e precisa ser ouvida exatamente para demonstrar que os modos de vida produzidos na atualidade são diferentes daqueles produzidos antigamente e que as decisões judiciais devem acompanhar as suas transformações.¹⁸

A interpretação jurídica tradicional, segundo a qual a atividade do magistrado se resume a mero aplicador da lei, não consegue dar conta de todas as questões colocadas por uma sociedade pluralista e diversificada como a nossa.¹⁹ Ainda mais se levarmos em consideração que, não raro, as leis, deixam alguns espaços que precisam ser preenchidas pelo magistrado, exigindo certo grau de discricionariedade. Portanto, cabe ao juiz “preencher as lacunas, precisar as *nuanças*, esclarecer as ambiguidades. (...) Na verdade, o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa.” (CAPPELLETTI, 1999: 22).

Contudo, esta discricionariedade não deve ser confundida com arbitrariedade. Embora o juiz inevitavelmente seja criador do direito, não é um criador completamente livre. Sobre isso, Cappelletti (1999) adverte que todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites (tanto processuais, quanto substanciais) à liberdade judicial.

No que tange aos limites substanciais, ele ressalta que esses não constituem um requisito essencial da atividade jurisdicional e “variam profundamente de época para época e de sociedade para sociedade, e até no âmbito da mesma época e sociedade.” (CAPPELLETTI, 1999: 24). Como exemplo de limites substanciais, elenca os precedentes judiciais, as opiniões de jurisconsultos, ordenanças de monarcas, decisões de assembleias, leis de parlamentos e códigos. Com relação aos limites processuais, sem a intenção de ser exaustivo, ele menciona três regras de fundamental importância, As regras “*nemo iudex in causa propria*” (ninguém pode ser juiz em causa própria) e “*audiatur et altera pars*” (a outra parte também deve ser ouvida) exigem que o juiz não julgue determinada causa em que seja partícipe, devendo encontrar-se livre das pressões daqueles que estão envolvidos no processo. Ademais, essas regras impõem o caráter contraditório do processo, de modo que todos os personagens do processo devem ter

¹⁸ Apesar de termos feito referência a apenas algumas decisões da mais alta Corte de nosso país, é possível afirmar que a postura tradicional do Judiciário em geral, baseada em uma visão puramente formalista da aplicação do Direito, vem sendo gradativamente rompida.

¹⁹ É importante destacar que com isso não pretendemos afirmar que a interpretação jurídica tradicional está superada, mas sim que os intérpretes jurídicos devem utilizá-la com a devida cautela. Isso porque nem sempre o texto normativo em abstrato é capaz de solucionar os problemas que surgem em nossa sociedade, devendo o magistrado lançar mão de novas formas de interpretação.

efetiva oportunidade de se defenderem e de serem ouvidos por um juiz imparcial. É oportuno registrar que nossa Constituição, no art. 5º, LV, prevê expressamente os princípios do contraditório e da ampla defesa. Outra regra citada por ele, também representada por uma expressão latina, é a “*nemo iudex sine actore*”. Significa que o processo judicial não pode ser iniciado *ex officio* pelo julgador, necessitando de provocação das partes.²⁰

Além de sempre levar em conta a existência destes limites processuais e substanciais à liberdade judicial, também é preciso ter em mente que a interpretação individual de cada magistrado, especificamente naquelas causas que implicam em gastos públicos - como é o caso das ações envolvendo a saúde, a assistência social e a previdência social - pode causar repercussões de grande extensão e complexidade. Isto porque a decisão judicial favorável a um conjunto amplo de demandas individuais pode gerar gastos excessivos ao Poder Executivo em desacordo com as prioridades por ele traçadas. Isso, em última análise, viola os princípios da “separação dos poderes”, da “precedência da fonte de custeio” e, ainda, da “reserva do possível” – temas que examinarei no final desse capítulo.²¹ Assim, o magistrado, quando do julgamento de determinada causa, deve atentar para o fato de que a implementação de políticas públicas, com a consequente alocação de recursos públicos, não deve ser vista em termos absolutos como uma atribuição do Judiciário.

Para que as mudanças aqui aludidas tenham efeitos práticos, devem ser acompanhadas da ampliação do acesso à Justiça expressa na criação, por exemplo, de Juizados Especiais. É sobre isso que discorreremos a seguir.

2.2 - A criação dos Juizados Especiais Federais e a ampliação do acesso à Justiça

Em todo e qualquer sistema jurídico que tenha por objetivo garantir o efetivo exercício da cidadania, o acesso à Justiça deve ser considerado pressuposto básico que não pode ser violado. Note-se, aliás, que o acesso à Justiça, entendido como acesso à ordem jurídica efetiva e justa, representa uma forma de afirmação da cidadania.

A expressão “acesso à Justiça” é de difícil definição, “mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico”. Em primeiro lugar, esse sistema deve ser

²⁰ O princípio da inércia da jurisdição está previsto no Código de Processo Civil, no art. 2º.

²¹ Quando isso ocorre, essa postura passa a ser pernicioso, já que o interesse individual não pode prevalecer sobre o coletivo.

igualmente acessível a todos. Em segundo lugar, deve produzir resultados individual e socialmente justos: é a ideia de justiça social. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988:8).

Em diversos países surgiu uma ampla discussão acerca do acesso à Justiça: não como mero acesso ao Poder Judiciário, mas acesso à ordem jurídica justa e efetiva. A principal motivação dessa discussão residia no fato de que os sistemas jurídicos existentes já não estavam solucionando a contento os conflitos de interesses. Esse diagnóstico tinha como um dos seus pilares a certeza de que o acesso efetivo à Justiça requeria a superação de um conjunto de obstáculos.

O primeiro obstáculo está relacionado às “custas judiciais” (custas processuais e honorários advocatícios). Relativamente às pequenas causas, se determinado “litígio tiver que ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade.” (CAPPELLETTI e GARTH, 1988: 19). A isso se associa a possibilidade de um longo tempo de duração do litígio, o que pode ser um fator determinante para que os economicamente mais fracos abandonem suas causas ou aceitem acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito.

Já o segundo obstáculo diz respeito às “possibilidades das partes”. É preciso reconhecer que alguns grupos de litigantes possuem vantagens estratégicas que outros grupos não possuem. Em primeiro lugar, os recursos financeiros a serem utilizados proporcionam vantagens óbvias na propositura ou defesa do litígio. Em segundo lugar, a aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa. As pessoas de um modo geral não têm conhecimento da titularidade de diversos direitos que lhes são assegurados. Esse desconhecimento, que não ocorre apenas entre os pobres, afeta uma parcela significativa da população. “Ademais, as pessoas têm limitados conhecimentos a respeito da maneira de ajuizar uma demanda” (CAPPELLETTI e GARTH, 1998:23). Por fim, cabe mencionar que os litigantes “habituais” possuem numerosas vantagens que os litigantes “eventuais” não têm.

Essa distinção entre litigantes “eventuais” e litigantes “habituais” foi estabelecida por Galanter (*apud* CAPPELLETTI e GARTH, 1998) e se baseia na frequência de encontros com o sistema judicial. De acordo com ele, as vantagens dos “habituais” são numerosas: 1) possuem maior experiência com o Direito, possibilitando-lhes melhor planejamento do litígio; 2) têm maior número de casos permitindo economia de escala; 3) estabelecem relações informais com os membros da instância

decisória em função de repetidos contatos mantidos; 4) podem diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e, 5) são capazes de testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.

O terceiro obstáculo inclui os problemas especiais dos interesses difusos. O problema básico dessa categoria de direitos “é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação.” (CAPPELLETTI e GARTH, 1998: 26). Outro problema a ser enfrentado, relacionado à “questão da reunião” das partes interessadas, é que “embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso” (CAPPELLETTI e GARTH, 1998: 27), as dificuldades enfrentadas para se organizarem e estabelecerem uma estratégia em comum acaba por evitar que determinado interesse difuso seja unificado e expresso em juízo. Restando à sociedade confiar ao Estado a proteção desses interesses coletivos.

Analisando esse conjunto de obstáculos é possível chegar a conclusões preliminares e à identificação de um fator complicador no acesso à Justiça. As pequenas causas e as ações individuais são as que apresentam maior dificuldade quanto ao acesso. Já os litigantes organizacionais possuem vantagens em relação aos litigantes individuais. Com efeito, os indivíduos têm maior dificuldade em concretizar seus direitos quando ação judicial por danos de pequena monta for ajuizada em face de grandes organizações. Com relação ao fator complicador, cabe destacar que essas barreiras não devem ser eliminadas uma por uma, tendo em vista que “Um estudo sério do acesso à justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes.” (CAPPELLETTI e GARTH, 1998: 29).

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998) elencam três soluções práticas, denominadas de “*ondas renovatórias*”, para os problemas de acesso à Justiça. A primeira “onda” refere-se à assistência judiciária para os pobres; a segunda à representação jurídica para os interesses difusos; e a terceira à ampliação do acesso à justiça com um novo enfoque das estruturas e procedimentos para processar ou prevenir os litígios.

A primeira onda renovatória considera que o auxílio de advogado é essencial para o ajuizamento de uma ação. Assim, é preciso garantir serviços jurídicos para aqueles que não têm condições de arcar com o custo da contratação desse profissional. Inicialmente, para que um sistema jurídico seja considerado eficiente, é imprescindível

a oferta de um número suficiente de advogados. Ademais, é necessário que os advogados auxiliem aqueles que não têm condições financeiras de arcar com os seus honorários, o que demanda grandes dotações orçamentárias. Todavia, a assistência de advogado não tem como solucionar o problema das pequenas causas individuais, já que mesmo aqueles que têm condições financeiras de pagar um advogado, no mais das vezes não podem correr o risco de perder uma causa, haja vista as despesas decorrentes de uma eventual derrota. Assim, a assistência judiciária “não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita do acesso à Justiça. Existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária”. (CAPPELLETTI e GARTH, 1998: 47).

A segunda onda refere-se à questão da representação dos interesses difusos, isto é, os interesses de determinados grupos. Essa representação exige a combinação de determinadas técnicas “tais como as ações coletivas, grupos de advogados especialistas em direitos difusos, a existência do advogado público, também especialista, bem como medidas governamentais”. (PEREIRA, 2006: 26).

A terceira onda renovatória propõe que não sejam abandonadas as técnicas das duas primeiras ondas, devendo ser utilizadas em conjunto para melhorar o acesso. Cappelletti e Garth (1998: 68) denominam essa onda de “o enfoque do acesso à Justiça”, que se expressa por várias tendências.

A primeira tendência diz respeito à reforma dos procedimentos judiciais, objetivando modernizá-los. Outra tendência é a busca de meios alternativos para a solução dos conflitos, estimulando-se a conciliação como principal forma de solucionar os litígios.

A terceira tendência renovadora é a criação de novas instituições e procedimentos judiciais para determinadas causas dotadas de alguma relevância social. Refletindo sobre esta tendência, Bollorini (2006: 28) salienta, especialmente,

(...) a criação de procedimentos especiais para pequenas causas, cujas características principais são: a promoção de acessibilidade geral, a tentativa de equalizar as partes, a alteração do estilo de tomada de decisões e a simplificação do direito aplicado.

É dentro desse contexto de pensamentos e práticas renovadoras do Direito que vão sendo criados os Juizados Especiais. No Brasil, o Juizado Especial de Pequenas Causas remonta à criação do Conselho de Conciliação e Arbitramento no Rio Grande do Sul. Essa experiência inovadora e bem sucedida foi se difundindo até o advento da Lei

7.244/1984, que regulamentou a criação e funcionamento dos Juizados Especiais de Pequenas Causas como órgãos do Poder Judiciário.

O Juizado de Pequenas Causas, como forma alternativa de solução dos conflitos, representou verdadeiro avanço na prática forense, tendo sido muito bem recepcionado pelos cidadãos. Prova disso é que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 98, I, determinou a sua criação em todos os estados membros, no Distrito Federal e nos territórios.

Contudo, foi somente em 1999, através da Emenda Constitucional 22/1999, que foram estabelecidas as bases legais para a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. A sua instituição, entretanto, somente se deu em 2001 por determinação da Lei 10.259.

A criação de Juizados Especiais no judiciário estadual e federal está em consonância com a perspectiva de possibilitar uma rápida e efetiva prestação jurisdicional. Isso pode ser visto quando se examina os princípios que informam o seu funcionamento. O princípio da oralidade significa que deve predominar a palavra falada sobre a escrita. O princípio da simplicidade, como o próprio nome sugere, objetiva que o procedimento do juizado seja simples, sem ostentação, para que as partes e terceiros se sintam à vontade para se expressarem. O princípio da informalidade preconiza o desapego às solenidades, permitindo assim que a parte compreenda o desenvolvimento do processo. Esse princípio assume fundamental relevância na hipótese em que a parte comparece ao juizado sem que esteja representada por um advogado.²² O princípio da celeridade sugere que a solução da demanda deve se dar da forma mais rápida possível. Por sua vez, o princípio da economia processual estabelece que o processo deve se propor a buscar o máximo de resultados com o mínimo possível de atividades processuais.

Os Juizados Especiais Federais julgam ações cujos valores em discussão não excedam a sessenta salários mínimos nas causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas.

Na Seção Judiciária do Rio de Janeiro há Juizados Especiais Federais na capital e nas 19 subseções em todo o Estado. Na capital e nos municípios de Niterói, São João de Meriti, São Gonçalo, Resende, Volta Redonda, Campos, Nova Friburgo, Petrópolis, Duque de Caxias e Nova Iguaçu os juizados não estão vinculados a nenhuma Vara

²² A presença de um advogado é dispensada nas causas não excedentes a vinte salários mínimos.

Federal, sendo, portanto, autônomos. Nas demais localidades do estado eles pertencem à estrutura de uma Vara Federal. Consequentemente, eles são adjuntos.

Influenciado pela “onda renovatória” anteriormente mencionada, o legislador, quando da edição da lei que instituiu os Juizados Especiais Cíveis no âmbito da Justiça Federal, retirou da Fazenda Pública Federal²³ quase todas as prerrogativas processuais normalmente concedidas ao poder público. A título de exemplo vale mencionar os prazos processuais, sendo certo que não haverá prazo diferenciado para a prática de qualquer ato processual. Outra importante prerrogativa subtraída do ente público diz respeito ao precatório judicial: este não é utilizado nos juizados, já que o pagamento se dá através de Requisição de Pequeno Valor (RPV).

Verifica-se, portanto, que o Estado brasileiro, nos últimos anos passou a criar minimamente condições para que a população possa buscar uma solução para seus litígios conhecidos como “pequenas causas”, ajuizados contra a Fazenda Pública Federal, em um ambiente menos formal e de maneira mais rápida, mas não menos eficaz. Assim, é possível afirmar que a lei que instituiu os Juizados Especiais Federais representa uma forma de concretizar o acesso à Justiça e de afirmar a cidadania.

Medidas como esta, junto com as renovações do pensamento jurídico, abrem espaço para novos horizontes para o processamento da cidadania. Não se trata, contudo, de um processo descolado de complexas dinâmicas sociais, a exemplo da judicialização da política, judicialização das relações sociais e judicialização dos direitos sociais.

2.3 - Judicialização da política, das relações sociais e dos direitos sociais

Uma obra de grande influência nesse campo de reflexão foi *The Global Expansion of Judicial Power*, organizada por Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995). Eles afirmam que a judicialização da política pode se dar de diversas formas, com destaque para duas que consideram as principais. A primeira é a mais comum e resulta da atuação do Judiciário por meio da revisão judicial dos atos do Legislativo e do Executivo, com base na Constituição e nos mecanismos de *checks and balances*. A segunda ocorre através da utilização de procedimentos tipicamente judiciais pelo Executivo - como no caso dos tribunais ou juízes administrativos - e Legislativo - como no caso das Comissões Parlamentares de Inquérito.

²³ A expressão Fazenda Pública Federal é utilizada para designar a União e suas respectivas autarquias, fundações e empresas públicas.

Em nosso país, a judicialização passou a ser objeto de estudo somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O livro intitulado *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, de autoria de Luiz Werneck Vianna *et cols* (1998), pode ser considerado pioneiro no tratamento desta questão em nosso meio acadêmico. Nele, a judicialização é estudada a partir das transformações ocorridas com o advento da Constituição de 1988, que ampliou os instrumentos de proteção judicial, permitindo um maior protagonismo do Poder Judiciário. Tais instrumentos passaram a ser utilizados por minorias parlamentares, governos estaduais, associações civis e profissionais. Neste livro é apresentado o resultado de uma pesquisa sobre 1.935 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) ajuizadas no STF até 1998. Com base na análise dessas ADIs, os autores afirmam que

o processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta, (...) de se ter adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma ‘comunidade de intérpretes’. (VIANNA ET COLS., 1999: 47).

Seria a incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo em corresponderem às expectativas de vários segmentos, o que se percebe pelo número excessivo de ADIs propostas, o que explicaria o processo de judicialização da política no Brasil.

Esse controle abstrato da constitucionalidade²⁴ das leis foi atribuído ao STF, mediante a provocação da comunidade de intérpretes²⁵, sendo que desde logo as ADIs “foram reconhecidas como um instrumento de significativa importância, não só para a defesa de direitos da cidadania, como também para a racionalização da administração pública”. (VIANNA ET COLS., 1999: 47). Nesse sentido, “a iniciativa dos intérpretes da Constituição, (...) estaria introduzindo uma atitude mais favorável por parte do STF no que se refere à assunção de novos papéis.” (VIANNA ET COLS., 1999: 53). Isso porque a Corte, silenciosamente, começa a sair de sua posição original de coadjuvante na produção legislativa do poder soberano para assumir uma posição de ativa guardiã da Constituição.

²⁴ O controle de constitucionalidade jurisdicional pode ser concreto ou abstrato. No controle concreto a questão da constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo é decidida incidentalmente, não representa o objeto principal da demanda. Por sua vez, no controle abstrato a questão da constitucionalidade constitui a própria motivação da demanda.

²⁵ Atualmente, de acordo com o art. 103 da Constituição Federal, integram a comunidade de intérpretes, podendo propor Ação Direta de Inconstitucionalidade: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Vianna et.cols. (1998) ainda destacam que essa comunidade de intérpretes da Constituição é heterogênea. Assim, a motivação para a propositura de ADIs varia bastante. Embora todos os membros da comunidade de intérpretes devam ser considerados, em princípio, como “advogados da Constituição”, não havendo necessidade de demonstração de que o objeto da instituição guarda relação com o pedido da ADI proposta, a jurisprudência do STF exige que seja comprovada a pertinência entre a temática da Ação Direta de Inconstitucionalidade e a natureza institucional do “advogado” proponente.

Já a judicialização das relações sociais corresponde à crescente presença do Direito na vida cotidiana. Ao longo do tempo, a regulação da sociabilidade e das práticas sociais em esferas tradicionalmente consideradas como de natureza estritamente privada vem ganhando destaque.²⁶ Vale dizer, “o direito vem expandindo a sua capacidade normativa, armando institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesse plano.” (VIANNA ET COLS., 1999: 150). Essa crescente participação do Direito nas relações sociais cotidianas faz com que personagens e temas até recentemente não tratados pelos sistemas jurídicos passem a ser objeto de intervenção judicial, “levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica jurídica.” (VIANNA ET COLS., 1999: 149).

Vejamos como isso se dá, por exemplo, nos problemas que surgem no ambiente escolar. Estabelecimentos de ensinos, educadores e gestores têm sido frequentemente acionados judicialmente em demandas promovidas por alunos que pretendem imputar responsabilidade civil a essas pessoas. Utiliza-se como fundamento legal tanto o Código Civil, que prevê como responsável pela reparação civil o estabelecimento educacional, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que garante a criança e ao adolescente o direito a uma educação que vise o pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho e que ocorra em um ambiente de respeito.

Álvaro Chrispino e Raquel Chrispino (2008) apontam que a Justiça, agora mais ágil e acessível, é chamada a dirimir dúvidas quanto a direitos e deveres no universo da escola e das relações escolares, destacando que esse fenômeno conhecido como

²⁶ A título de exemplo, vale citar alguns casos que antes eram impermeáveis à intervenção do Estado: as relações de gênero no ambiente familiar e o tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis. A produção legislativa nessas áreas vem se expandindo gradativamente, reforçando as possibilidades de interferência do Judiciário.

“judicialização das relações escolares” se dá no mesmo momento em que ocorre a judicialização da política e das políticas públicas.

A judicialização das relações escolares ocorre principalmente em razão da falta de preparo dos atores educacionais para lidarem com as situações que surgem rotineiramente no ambiente escolar. Educadores não foram formados e informados para lidar com obrigações emergentes geradas por uma legislação mais progressista nem com mudanças nas percepções de pais e alunos sobre os seus direitos e deveres na esfera escolar. No máximo, têm tido “algumas aulas de LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), com forte viés ideológico e pouca visão cotidiana.” Por sua vez, os gestores, “na sua maioria de escolas públicas, resultam de escolhas políticas ou são oriundos de processos de indicação pelos pares”, sendo que, normalmente, essas escolhas não levam em consideração a posse de conhecimento específico para gestão de uma unidade escolar. (CHRISPINO e CHRISPINO, 2008: 11). Não casualmente, estabelecimentos de ensinos, educadores e gestores estão sendo cada vez mais demandados através de ações judiciais que pretendem o ressarcimento pecuniário por danos morais ou materiais, fazendo com que a solução de conflitos que surgem no universo da escola migre do controle dos atores educacionais para as mãos do Judiciário.

É preciso destacar que a judicialização das relações sociais pode contribuir para o aperfeiçoamento da vida coletiva na medida em que:

o Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira (...). (VIANNA ET COLS, 1999: 9).

Contudo, essa mesma judicialização possui aspectos negativos. O Judiciário, cada vez mais, está abarrotado de demandas, às vezes descabidas, que poderiam ser resolvidas pelo diálogo direto entre as partes. A conversão dos litígios os mais banais em demandas judiciais acaba assoberbando o judiciário e acarretando gastos excessivos ao Estado. Assim, a incapacidade de diferentes atores em resolverem suas desavenças através do diálogo, em última análise, enseja a banalização da atuação do Judiciário, o que é algo indesejável.

A judicialização da política e das relações sociais têm exposto o Judiciário “à questão social em sua expressão mais bruta”, fazendo-o tomar conhecimento “dos dramas vividos pelos segmentos mais pobres da população, dos seus clamores e expectativas em relação à justiça”. (VIANNA ET COLS, 1999: 155). Igualmente, essa

mesma judicialização enseja a indicação de outras formas de atuar do Poder Judiciário. Um exemplo: fiscalizando a atuação do Legislativo e do Executivo, através do controle de constitucionalidade, ele pode atuar como importante ator político para a promoção dos direitos sociais.

A Constituição de 1988 inseriu no ordenamento jurídico modos de usufruto de direitos sociais até então inexistentes entre nós. Essa inserção, no entanto, impõe ao Poder Executivo o ônus de implementar programas e políticas públicas que promovam o bem estar social. Contudo, não raro, a atuação do Executivo é considerada insuficiente ou insatisfatória, fazendo com que seja atribuída ao Poder Judiciário a função de concretizar os preceitos do Estado Social. É, portanto, dentro desse contexto de desilusão com o Executivo, que o Judiciário passa a ser visto como “guardião das promessas” (GARAPON, 1996:15) – única autoridade a quem ainda é possível pedir salvação - sendo frequentemente acionado para dar efetividade aos direitos sociais.

A crescente corrida ao Judiciário para garantir a efetivação de direitos sociais tem tido importantes efeitos. Um deles é o de

criar uma nova forma de visibilidade para certas demandas e colocá-las sob a linguagem própria do direito, uma linguagem de deveres correlativos e de responsabilidades definidas. Esta nova judicialização contribui para um novo alcance da democracia entre nós. Ao colocar os temas em discussão sob a linguagem do direito dá-se um passo importante — embora ainda de resultados ambíguos — na direção de considerar os direitos sociais como direitos propriamente ditos e não como simples concessões ou benefícios dados por um paternal poder privado ou político. (LOPES, 2006: 165)

Apesar disso há sérios riscos envolvidos na judicialização dos direitos sociais e das políticas sociais, como fica bem evidente no campo da saúde. A procura pelo Poder Judiciário para a obtenção de fornecimento de medicamentos pela União e entes subnacionais começou após o advento da Constituição Federal de 1988, que elevou o direito à saúde ao patamar de direito fundamental. É crescente o número de demandas judiciais propostas por usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) postulando o fornecimento de medicamentos. Essa medida tem se caracterizado como um meio comumente utilizado para a efetivação do direito à assistência à saúde.

Nos últimos anos o Judiciário vem interpretando a questão da integralidade do acesso à saúde de maneira diversa da definição utilizada pelo Ministério da Saúde. Para esse Ministério, “a integralidade deveria ser garantida por um conjunto de bens e serviços de saúde de eficácia comprovada no tratamento dos principais problemas epidemiológicos da população brasileira” (MEDICI, 2011: 60). Contudo, em geral, nas

demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos “o que acaba ocorrendo é a exigência de se tratar certa doença com o uso de determinado produto farmacêutico, procedimento ou terapia não incorporado pela evidência médica disponível (...)” (MEDICI, 2011: 60). Essa e outras situações podem potencializar a iniquidade financeira entre ricos e pobres no acesso aos recursos dessa política social, pois a ausência de simetria na informação e no acesso aos meios jurídicos para a propositura de demandas contra o Poder Público “favorece aqueles que podem pagar advogados ou que conhecem os meandros jurídicos para levar adiante ações contra o Estado.” (MEDICI, 2011: 60).

Ademais, a atuação do Judiciário acaba intervindo na implementação dessa política, o que é uma atribuição do Poder Executivo. Transfere-se do Executivo para o Judiciário a tarefa de decidir sobre o fornecimento deste ou daquele medicamento, sendo certo que nem sempre o medicamento concedido pela via judicial encontra-se na lista de medicamentos financiados pelo sistema público. Isso, ao seu turno, interfere sobremaneira no orçamento destinado à saúde. André Medici (2011) destaca que as diversas ações judiciais postulando o fornecimento de determinado medicamento restringem a liberdade do Executivo de alocar recursos públicos em saúde segundo prioridades pactuadas. Exemplifica afirmando que:

Segundo a Agência Brasil, as compras de remédios por ordem da Justiça consumiram R\$ 526 milhões nas esferas federal, estaduais e municipais em 2007. Somente no Ministério da Saúde os gastos com ações judiciais para a compra de medicamentos aumentaram vinte vezes entre 2005 e 2008, passando de R\$ 2,5 milhões para R\$ 52 milhões, valor suficiente para realizar 5,2 milhões de consultas pré-natais e 130 mil partos normais num país que ainda sofre com elevadas taxas de mortalidade materna. (MEDICI, 2011: 61)

No Rio de Janeiro, os gastos com saúde decorrentes de determinações judiciais também vêm aumentando. Em 2005, ficou em R\$ 5 milhões; já em 2008, em R\$ 30 milhões. Com esses recursos seria possível abrir 25 unidades de pronto atendimento 24 horas destinadas a casos graves.

Esta postura do Judiciário tem provocado uma forte tensão entre os poderes da República, dados os questionamentos sobre a sua legitimidade e competência técnica para decidir sobre a maneira de atuação do Executivo no âmbito da saúde.

No caso da assistência social, mais especificamente da concessão do BPC, a propositura de demanda judicial tem também se mostrado um meio bastante ágil para efetivação desse direito social. Através de tal propositura, os cidadãos, no seu interesse individual, pretendem que o Judiciário, no exame do caso concreto, garanta o direito à

proteção social modificando ou mesmo dispensando determinados requisitos previstos na legislação infraconstitucional para a concessão do BPC. O fundamento invocado é o dispositivo da Constituição Federal que garante o recebimento de um salário mínimo 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. Assim, essa forma de judicialização objetiva mudar determinada política pública por meio de uma decisão judicial individual.

Tal como no campo da saúde, há que se olhar para esse fenômeno com bastante cuidado. A aparente simplicidade aí presente não pode inibir que vejamos a complexidade e os riscos contidos no recorrente atendimento dessas demandas. Mais uma vez há que se salientar que a propositura de demanda judicial para a obtenção do benefício assistencial gerando alterações em regras estabelecidas pelo poderes Executivo e Legislativo esbarra no princípio constitucional da separação e independência dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição.

A separação dos poderes nos remete à obra de Montesquieu “O espírito das leis”. Comentando o sentido dessa obra, Nobre e Rodrigues (2011) afirmam que

O sentido de ‘O espírito das leis’ nunca foi afirmar os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do Estado de Direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de pólos de poder absolutos, sem nenhum controle. (NOBRE e RODRIGUES, 2011: 10)

Portanto, é preciso recuperar o verdadeiro sentido da obra de Montesquieu para pensar no modelo institucional contemporâneo. A questão central é constituir um sistema que não admita o arbítrio, independentemente do desenho institucional que se venha a adotar.

No Brasil, a separação das funções estatais adotou a forma tripartite, correspondendo aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A essa separação foi atribuída a condição de “cláusula pétrea” - não pode ser abolida através de emenda constitucional - com o objetivo de caracterizar a sua imprescindibilidade para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

Esses poderes são independentes na medida em que não se submetem uns aos outros; e harmônicos entre si, já que devem verificar as “normas de cortesia e trato recíproco” (SILVA, 2006: 110). Por sua vez, o mecanismo de *checks and balances*, comumente considerado como uma forma de evitar a tirania, permite que os poderes fiscalizem-se mutuamente, impedindo que um deles adote medidas que extrapolem suas

atribuições. Para se evitar a tirania de um poder é imprescindível que um vigie o outro, não permitindo excessos injustificados.

Como afirmamos anteriormente, atualmente o Judiciário tem assumido cada vez mais uma postura ativa na arena dos direitos sociais. O juiz deixa de ser mero aplicador da lei para se tornar também um ator nas transformações sociais, “utilizando no exercício de suas funções os instrumentos da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade para enfrentar as novas questões colocadas pelo pluralismo de interesses da sociedade moderna.” (TORRES, 2009: 111). Ainda que seja aceita a ideia de que cabe ao Judiciário assumir uma postura mais ativa na arena política, reafirmamos que não se pode deixar de lado o princípio da separação dos poderes. Como se isso não bastasse, há ainda os problemas da “precedência da fonte de custeio” e da chamada “reserva do possível”.

O princípio da precedência do custeio tem por objetivo prevenir riscos capazes de afetar o equilíbrio das contas da seguridade social. Está previsto no ordenamento jurídico desde a Emenda Constitucional nº 11 de 31/03/1965, tendo sido repetido no art.158, §1º da CF de 1967, no art.165, parágrafo único da CF de 1969 e no art.195, §5º da CF de 1988. A redação atual do dispositivo prescreve que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

A “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*) é uma expressão criada pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgamento em que “se discutia sobre a possibilidade de o Judiciário criar vagas na Faculdade de Medicina para estudantes habilitados no vestibular, mas não classificados.” (TORRES, 2009: 103). Para a doutrina germânica, a reserva do possível não é um princípio, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais, sendo certo que na Alemanha, diferentemente do Brasil, esses direitos não são considerados fundamentais. De acordo com essa linha de pensamento, a reserva do possível não se confunde com a “reserva de orçamento”. Na verdade, ele equivale à “reserva democrática” na medida em que as prestações sociais se legitimam pelo princípio democrático da maioria e pela sua concessão discricionária pelo legislador. (TORRES, 2009).

No Brasil, a expressão “reserva do possível” perdeu o sentido originário atribuído pela doutrina germânica. A doutrina brasileira criou uma dicotomia para a expressão. Essa dicotomia envolve, assim, de um lado, a “reserva do possível fática”, que refere-se à inexistência fática de recursos. De outro lado, envolve a “reserva do

possível jurídica”, que diz respeito à imprescindibilidade de autorização orçamentária para a reformulação do orçamento e redirecionamento dos gastos públicos mesmo que materialmente o Estado disponha de recursos.

Os recursos públicos são escassos. Portanto, cabe ao Poder Público a discricionariedade de fazer sua alocação da melhor maneira, conforme sua conveniência e oportunidade. É possível que Administração Pública não tenha como dispor dos recursos necessários para dar cumprimento à decisão judicial sem prejudicar a tutela de outro direito. Nesse sentido Daniel Wang (2008: 540) afirma que:

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gasto de recursos públicos. E esse é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado direito social no caso concreto pode obrigar o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de um outro direito que o Poder Público entendeu ser mais importante.

Em vista disso, é importante que nós mantenhamos em aberto o debate sobre a legitimidade do Judiciário em realizar alterações em políticas públicas que possam levar a escassez de recursos. Sob essa lógica analítica, também devemos buscar suplantar falsas antinomias entre certo e errado e, aos poucos, ir buscando aprender com as situações já criadas e as que vierem a ser criadas posteriormente pela judicialização dos direitos sociais.

3 - O PODER JUDICIÁRIO NA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA: MUDANÇAS E PERMANÊNCIAS PARADIGMÁTICAS

3.1 - As interpretações do Poder Judiciário sobre alguns aspectos do BPC

Retomando o que afirmamos em capítulo anterior, a procura do Poder Judiciário pelos usuários da assistência social para a concessão do BPC vem ocorrendo através da interposição de ações perante os Juizados Especiais Federais. As dificuldades enfrentadas pelos requerentes para terem acesso ao BPC pela via administrativa - caráter focalizado do Benefício, forma de operacionalização, procedimento burocrático e perfil da população beneficiária - podem ser apontadas como importantes fatores que justificam esta procura.

Através da análise de algumas sentenças proferidas pelos magistrados dos quatro juizados com competência para o julgamento deste tipo de demanda e das entrevistas concedidas, fizemos um estudo das interpretações do Poder Judiciário sobre alguns elementos contidos em tais demandas e de alguns aspectos da sua dinâmica processual. Nesse capítulo, trataremos desse leque de discussões, iniciando com as razões que levam à extinção de algumas de ações judiciais relacionadas ao BPC.

3.1.1 - A extinção das demandas

Verificamos, desde logo, algumas situações bastante corriqueiras que levam os quatro magistrados a extinguirem o processo sem resolução do mérito. Podemos agrupar essas situações em quatro blocos.

No primeiro bloco estão os processos extintos com base no Código de Processo Civil, em razão do indeferimento da petição inicial, do abandono da causa por mais de trinta dias e da ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo.

No segundo bloco encontram-se - em número significativo, vale ressaltar - os processos extintos em razão do abandono da causa pelo não comparecimento, sem justificativa da ausência, do demandante à perícia judicial.

No terceiro estão inclusos os processos extintos em razão de terem sido ajuizados em lugar errôneo, isto é, perante juízo que não pode, de acordo com a legislação processual vigente que fixa regras de distribuição, julgar a causa.

Por sua vez, no quarto bloco, estão os processos extintos em razão da falta de resistência administrativa prévia ao ajuizamento da ação.

O Código de Processo Civil (CPC) regula os casos em que o processo será extinto sem resolução do mérito (art. 267). Em tais casos, o juiz profere sentença colocando fim ao processo, mas não resolve o problema do demandante. São as chamadas sentenças terminativas que permitem ao autor ajuizar novamente a demanda. As sentenças terminativas se distinguem das definitivas, já que estas dão uma definição ao objeto do processo, resolvendo o mérito da causa.²⁷

3.1.1.1 – Extinção do Processo pelo indeferimento da inicial, pelo abandono da causa e pela falta de pressuposto processual

Em um dos processos julgados pelo magistrado 1, a demandante ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de ser portadora de câncer de mama. Afirmou não conseguir colocação no mercado de trabalho em razão das severas limitações de movimento decorrentes de cirurgia para retirada de nódulo na mama esquerda e do mal estar constante gerado pelas sessões de radioterapia e quimioterapia. Com relação ao núcleo familiar, declarou que este era composto pela própria e por um neto de nove anos de idade, órfão de pai e sem contato com a mãe. O magistrado determinou a expedição de mandado de verificação das condições socioeconômicas que foi cumprido por oficial de justiça. Esse profissional certificou que deixou de dar cumprimento à diligência em razão de ter sido informado por policiais militares que o ingresso no local, conhecido como Morro do Chaves, poderia colocar em risco a sua segurança pessoal. Tendo em vista a certidão lavrada pelo oficial de justiça, o juiz determinou a intimação da demandante para que esta fornecesse meios de realização da diligência. Contudo, ela manteve-se inerte.

Para o magistrado 1, como a parte autora foi intimada a prestar informações relevantes (número de telefone, por exemplo) que permitissem ao oficial de justiça cumprir o mandado de verificação e não se manifestou, após o prazo de trinta dias ficou evidenciado o abandono da causa, justificando a extinção do processo sem resolução do mérito.²⁸

Em outro processo, julgado pelo magistrado 2, a demandante ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de ser portadora de deficiência mental. Apesar de já ter completado dezoito anos de idade, sua idade mental era equivalente a de uma

²⁷ As causas de indeferimento da petição inicial estão elencadas no art. 295 do Código de Processo Civil e são aplicadas subsidiariamente no procedimento dos Juizados Especiais.

²⁸ Cabe esclarecer que o abandono da causa ocorre quando o processo permanece parado mais de trinta dias sem que o autor realize diligência que lhe competia.

criança de seis anos. Declarou não possuir família e estar temporariamente em abrigo de instituição de caridade. O magistrado determinou que a demandante trouxesse comprovante de residência com endereço atualizado e prova documental da renda mensal *per capita* de sua família. Contudo, ela não deu cumprimento a essa determinação judicial. Em razão disso, o magistrado 2 extinguiu o processo sem resolução do mérito, indeferindo a petição inicial. Ele argumentou que a reiterada intimação da demandante para promover a anexação de documentação que possibilitasse o regular andamento do processo não se coadunava com o princípio da celeridade processual e causava transtornos ao processamento de demandas.

A petição inicial é o instrumento através do qual a parte autora ajuíza sua demanda. Nela é exigida a presença de determinados requisitos formais sem os quais será indeferida. Mesmo no âmbito dos Juizados Especiais, em que vigora a simplicidade e a informalidade, tais requisitos são imprescindíveis. Assim, o magistrado deverá extinguir o processo sem resolução do mérito sempre que verificar a ausência de um desses requisitos. No caso acima descrito faltou o comprovante de residência.

No Município do Rio de Janeiro parcela significativa da população miserável requerente do BPC reside nas favelas, também chamadas de “comunidades”. Sabe-se que nas favelas há um acesso informal a determinados tipos de serviços, como água, esgoto e energia elétrica. Assim, muitos requerentes desse Benefício não possuem comprovantes de residência. Contudo, em quase toda comunidade existe uma associação de moradores que pode emitir declaração comprovando a residência do demandante. Assim, é forçoso reconhecer que a inexistência de comprovante de residência tradicional não obstaculiza o acesso à Justiça. Portanto, não nos parece arbitrária a decisão que põe fim ao processo em razão de o demandante não juntar aos autos seu comprovante de residência atualizado.

Em outro processo, julgado pelo magistrado 3, o demandante ingressou com ação postulando o BPC alegando ser portador de doença psicótica. Afirmou estar incapacitado para o desempenho das atividades da vida diária e do trabalho, conforme documento fornecido por hospital da Prefeitura. O magistrado determinou a intimação do demandante para a regularização de sua representação processual, mediante apresentação de instrumento público de outorga de poderes. Esclareceu o magistrado que caso não fosse possível a apresentação desse instrumento público em função do custo, deveria o demandante comparecer à secretaria do juizado munido de seu documento de identidade original, oportunidade em que o Diretor de Secretaria ou

servidor por ele designado iria identificá-lo, certificando tratar-se efetivamente do demandante. Contudo, o demandante não deu cumprimento a essa determinação judicial, mantendo-se inerte.

O magistrado 3 argumenta que o não cumprimento de determinação judicial, com a regularização de sua representação processual, apresentando Termo de Curatela, impõe a extinção do processo sem resolução do mérito, tendo em vista a ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, com base no art. 267, IV do Código de Processo Civil.

Os pressupostos processuais são requisitos de existência e validade da relação processual, vale dizer, “são elementos necessários para que a relação processual exista e, em existindo, possa se desenvolver validamente.” (CÂMARA, 2001: 200). A doutrina costuma mencionar três pressupostos processuais: juízo investido de jurisdição, partes capazes e demanda regularmente formulada. A ausência desses pressupostos justifica, como no caso em questão, a extinção do processo sem resolução do mérito.

Em outro processo, julgado pelo magistrado 4, o demandante ingressou com ação postulando o BPC por ser portador de paralisia cerebral congênita com tetraparesia espásticas. Alegou depender permanentemente do auxílio de terceiros e que o seu pedido dirigido ao INSS foi indeferido em virtude de seu pai possuir benefício previdenciário no valor de um salário mínimo. O magistrado determinou a realização de perícia médica. O demandante não compareceu ao exame, mas peticionou no processo justificando que sua ausência decorreu da impossibilidade, por estar muito debilitado, de ser transportado no dia da perícia. O juiz, então, determinou que o demandante informasse se persistia a impossibilidade de locomoção. O demandante não prestou essa informação. O magistrado que examinava este caso entendeu que a parte autora, apesar de regularmente intimada, não se manifestou segundo determinação do juízo. Desta forma, ao deixar de informar se persistia a impossibilidade de locomoção para que fosse realizada perícia residencial, tornou cabível a extinção do processo por abandono da causa, na forma do art. 267, III do Código de Processo Civil. Ressaltou o magistrado que, nos termos do § 1º do art. 51 da Lei 9.099/1995 que trata dos Juizados Especiais Cíveis, subsidiariamente aplicado aos Juizados Especiais Federais, a extinção do processo nos Juizados de ambos os tipos independe, em qualquer hipótese, de prévia intimação pessoal das partes.²⁹

²⁹ No âmbito da justiça comum é necessário determinar a intimação pessoal para dar andamento ao processo em quarenta e oito horas antes de extinguir o processo sem resolução do mérito (art. 267, § 1º do

Existe um consenso entre os magistrados entrevistados acerca dos motivos pelos quais os demandantes, após terem ingressado no Judiciário, deixam de cumprir certas determinações judiciais (promover a juntada de comprovante de endereço atualizado, não comparecimento à perícia judicial sem justificativa da ausência, não regularização da representação etc.) para que o processo tenha o seu curso normal. Eles destacam basicamente três motivos.

O primeiro motivo é a falta de informação acerca dos requisitos exigidos para a concessão do benefício. O segundo é a assistência deficiente prestada pelos patronos. Um dos magistrados exemplifica essa situação lembrando que advogados vão até associações de moradores, informam a população de uma determinada região sobre a possibilidade de ingressar com ação postulando determinado direito, ajuízam as demandas cabíveis, mas, depois, não querem mais voltar ali; se desinteressam pelas causas. O terceiro motivo é a possibilidade da pessoa ingressar e dar continuidade a ação no juizado sem a assistência de advogado. O requerente do BPC que ingressa com ação sem assistência de profissional habilitado muitas vezes não consegue sozinho eliminar os entraves que surgem no curso do processo, o que favorece a sua extinção.³⁰

Um dos magistrados entrevistados oferece uma sugestão, utilizada no direito penal, para a problemática que envolve o desempenho ou a ausência de advogado em causas que tramitam nos Juizados Especiais Federais. Se o juiz verificar que a parte está indefesa, porque não possui advogado ou porque o advogado não está defendendo seus interesses de forma adequada, o próprio magistrado nomearia um advogado. “Se a gente tivesse isso nesse tipo de processo do juizado seria melhor”, afirma ele.

Outro motivo, destacado apenas por um dos magistrados entrevistados, é o incentivo do próprio Poder Judiciário para a litigância. O magistrado afirma que já viu em juizados itinerantes petição inicial em que os requerentes deveriam fazer a marcação em um quadrado do benefício que pretendiam. Eles não recebiam maiores informações

Código de Processo Civil). Contudo, no procedimento dos juizados especiais, por força dos princípios que informam o seu funcionamento, principalmente o da simplicidade e o da informalidade, essa providência é desnecessária.

³⁰ A lei que disciplina os Juizados Especiais Federais estabelece que “as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.” (art. 10). Assim, nos Juizados Especiais Federais a presença de advogado é opcional, qualquer que seja o valor da causa. No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, apenas nas causas de até vinte salários mínimos a parte pode ingressar com a ação sem a assistência de advogado. Essa dispensabilidade da presença de advogado nos Juizados Especiais Federais “é ainda mais perversa do que nos Juizados Especiais Cíveis. Isso porque nos Juizados Especiais Cíveis Federais ter-se-á, no polo passivo da demanda, uma entidade pública federal, por conseguinte, na maioria dos casos o demandante não patrocinado por advogado estará litigando com quem é patrocinado pelo maior escritório de advocacia do Brasil (há quem diga mesmo que se trata do maior do Mundo): a Advocacia-Geral da União.” (CÂMARA, 2008: 222).

acerca desses benefícios e escolhiam aleatoriamente um deles. Esse tipo de petição inicial acaba acarretando a extinção do processo sem resolução do mérito.

Por fim, outro motivo mencionado, também por apenas um dos juízes entrevistados, é a pressão exercida pelas metas de casos julgados estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). De acordo com ele, vários juízes afirmam serem melhores porque têm menos processos:

Mas eu acho que isso não é parâmetro para você dizer se você é melhor. Se eu presto uma jurisdição mais adequada, eu resolvo meus processos e não tenho reclamação dos advogados, das partes, na ouvidoria. Não falam mal de mim por aí e tal. Ainda que eu tenha mais processos sob a minha jurisdição, sob a presidência do meu feito, talvez eu seja melhor do que o outro que tem 1/3 do que eu tenho, mas as pessoas saem chorando da sala de audiências dele. Entendeu? Então, assim, isso é caso concreto.

Em 2005, o CNJ instituiu o Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ) com o objetivo de realizar a coleta de informações precisas, padronizadas e confiáveis que possibilitem comparações, diagnósticos, análises estatísticas, mensurações e avaliações de desempenho ou produtividade de órgãos, unidades, magistrados e servidores. Estas informações servem para subsidiar a tomada de decisões no processo de planejamento e gestão estratégica das instituições do Judiciário (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012a)

A criação desse sistema teria feito com que se tornasse praxe, em alguns Juizados, a extinção dos processos sem resolução do problema do demandante, como nos casos acima mencionados. Essa prática possibilita o aumento do número de sentenças proferidas, já que o total de sentenças representa o somatório das sentenças com resolução e sem resolução do mérito da causa. Assim, a extinção do processo sem que o problema do demandante seja resolvido possibilita a diminuição do número de processos que tramitam no juízo, aumentando a estatística do total de sentenças proferidas.³¹ Isso, no entanto, não garante a efetiva prestação jurisdicional. Afinal, o

³¹ Os presidentes ou representantes dos tribunais do país, reunidos em Porto Alegre/RS, dias 17 e 18 de novembro, durante o V Encontro Nacional do Judiciário, definiram algumas metas para o Judiciário brasileiro alcançar em 2012. Dentre essas, merece destaque a Meta 1 que determinou o julgamento de mais processos de conhecimento do que os distribuídos em 2012 e a Meta 2 que determinou o julgamento, até 31/12/2012, de pelo menos, 80% dos processos distribuídos em 2007, no STJ; 70%, de 2008 a 2009, na Justiça Militar da União; 50%, em 2007, na Justiça Federal; 50%, de 2007 a 2009, nos Juizados Especiais Federais e Turmas Recursais Federais; 80%, em 2008, na Justiça do Trabalho; 90%, de 2008 a 2009, na Justiça Eleitoral; 90%, de 2008 a 2010, na Justiça Militar dos Estados; e 90% em 2007, nas Turmas Recursais Estaduais, e no 2º Grau da Justiça Estadual. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012 b)

que importa para o jurisdicionado é a solução do conflito de interesses, com o deferimento ou indeferimento do benefício assistencial.

3.1.1.2 - Extinção do Processo pelo não comparecimento à perícia médica judicial

Antes de analisarmos a extinção do processo em razão do não comparecimento do demandante à perícia médica judicial, é oportuno fazermos uma reflexão acerca das atribuições dessa perícia.

Ao perito médico judicial cabe utilizar seus conhecimentos clínicos para expor ao juiz a situação de saúde do demandante, avaliando a existência de impedimento de longo prazo – aquele que produz efeitos pelo prazo mínimo de dois anos – para fins de concessão do BPC. O perito médico deve verificar a existência de doenças incapacitantes e aspectos relativos à integridade das funções do corpo. Deve, igualmente, fazer uma análise da capacidade de aprendizagem e aplicação de conhecimento; realização de tarefas e demandas gerais; comunicação, mobilidade e cuidado pessoal.

Não podemos abstrair as dificuldades que alguns reclamantes enfrentam para comparecer ao exame pericial. É possível que o demandante em razão da idade avançada, em virtude da dificuldade de locomoção ou por motivo de força maior, como, por exemplo, uma internação hospitalar, não possa comparecer à perícia.

Nesse caso, é importante que o juízo seja comunicado o quanto antes. Isto permite um melhor aproveitamento da agenda do perito judicial, garantindo a efetividade e celeridade na prestação jurisdicional. Além do mais, essa comunicação possibilita que o magistrado tome conhecimento dos motivos que levaram o demandante ao não comparecimento, podendo adotar as medidas cabíveis ao caso.

Uma das medidas cabíveis é a realização de perícia residencial. A título de exemplo vale retomarmos o caso concreto em que o demandante informou ao juízo que não seria possível comparecer à perícia designada em razão da impossibilidade física de ser transportado. Alegou que a dificuldade de acesso ao transporte público exige a contratação de transporte particular. Tal contratação, por sua vez, implicaria em custos que a família não tem condições financeiras de arcar. Com efeito, o magistrado determinou a intimação do demandante para que este informasse sobre a persistência da impossibilidade de locomoção e, então, fosse realizada perícia residencial.

Outra solução cabível para a hipótese em que o demandante não tem condições de comparecer ao exame pericial é a perícia indireta. Esse tipo de perícia é utilizada, por

exemplo, quando o segurado da Previdência Social falece antes da data agendada para a perícia médica judicial, em ação ajuizada para a concessão de benefício por incapacidade. Contudo, ela pode ser utilizada, analogicamente, também em demanda envolvendo o BPC. Assim, uma vez comprovado que o juizado não dispõe de estrutura que possibilite o deslocamento do perito até a residência do periciado, nada impede que, em caráter excepcional, seja realizada perícia indireta, mesmo na hipótese de o demandante estar vivo, mas totalmente impossibilitado de comparecer ao local do exame médico pericial. Nesse caso, o representante do demandante deve comparecer à perícia judicial, munido de toda documentação médica pertinente disponível.

Há posicionamentos no sentido de que a perícia domiciliar e a perícia indireta são incompatíveis com o rito dos juzados especiais. Entendo que, apesar dos princípios informadores dos juzados especiais, especialmente os da simplicidade, da celeridade e do informalismo, é perfeitamente possível a realização dessas perícias no procedimento dos juzados especiais, com o objetivo de solucionar o conflito de interesses garantindo ao jurisdicionado a efetiva tutela jurisdicional. A adoção de procedimentos como esses mostram-se perfeitamente factíveis de realização, caracterizando-se como importantes elementos de prova para a formação de convencimento do magistrado, não podendo ser descartados.

Existe um consenso entre os magistrados entrevistados no sentido de que a perícia médica é indispensável para a solução da demanda envolvendo o BPC. “A perícia é fundamental para apreciar a existência de um dos pressupostos fáticos para a concessão do benefício.”, esclarece um dos entrevistados. Contudo, um desses magistrados dispensa a realização da perícia médica em uma determinada situação excepcional, qual seja, quando nos autos consta o prontuário do paciente de algum hospital de referência, como o Instituto Nacional do Câncer (INCA) ou o Instituto Nacional de Cardiologia (INC). Esclarece o magistrado que não é meramente um prontuário do SUS, mas sim o prontuário de alguma instituição de excelência. Por fim, conclui que se, de um lado, o INSS insistir que seja realizada perícia judicial, ele, por outro, exige que seja apontado o ponto controverso daquele documento apresentado pela parte.

Dessa forma, considerando a relevância do exame pericial para a concessão do BPC, sendo indispensável a sua realização para a solução da demanda, entendemos que caso o autor deixe de comparecer à perícia sem justificar o motivo de sua ausência, restaria comprovada a falta de interesse no prosseguimento da ação, configurando o

abandono de causa. Nesse caso, o processo poderá ser extinto sem resolução do mérito, na forma do art. 267, III do Código de Processo Civil.³²

3.1.1.3 - Extinção do processo por incompetência territorial³³

Todos os órgãos do Poder Judiciário exercem função jurisdicional. Entretanto, existe uma divisão de trabalho feita através da regra de distribuição de competência. Essa regra estabelece os limites em que cada órgão jurisdicional pode legitimamente exercer sua função estatal, sendo certo que o exercício da função jurisdicional em desacordo com esses limites faz com que o juízo seja considerado incompetente para o processamento da demanda. (CÂMARA, 2001:83).

Nesse diapasão, é possível “definir a competência como o conjunto de limites dentro dos quais cada órgão do Judiciário pode exercer legitimamente a função jurisdicional.” Dito de outra forma, “embora todos os órgãos do Judiciário exerçam função jurisdicional, cada um desses órgãos só pode exercer tal função dentro de certos limites estabelecidos por lei”. (CÂMARA, 2001:83).

A Justiça Federal possui jurisdição em todo território nacional. Com o fenômeno da interiorização, as Seções Judiciárias foram sendo subdivididas objetivando, dessa forma, facilitar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário. As novas Varas Federais e Juizados Especiais criados no interior, com o objetivo de garantir o acesso à Justiça, recebem uma parcela da competência territorial da Seção Judiciária.

A criação dessas novas Varas e Juizados no interior do país representa uma forma de afirmação da cidadania na medida em que aproxima a população da Justiça. Os cidadãos não precisarão se deslocar para as capitais dos estados com o objetivo de propor determinada demanda judicial. Assim, a interiorização da Justiça Federal garante a democratização do acesso à Justiça, facilitando e agilizando a solução dos conflitos de interesses.

Conforme estabelece o art. 3º, § 3º da Lei 10.259/01, a competência do Juizado Especial Federal é de natureza funcional territorial e, portanto, absoluta. Em razão disto, não pode o demandante sujeito à jurisdição de uma determinada Vara Federal ou Juizado Especial deslocar a sua causa para outra Seção Judiciária. Dessa forma, caso o

³² Cabe pontuar que talvez, em algumas situações, o nome jurídico empregado para extinguir o processo na hipótese de não comparecimento ao exame pericial, isto é, “abandono de causa”, não seja compatível com a realidade enfrentada pelo demandante.

³³ Incompetência territorial diz respeito ao ajuizamento de um processo em lugar errôneo.

demandante tenha domicílio em local abrangido pela competência de outro Juizado Especial o processo deve ser extinto sem resolução do mérito.

A possibilidade de o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito caso o demandante tenha ingressado com a ação em local diverso daquele previsto na legislação como o competente não alcança apenas ações envolvendo o BPC. Com efeito, alcança qualquer ação de natureza previdenciária ajuizada no Juizado Especial Federal. Cabe também destacar que, desde 2010, essa questão encontra-se pacificada através do Enunciado 71 das Turmas Recursais da Seção do Rio de Janeiro, segundo o qual “é absoluta a competência do Juizado Especial Federal do domicílio da parte autora, inclusive nas ações previdenciárias e assistenciais, nos termos do art. 3º, § 3º da Lei 10.259/01”. Contudo, no período em que muitas das sentenças analisadas nesta dissertação foram proferidas existia acirrada discussão acerca do tema, justificando dessa forma o exame da questão.

Segundo o magistrado 1, a chamada interiorização da Justiça Federal, com a criação de novas Varas Federais e Juizados Especiais com sede fora da capital do estado, “leva em conta a necessidade de melhor distribuir a demanda pelos serviços jurisdicionais, e não, simplesmente, a conveniência manifesta, mas contraditória das partes, que precisam se deslocar de sua residência à Capital do Estado.” Ele conclui que a interiorização da Justiça Federal tem como estratégia atender à população de forma melhor e mais eficiente, “aproximando os órgãos judiciais dos jurisdicionados, potencializando, desta forma, a garantia do acesso ao judiciário preconizada pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição.” Assim, deve “a demanda em que os autores têm domicílio no local abrangido pela competência de outro juizado, possuindo o réu representante legal neste local, aí ser processada.”

Adotando esse mesmo raciocínio, afirma o magistrado 2 que “a opção pelo foro do Rio de Janeiro somente é válida se este for a sede de Juizado Especial Federal mais próxima do local onde, em princípio, deveria ser proposta.” Segundo ele, é verdade que os Juizados Especiais Federais foram criados para facilitar o acesso à Justiça, na perspectiva de impor celeridade e economia processual às demandas. Contudo, não é menos verdadeiro que os princípios que informam os juizados não podem ser utilizados para afastar regra de competência territorial. “Pelo contrário, legitimam-nas, no sentido de promover a proximidade do juízo com as partes, elementos de provas e demais fatos e procedimentos relacionados ao processo (...).” Dessa forma, conclui que se o autor possui domicílio em município sede de Subseção Judiciária em que já há instalado

Juizado Especial Federal não pode propor a demanda em foro diverso, sob pena de assim agindo estar violando regra constitucional que estabelece o princípio do juiz natural.³⁴

Para o magistrado 3 o fenômeno da interiorização da Justiça Federal tem como objetivo garantir ao jurisdicionado, de maneira mais rápida e eficaz, o acesso à Justiça. “A subdivisão do foro federal atende à necessidade premente de distribuir de forma equânime os feitos pelas diversas Varas e Juizados Federais da Seção Judiciária, de forma a tornar efetiva a prestação jurisdicional.” Esclarece ainda que a regra que estabelece a competência do local do domicílio do autor, somente admitindo o deslocamento para o juizado mais próximo onde não houver Vara Federal, é norma de ordem pública, que não pode deixar de ser utilizada em razão da conveniência do demandante. Com efeito, caso o autor não observe essa regra, impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito.

Seguindo a mesma linha de raciocínio traçada pelos outros julgadores, o magistrado 4, entende que se a parte autora tem domicílio em local sede de Juizados Especiais e Varas Federais, configura-se a incompetência dos Juizados Especiais Federais da capital, ante o disposto no art. 20 da Lei 10.259/2001, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito.

Existe um consenso entre os magistrados entrevistados sobre os motivos que levam uma pessoa a se deslocar da sua residência até a capital para propor uma ação postulando o BPC: a celeridade. Um dos entrevistados esclarece melhor essa questão, afirmando que no interior o juiz lida com ações de diversas matérias (criminal, administrativa, cível etc.) e, na tentativa de “botar as coisas em dia”, muitas vezes o juizado fica para segundo plano. Para ele, nem todo mundo gosta de juizado:

Tem que gostar de lidar com gente, com a miséria humana, com a desgraça, com a história de chorar e rir, enfim tem que gostar disso. Se o cara não gosta muitas vezes a prestação jurisdicional além de estar atrasada por falta de condições, ela é prestada de uma forma que afugenta.

Além disso, seria mais cômodo para o advogado que patrocina a causa ajuizar a demanda na capital, pois é o lugar onde a grande maioria possui escritório. “Se você vai ter que entrar lá [no interior], mas você trabalha muitas vezes no Rio de Janeiro, seu

³⁴ O princípio do juiz natural estabelece que apenas o juiz previamente constituído, de acordo com regras objetivas, tem competência para julgar determinada causa. A Constituição, ao proibir a criação de juízo ou tribunal de exceção e ao determinar que ninguém seja julgado senão pela autoridade competente, garante imparcialidade ao juiz e segurança jurídica ao jurisdicionado contra eventuais arbitrariedades do Estado.

advogado está aqui, no horário comercial você está aqui. Então, você vai tentar desviar a ação para cá”, destaca um dos entrevistados.

Outro magistrado menciona, ainda, a possibilidade de o juiz do interior ser “um defensor intransigente do critério legal”, fazendo com que o jurisdicionado opte por ajuizar a ação na capital. A fala do entrevistado ajuda compreender melhor essa percepção:

Num desses congressos de direito previdenciário, constatei que a decisão nos casos de LOAS resvala para o lado ideológico. O que se está em discussão é o próprio papel do Estado. Alguns juízes adotam uma linha mais promocional na linha do Estado Social, o que se manifesta no emprego de outros elementos além do critério legal para a apreciação da miserabilidade. De outro lado, há defensores de um Estado Liberal mínimo, o que se exterioriza na celebração do critério do um quarto do salário mínimo como sendo o único adequado para a apreciação da miserabilidade. Talvez o juiz do interior seja um defensor intransigente do critério legal, o que leva o jurisdicionado até a capital.

3.1.1.4 - Extinção do processo por falta de requerimento administrativo

No quarto bloco encontram-se os processos extintos em razão da falta de requerimento administrativo prévio ao ajuizamento da ação, não tendo havido, portanto, resistência por parte da Administração Pública.³⁵

O marco inicial da discussão deste tema pode ser atribuído à Súmula 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos. Essa súmula estabelecia que “o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária”. Numa interpretação literal poder-se-ia entender que é dispensado o esgotamento da via administrativa, exigindo-se apenas a simples resistência administrativa à pretensão do requerente para o ingresso com ação judicial. Contudo, analisando algumas decisões que deram origem à súmula, é possível concluir que era dispensado até mesmo o requerimento inicial do benefício.

Esse posicionamento, no entanto, não teve aceitação passando a prevalecer o entendimento de que o prévio requerimento administrativo é indispensável para o ajuizamento de demanda no Judiciário. Sobre isso merece destaque manifestação

³⁵ Para que uma ação seja exercida validamente é necessário que o demandante preencha determinadas condições. São as chamadas condições da ação, definidas como “requisitos exigidos para que o processo possa levar a um provimento final, de mérito.” (CÂMARA, 2001: 107). A doutrina enumera três condições da ação: legitimidade das partes, interesse de agir ou processual e possibilidade jurídica do pedido. “A ausência de qualquer delas leva à prolação de sentença terminativa, ou seja, sentença que não contém resolução do mérito da causa, o que acarreta a chamada *extinção anômala do processo*.” (CÂMARA, 2011: 109).

recente da Segunda Turma do STJ, no Recurso Especial 1.310.042-PR, de maio de 2012, no sentido de que não há interesse processual em ingressar com ação judicial para obter o benefício, sem que haja prévia resistência administrativa à pretensão do requerente. O relator do processo, Ministro Herman Benjamin, afirmou que “o Poder Judiciário é a via destinada à resolução dos conflitos, o que também indica que, enquanto não houver resistência do devedor, carece de ação aquele que judicializa sua pretensão.” De acordo com o relator, “o Judiciário está assumindo, ao afastar a obrigatoriedade de prévio requerimento administrativo, atividades de natureza administrativa, transformando-se – metaforicamente, é claro – em agência do INSS.”. O Ministro destacou que não se trata de exigir o exaurimento administrativo, mas apenas a resistência notória da autarquia.³⁶

Ressalte-se que, de acordo com a posição da Segunda Turma do STJ, não se exige o exaurimento da via administrativa. Exaurir significa esgotar, portanto, o requerente não está obrigado a percorrer todas as instâncias administrativas para somente depois buscar em juízo a concessão do benefício assistencial.³⁷

Os magistrados entrevistados apontam dois motivos determinantes para os requerentes não ingressarem previamente com requerimento administrativo pleiteando o BPC: a maior celeridade e o melhor atendimento na Justiça e o perfil mais concessivo do Judiciário. Nas palavras de um dos entrevistados “a Justiça é muito mais confiável que o INSS e o postulante pretende receber logo a palavra definitiva a respeito.”

Os quatro magistrados extinguem o processo sem resolução do mérito quando o demandante ingressa diretamente no Judiciário com ação para obter o BPC sem a resistência administrativa prévia.

De acordo com o magistrado 1, é imprescindível a configuração do conflito de interesses para a propositura de ação judicial visando a proteção do direito da parte. Somente haverá conflito de interesses se o demandante, requerendo administrativamente o BPC, tiver o seu pleito indeferido ou se a autarquia se recusar a apreciá-lo. Contudo, enfatiza que não é necessário o exaurimento da via administrativa para ingressar com

³⁶ O Ministro Benjamin, ainda, afastou a repercussão geral declarada pelo STF no Recurso Extraordinário 631.240, ao argumento de que a solução da controvérsia em debate não envolve direito constitucional, previsto no art. 5º, XXXV (princípio da inafastabilidade da jurisdição). A resolução do problema se restringe ao âmbito infraconstitucional, uma vez que a controvérsia não gira em torno do direito de ação, mas sim da análise das condições da ação (no caso o interesse de agir) previstas na legislação processual.

³⁷ Cabe esclarecer que a possibilidade de o juiz extinguir o processo sem resolver o mérito da causa, caso o demandante não tenha ingressado anteriormente com requerimento administrativo perante o INSS, alcança não apenas ações envolvendo o BPC, mas também qualquer ação de natureza previdenciária.

ação judicial pleiteando o benefício, vale dizer, não é necessário que o autor “esgote todos os recursos administrativos e percorra todas as instâncias administrativas para que possa deduzir sua pretensão em juízo, já que a decisão de primeira instância administrativa, por si só, já lesa o seu direito.” Enfatiza, ainda, que, a predominar o entendimento segundo o qual é possível ingressar com ação sem a prévia resistência administrativa, corre-se o risco de transformar “o Poder Judiciário em órgão normal e ordinário para a concessão de benefícios, dificultando a prestação jurisdicional nos casos em que ela é efetivamente necessária.” Ademais, adverte que o Brasil é um país carente de recursos e de eficiência em sua máquina estatal, nos três Poderes. Assim, o ingresso direto com ação no Judiciário daria ao jurisdicionado “o luxo” de ter duas vias para postular o benefício, a administrativa e a judicial, que seriam escolhidas segundo o seu exclusivo arbítrio.

O magistrado 1 esclarece que a sua posição não viola o art. 5º, XXXV da Constituição que traz o princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. Em primeiro lugar, porque se o autor não formulou requerimento administrativo não é possível falar-se em lesão de direito. Em segundo lugar, porque uma vez rejeitado seu pedido formulado na esfera administrativa, não haverá qualquer obstáculo para propositura de ação judicial. Por fim, para reforçar ainda mais seus argumentos, ele destaca o teor da resposta do INSS ao Ofício 110/2004 encaminhado pelo juízo onde é titular, que aponta que 97,32% dos benefícios previdenciários em manutenção são concedidos administrativamente. Dessa forma, seria inexpressivo o percentual de indeferimentos administrativos para que se possa afirmar aprioristicamente que, em qualquer caso, o INSS irá negar a pretensão do autor e que essa é uma atitude rotineira.

O magistrado 2 entende que é conveniente para o demandante, a Administração Pública e a Justiça a existência de prévio requerimento administrativo. Em primeiro lugar porque “assim a parte não corre o risco de ver sua demanda malsucedida por entender o julgador, de primeiro ou segundo grau, que tal providência é imprescindível.” Em segundo lugar, porque o acolhimento do pleito administrativo gera ganho de tempo para o requerente e alívio da abarrotada Justiça. Em terceiro lugar, porque cabe ao Poder Judiciário “a aplicação secundária da Lei e não a substituição dos administradores no cumprimento de suas atribuições.” Para esse magistrado, nos casos de alegação de que o servidor do INSS se recusou a receber o requerimento

administrativo, deverá o demandante fornecer o nome do servidor, sua matrícula funcional, horário de atendimento, a Agência da Previdência Social onde se deu o fato e o motivo indicado para o não recebimento. Isso porque, através dessas informações, o juízo terá dados concretos para tomar as devidas providências nas esferas criminal e administrativa.

O magistrado 3 adota o entendimento previsto no Enunciado 77 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJEF), segundo o qual “o ajuizamento da ação de concessão de benefício da seguridade social reclama prévio requerimento administrativo.” Ele sustenta que sem a comprovação do efetivo requerimento administrativo visando a concessão do BPC, não há que se falar em lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo, razão pela qual impõe-se a extinção do processo sem resolução do mérito por falta de interesse. De acordo com ele, não se pode descaracterizar o exercício da função jurisdicional, transformando o Judiciário em extensão dos órgãos administrativos previdenciários.

O magistrado 4 acolhe entendimento igual ao do magistrado 3. Ele destaca que não se exige o exaurimento da via administrativa para ingresso no Judiciário.

Além das razões apontadas pelos magistrados para que os requerentes ajuízem ações sem ingressarem previamente com requerimento administrativo para a concessão do BPC, destacamos o descrédito da população na análise administrativa, uma vez que historicamente os administrados expressam uma desilusão com o Poder Executivo. Nesse contexto, a atuação desse Poder é vista como insatisfatória e o Judiciário assume a posição de “guardião das promessas” (GARAPON, 1996: 35), isto é, a única autoridade a quem ainda é possível pedir “salvação”.

É possível afirmar que no Brasil há dois segmentos de miseráveis com condições de vida relativamente distintas. O primeiro é formado por aqueles que não têm acesso a nenhum tipo de informação, portanto, não têm certidão de nascimento, carteira de identidade, certidão de casamento ou carteira de trabalho. Não pagam conta de água, energia elétrica e telefone, uma vez que sequer têm endereço. Podemos chamar esse primeiro segmento de “mais miserável entre os miseráveis”. Por sua vez, o segundo segmento, embora miserável, tem acesso a algum tipo de informação, normalmente prestada por uma rede primária de apoio (amigos, vizinhos, parentes etc.) que, apesar de também possuir limitações, são pessoas com um volume maior de capital. Estas pessoas possuem pelo menos um documento de identificação pessoal e embora muitas

delas não efetuam pagamento de conta de água, energia elétrica e telefone, têm endereço fixo.

Sustentamos que apenas as pessoas que compõem esse segundo segmento conseguem ingressar com demanda perante o Poder Judiciário para postular o BPC. Isso porque a população “mais miserável entre os miseráveis”, por encontrar-se em situação de extrema vulnerabilidade, sequer consegue ter acesso às informações necessárias para postular judicialmente o benefício assistencial. Se eventualmente consegue ingressar com ação judicial, não consegue suplantar os empecilhos (comparecimento ao exame pericial, apresentação de comprovante de residência atualizado, regularização da representação processual, comprovação de prévio requerimento administrativo, ajuizamento da demanda no lugar correto, dentre outros) que surgem no curso do processo para receberem uma resposta do Poder Judiciário.

3.1.1.5 - A flexibilização do critério objetivo de renda para concessão do BPC

Vimos anteriormente que um dos requisitos para a concessão do BPC está relacionado à renda *per capita* familiar, que deve ser inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente. Esse é um dos critérios de elegibilidade que mais tem sido questionado no âmbito judicial. Vamos analisar alguns casos concretos, solucionados pelos magistrados, que servirão para identificar as concepções que estes magistrados têm sobre estes critérios e sobre a miséria e a pobreza.

O magistrado 1 entende que o critério de renda estabelecido pelo legislador é um valor referencial para presunção. “Quem está abaixo de $\frac{1}{4}$ e comprova que está abaixo de $\frac{1}{4}$, se presume que tem direito e pronto.” Se a renda estiver entre $\frac{1}{4}$ e $\frac{1}{2}$ do salário mínimo o magistrado entende que ainda é razoável fazer a concessão. Agora, se estiver acima de $\frac{1}{2}$ do salário mínimo ele não vê como conceder o Benefício, a não ser que, numa situação concreta, fique demonstrada a necessidade. Ele entende que o judiciário não pode passar a ser um substituto dos outros dois Poderes, um criador das políticas públicas em geral.

A seu ver, na análise da renda *per capita* familiar deve ser utilizado critério mais vantajoso previsto em duas leis que não tratam especificamente do BPC, mas que pode ser aplicado, por analogia, a esse Benefício. A primeira lei mencionada pelo juiz é a Lei 9.533/1997 (art. 5º, I) que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas e prevê como parâmetro para aferição da miserabilidade o valor de $\frac{1}{2}$

do salário mínimo. A segunda legislação utilizada por ele é a Lei 10.689/2003 (art. 2º, § 2º) que, ao instituir o Programa Nacional de Acesso à Alimentação, também utiliza como referência o valor de ½ do salário mínimo. Afirma o magistrado 1 que, apesar dos referidos dispositivos legais não cuidarem especificamente do BPC, “demonstram que o legislador admitiu, para os fins da aferição da necessidade de amparo social, que a renda *per capita* familiar inferior a ½ salário mínimo pode ser utilizada como parâmetro para a demonstração da miserabilidade.”

Em um dos processos julgado pelo magistrado 1 o requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de ser pessoa idosa sem renda suficiente para sobreviver. Durante a tramitação do processo foram realizadas diversas diligências pelo oficial de justiça com o objetivo de verificar se o demandante efetivamente morava no endereço comercial declarado na petição inicial. Certificou o oficial de justiça que realmente o demandante não possuía residência própria, apenas dormia, de favor, no referido endereço, localizado em Copacabana, sendo que não existia grau de parentesco do proprietário e demais funcionários com o mesmo. Além disso, certificou o oficial de justiça que o demandante realizava “bicos”, com os quais auferia renda variável, cujo maior valor mensal informado no curso dos autos foi de 39% do salário mínimo.

Para o magistrado 1, essa situação apresentada nos autos era extremamente especial. Isso porque, a hipótese seria de potencial morador de rua que apenas não se concretizou em razão da ajuda prestada pelo proprietário do estabelecimento comercial que, no entanto, ante a ausência de obrigatoriedade, poderia cessar a qualquer momento. Pondera que “a idade avançada (71 anos) torna ainda mais grave sua situação, já que mesmo os “bicos” que realiza para sobreviver em pouco tempo provavelmente não mais os poderá fazer.”

Neste julgamento o juiz realizou uma avaliação prospectiva da situação apresentada pelo demandante. Ao concluir que os “bicos” feitos pelo demandante em pouco tempo não poderão ser mais realizados, antecipou fatos futuros, baseando-se neles para subsidiar a sua tomada de decisão.

Outro julgamento realizado pelo magistrado 1 chamou nossa atenção. Neste caso, o requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de ser portador de psicose esquizofrênica contínua, não tendo condições de exercer atividade laborativa e responsabilizar-se por seus atos. Afirmou residir com uma irmã portadora de síndrome do pânico, um irmão portador de problemas neurológicos e uma sobrinha. De acordo com o demandante, apenas a irmã tinha renda, proveniente de auxílio-doença, no valor

de R\$ 520,00 (quinhentos e vinte reais), sendo que esse valor não era suficiente para manter quatro pessoas.

A avaliação social foi feita por assistente social. Procedida a pesquisa das condições socioeconômicas do demandante e de seu núcleo familiar, a assistente social verificou que efetivamente com ele residiam sua irmã, seu irmão e uma sobrinha. De acordo com a assistente social, a casa de alvenaria possuía cinco cômodos em bom estado de conservação e limpeza, sendo o local considerado pelas autoridades policiais como de alto risco. Por fim, afirmou a assistente social que o irmão do autor recebia BPC, devido a retardo mental grave, e a irmã vendia cosméticos com ganhos em torno de R\$ 200,00 (duzentos reais) mensais.

Designado o exame pericial, o perito médico nomeado pelo juízo atestou que o demandante era realmente portador de esquizofrenia paranóide, desde 1992, sendo total e definitivamente incapaz.

O magistrado 1 julgou procedente a pretensão do demandante, condenando o INSS a conceder o BPC, bem como a pagar os atrasados desde a data do requerimento administrativo. Afirmou que deixou de considerar a irmã e a sobrinha na aferição da renda *per capita* familiar por não se enquadrarem no conceito de família disposto no art. 20 da LOAS. Com relação ao irmão do demandante, apesar de o magistrado ter considerado que o mesmo pertencia ao núcleo familiar nos termos da LOAS (já que era inválido), deixou de considerar a renda de um salário mínimo recebida por ele, através do BPC, ao argumento de que “benefícios assistenciais não devem ser computados para fins de aferição da miserabilidade do autor.”

Verificamos que no julgamento desse caso que o magistrado mudou o critério de miserabilidade por ele próprio estabelecido. O valor de $\frac{1}{2}$ salário mínimo fixado como parâmetro para concessão do BPC não foi observado no caso concreto. Se o núcleo familiar era composto pelo demandante e seu irmão, sendo que este recebia benefício assistencial no valor de um salário mínimo, é forçoso concluir que a renda *per capita* familiar era exatamente igual a $\frac{1}{2}$ do salário mínimo, hipótese em que o Benefício deveria ter sido indeferido. Contudo, o magistrado considerou presente os requisitos legais para concessão do BPC. Após entrevistá-lo, foi possível compreender melhor os motivos pelos quais procedeu ao julgamento dessa forma. Para ele, o requerente do BPC que tem renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo é miserável, “de $\frac{1}{4}$ a $\frac{1}{2}$ é um pobre, mas é um pobre que no caso concreto pode demonstrar uma situação análoga para conceder o benefício.” Acima de $\frac{1}{2}$ o magistrado não encontra base legal

para a concessão, a não ser que a prova concreta constante dos autos demonstre a necessidade. Portanto, apenas em situações excepcionais esse magistrado concede o BPC para o requerente que possui renda familiar acima de ½ do salário mínimo.

O magistrado 3 reconhece o caráter vinculante da decisão do STF quanto à compatibilidade do dispositivo da LOAS, que estabelece um critério objetivo de renda, com a Constituição. Ao mesmo tempo, reconhece a existência de uma nova orientação de alguns membros daquela Corte atinente à comprovação da miserabilidade. Ele ressalta que, no Informativo nº 454 da jurisprudência do STF, restou consignado no voto do Ministro Gilmar Mendes que o anterior reconhecimento da constitucionalidade do limite máximo da renda familiar de ¼ do salário mínimo “não implica inexorável reconhecimento acerca da não existência de outras situações concretas que impusessem atendimento ao art. 203, inciso V da Constituição Federal, ainda que em detrimento de eventual não perfeita subsunção àquela norma.”

Para reforçar sua argumentação o magistrado 3 menciona diversos outros diplomas legais, posteriores à promulgação da LOAS, que deram maior elasticidade ao conceito de miserabilidade para fins de concessão de benefícios assistenciais: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Programa Bolsa Escola; a Lei 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituíram programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas; assim como o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

Em um dos processos julgados pelo magistrado 3, o requerente ingressou com ação postulando o BPC argumentando ser portador de esquizofrenia paranoide com distúrbios psiquiátricos, quadro psicótico grave, delírios de cunho persecutório, alteração da consciência do eu, alucinações auditivas imperativas, embotamento afetivo, consciência de morbidade parcial e heteroagressividade. Alegou viver com a mãe, um irmão, uma irmã e uma sobrinha menor, sendo que apenas a mãe possuía renda decorrente de benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição.

A avaliação social foi feita por oficial de justiça. De acordo com esse profissional, realmente o núcleo familiar era composto pelas pessoas mencionadas pelo autor. Afirmou ainda que a família vivia em situação bastante precária e que o endereço ficava em local de risco, com atividades criminosas de venda de entorpecentes nas proximidades. Designado o exame pericial, o perito médico nomeado pelo juízo atestou que o demandante era portador esquizofrenia paranóide, patologia geradora de

incapacidade total e definitiva para o exercício de atividades profissionais e, ainda, para os atos da vida civil.

O magistrado, então, julgou procedente o pedido formulado pelo demandante concedendo o benefício assistencial ao argumento de que a hipossuficiência econômica restou provada. De acordo com o juiz, a renda familiar era constituída apenas pela aposentadoria por tempo de contribuição no valor de um salário mínimo recebida pela mãe, “não sendo encontrados quaisquer registros de atividades laborativas e/ou benefícios previdenciários seja em nome do demandante e do restante da família.”

Quando a sentença em apreço foi proferida, “família” eram as pessoas elencadas no art. 16 da Lei 8.213/1991, desde que vivessem sob o mesmo teto. Nesse rol não constava o irmão maior, nem sobrinho. O magistrado fez uma interpretação elástica do dispositivo legal e incluiu os irmãos maiores e o sobrinho no conceito de família. Ao fazê-lo, não utilizou o conceito legal de família no cálculo da renda familiar *per capita* previsto na LOAS à época da elaboração da sentença. Esse conceito de grupo familiar para fins de concessão do BPC, tido como restritivo, difere de outras definições de família previstas no ordenamento jurídico.

No caso concreto solucionado pelo magistrado 3, adotando-se o conceito legal vigente à época, a família do demandante era composta por ele e sua mãe. Como a genitora do autor recebia benefício previdenciário de aposentadoria por tempo de contribuição, no valor de um salário mínimo, a renda *per capita* familiar era superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, razão pela qual o pedido poderia ter sido considerado improcedente.

O conceito de família adotado pelo intérprete influencia diretamente no cálculo da renda *per capita*, e, conseqüentemente, na concessão do BPC. Como dissemos anteriormente, a definição de família prevista na LOAS passou por algumas modificações ao longo do tempo. Em sua redação original entendia-se por família a unidade mononuclear cuja economia era mantida pela contribuição de seus integrantes, desde que as pessoas vivessem sob o mesmo teto. Em 1997, por força de uma medida provisória, posteriormente convertida em lei, a definição de família foi alterada. Adotou-se, por empréstimo, o conceito de família utilizado na previdência. Essa definição, que permaneceu em vigor até 2011, recebeu inúmeras críticas. Muitos defendiam a ideia de que era necessária uma mudança no conceito de família, já que o conceito originado no sistema previdenciário não atendia aos objetivos do BPC.

A fim de subsidiar a decisão por mudar ou não mudar o conceito de família, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) realizou um estudo buscando estimar como tal mudança afetaria o Benefício. Isso porque “uma mudança desse tipo pode gerar custos sociais, fiscais e administrativos elevados, a depender de sua magnitude”. O estudo parte do pressuposto de que “para os objetivos de assistência financeira às pessoas, como é o caso do BPC, é razoável entender sustento como consumo de bens essenciais e assim entender família como uma unidade de consumo.” (MEDEIROS ET. COLS., 2009: 7-8).

Esse estudo mostra que a inclusão de outros membros da família no conceito, considerada a noção de família mais ampla como grupo de consumo, em alguns casos, poderia aumentar a renda *per capita* familiar, excluindo alguns requerentes. Em outros casos, essa inclusão poderia diminuir a renda *per capita* familiar, ampliando o número de beneficiários potenciais. Ainda de acordo com o estudo, “a mudança conceitual tem muito mais efeito sobre a distribuição dos elegíveis do que sobre seu volume agregado”. (MEDEIROS, ET COLS., 2009: 16). Ainda que tenha sido esse o resultado do estudo do IPEA, o legislador entendeu ser conveniente promover a mudança no conceito de família. Hoje, a família é entendida como o grupo composto pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Para o magistrado 4, o Poder Legislativo tinha que eleger algum critério de renda para definir a miserabilidade, por isso criou esse de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Adverte, no entanto, que “se fosse respeitado a ferro e fogo, como quis o STF na sua primeira decisão a respeito, o benefício não seria capaz de cumprir a sua função constitucional”. Entende ele que a miserabilidade é pressuposto fático para a concessão do BPC, sendo que a pobreza não justifica a sua concessão. Contudo, “é difícil estabelecer um critério fixo de distinção, sobretudo sem a elaboração de laudos sociais por assistentes sociais. A verdade é que o julgamento da miséria de um indivíduo é a apreciação mais difícil e delicada no âmbito dos JEFs.”

De acordo com esse magistrado, apesar de o art. 20, § 4º da LOAS considerar incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência física ou idosa a família cuja renda *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, a renda familiar não deve constituir condição indispensável para a concessão do BPC, tendo em vista que essa exigência não está prevista na Constituição.

Argumenta o magistrado 4 que a Carta Magna, ao adotar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, assegura aos indivíduos a fruição de um conjunto de prestações materiais mínimas que lhes garantam uma vida digna. “Desse conjunto básico, denominado mínimo existencial, faz parte a assistência aos desamparados, a qual encontra proteção, em um dos seus aspectos, no art. 203, V da CRFB.” Com efeito, para ele cabe ao aplicador do Direito, com base no princípio da razoabilidade, deixar de aplicar norma legal que restrinja direito constitucional assegurado, já que o dispositivo constitucional deve ser interpretado de forma a conferir-lhe maior eficácia. Dentro dessa linha de pensamento, entende o magistrado 4 que, fazendo uma interpretação conforme a Constituição, o art. 20, § 4º da LOAS não estabelece um requisito para a concessão do benefício assistencial, mas apenas um limite mínimo para a configuração da miserabilidade do requerente.

Em outro dos processos julgados pelo magistrado 4, o requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de ser portador de seqüela de meningite, apresentando crises convulsivas.

A avaliação social foi realizada por oficial de justiça. De acordo com este profissional, a residência do demandante ficava afastada do centro de Seropédica, em pequena vila, numa casa alugada, onde morava com a mãe que recebia mensalmente a quantia de R\$ 327,31 (trezentos e vinte e sete reais e trinta e um centavos) a título de pensão por morte. Designado o exame pericial, o perito médico nomeado pelo juízo atestou que o demandante era portador de seqüela de meningite com déficit de aprendizagem, hiperatividade e epilepsia sob controle, encontrando-se absolutamente incapaz para o trabalho e para a vida independente de forma total e permanente, necessitando de assistência constante de terceiros. O magistrado 4 entendeu que o demandante vivia com grande dificuldade, encontrando-se à margem da sociedade, sem condições de usufruir de uma vida digna como quis garantir a Constituição. Assim, concedeu o benefício assistencial, a despeito de ter sido comprovada a existência de renda *per capita* familiar superior ao limite legal, já que residiam no mesmo endereço a parte autora e sua genitora e esta recebia pensão por morte do Ministério da Marinha no valor acima indicado. Na época em que foi proferida a decisão, em 2009, o salário mínimo era de R\$ 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais). Assim, o valor de ¼ do salário mínimo equivaleria a R\$ 116,25 (cento e dezesseis reais e vinte e cinco centavos), sendo que a renda *per capita* familiar do autor era de R\$ 163,65 (cento e sessenta e três reais e sessenta e cinco centavos), portanto, superior ao patamar legal.

Embora a renda familiar fosse efetivamente baixa, não era baixa o bastante para que fosse concedido o BPC.

Em outro processo julgado pelo magistrado 4, o requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de ser portador de quadro de deformidade progressiva. Alegou sobreviver apenas com a renda do benefício de auxílio doença no valor de R\$ 158,58 (cento e cinquenta e oito reais e cinquenta e oito centavos).

A avaliação social foi realizada por assistente social, que atestou que o demandante morava sozinho e fazia alguns biscates (consertando bicicletas, fogões, entre outros) numa pequena oficina na parte da frente de sua casa. Verificou também que ele ainda recebia benefício previdenciário de auxílio acidente no valor de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais). Designado o exame pericial, o perito médico nomeado pelo juízo atestou que o demandante era portador de espondilite anquilosante, patologia que acomete as articulações principalmente da coluna, com perda de movimentação e dor, deixando o portador em uma posição fixa. De acordo com o perito, o demandante era absolutamente incapaz para o trabalho de forma total e permanente.

Nesse processo, chama atenção não só o fato de o magistrado ter concedido o benefício em desacordo com o critério de renda previsto na lei, mas também a inobservância da regra prevista no art. 20, § 4º da LOAS, segundo a qual o benefício assistencial não pode ser acumulado com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo o da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.³⁸ Apesar de o autor receber auxílio acidente³⁹, benefício previdenciário inacumulável com o assistencial e, ainda, exercer atividade laborativa, o magistrado desconsiderou a renda percebida pelo mesmo e julgou procedente o pedido.

O juiz 2 adota posicionamento diametralmente oposto àqueles anteriormente expostos pelos juízes 1, 3 e 4. Ele entende que o critério objetivo de renda, fixado pelo art. 20, § 4º da LOAS, deve ser aplicado, uma vez que foi considerado constitucional pelo STF, em decisão vinculante, proferida em ADI, não podendo o magistrado deixar de observá-lo.

³⁸Essa última exceção foi acrescentada pela Lei 12.435/2001, mas já era prevista pelo Decreto 6.214/2007. Como exemplo de pensões especiais de natureza indenizatória podemos citar, a devida aos portadores da síndrome de talidomida (Lei 7.070/1982), a dos seringueiros e seus dependentes (art. 54 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e Lei 7.986/1989, a das vítimas de hemodiálise de Caruaru (Lei 9.422/1996) e a das vítimas do acidente nuclear ocorrido em Goiânia (Lei 9.425/1996).

³⁹O auxílio acidente é um benefício previdenciário, de natureza indenizatória, pago quando após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza resultaram sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

Em um dos processos julgados pelo magistrado 2, o requerente ingressou com ação postulando o BPC visto ser portador de deficiência. A avaliação social foi feita por oficial de justiça que certificou nos autos, em cumprimento ao mandado de verificação, que compareceu no endereço declarado na petição inicial, constatando que nesse endereço residiam a parte autora com seus três filhos. Certificou, ainda, que a casa da parte autora ficava localizada em um terreno com mais três casas. Na casa da frente morava o irmão com a esposa e três filhos, na do meio a mãe e na outra uma tia. Designado o exame pericial, o perito médico nomeado pelo juízo atestou que o demandante era incapaz para o exercício de certos tipos de trabalho ou atividade que lhe garanta subsistência, bem como para algumas atividades do cotidiano. Por fim, concluiu o perito que o demandante possuía incapacidade parcial e permanente.

O magistrado 2 verificou que não ficou comprovado o estado de necessidade econômica para concessão do benefício assistencial. A seu ver, muito pelo contrário, foi possível constatar que a genitora do autor recebia benefício previdenciário no valor de R\$ 2.258,27 (dois mil duzentos e cinquenta e oito reais e vinte e sete centavos). De acordo com o ele, “o fato de a parte autora não ter demonstrado possuir renda *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo indica que sua situação não é de precariedade econômica.” Enfatiza o magistrado que “a Assistência Social deve alcançar, efetivamente, a camada mais necessitada da população, o que não seria a hipótese dos autos.”

A decisão acima mencionada parte do pressuposto de que a existência de familiares, notadamente pais, com condições de garantir o sustento do demandante, ainda que não vivam sob o mesmo teto, isenta o Estado de responsabilidade. A responsabilidade pelo sustento do idoso ou portador de deficiência é, inicialmente, do círculo familiar. O dever social do Estado é subsidiário, tendo em vista que a própria norma constitucional (art. 203, V c/c art. 229) assim o qualifica.

Esse entendimento também é adotado pela Procuradoria Federal Especializada, conforme se depreende da Conclusão da Reunião Técnica da Coordenação-Geral de Matéria de Benefícios PFE-INSS, realizada em 12/2011:

Caso seja verificado que há parentes com remuneração suficiente para prover o sustento do idoso ou pessoa com deficiência, mesmo que não vivam sob o mesmo teto, eventuais pensões alimentícias a serem exercidas perante estas pessoas, ainda que não formalmente incorporadas na renda, devem ser consideradas com razoabilidade no cômputo da renda bruta como renda própria do idoso ou da pessoa com deficiência para fins de concessão de BPC- LOAS -

art. 20, § 1º da Lei 8.742/1993 (PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSS, 2011: 38).

Dentro dessa linha de raciocínio, se o idoso ou a pessoa com deficiência deixar voluntariamente de buscar o seu direito à pensão alimentícia, não será considerado em situação de vulnerabilidade a ser protegida pela política de assistência social. Em outras palavras, a proteção social somente será possível se ficar caracterizada a vulnerabilidade financeira involuntária.

Segundo o magistrado 2, o BPC deve ser concedido tão somente para as pessoas que se encontram abaixo da linha da miséria, que não têm acesso aos mais elementares serviços públicos, não têm moradia digna, mal conseguem se alimentar e ter acesso a bens de consumo. Para ele, a pobreza momentânea ou aquela situação em que a renda familiar é elevada, mas em razão de despesas diversas fica bastante reduzida, não justificam a concessão do BPC. “Uma pessoa que tem uma renda de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), mas que gasta com remédio, com moradia, com aluguel, gasta com roupas, se sua renda fica inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo não tem direito ao benefício.”, conclui o magistrado.

De acordo com o magistrado 2, “a renda familiar *per capita* deveria ser modificada e deveria ser estabelecido um valor de $\frac{1}{6}$, $\frac{1}{5}$ (...) o valor de $\frac{1}{4}$ ainda é um valor bem elevado de renda familiar *per capita*.”. Por fim, justifica seu posicionamento afirmando que “esse benefício não deve ser assim um estímulo às pessoas a não serem produtivas, a ficarem na ociosidade.”

A fala do magistrado 2 nos faz refletir sobre como as elites de nossa sociedade interpretam a pobreza. É importante entendermos a visão das elites sobre essa questão, “pois o papel delas na formulação e implementação de políticas sociais é inquestionável.” Em estudo clássico do sociólogo Abram de Swaan (*apud* REIS, 2000: 144), sobre a emergência de políticas nacionais de bem-estar social na Europa, foi possível constatar que apenas quando as elites entenderam ser vantajosa a coletivização de soluções para problemas sociais “é que o poder público tornou-se o agente natural na provisão de “bens de cidadania” como educação, saúde e previdência”. (REIS, 2000: 144)

Elisa Reis (2000) realizou uma pesquisa sobre a percepção das elites brasileiras sobre a pobreza. Ela percebeu que as elites de nossa sociedade têm uma percepção dos problemas sociais bastante diferente das elites européias. Estas últimas buscam soluções

coletivas para combater a pobreza. Já as elites brasileiras tendem a se aproximar de soluções mais individualizadas. Assim, conclui a autora que “a maneira como as elites representam a pobreza e a desigualdade tem consequências tangíveis sobre as formas concretas como as sociedades respondem a esses problemas.” (REIS, 2000: 151).

No Brasil, existe uma tradição de culpabilização do pobre pelos problemas que têm que enfrentar. Isso interfere na forma como a sociedade brasileira responde ao problema da pobreza e, conseqüentemente, na forma como um dado magistrado resolve o conflito de interesses envolvendo o BPC. Segundo essa visão, os próprios pobres são responsáveis por se encontrarem em precárias condições econômicas e sociais. Nesse contexto, ações públicas como o BPB e os programas de transferência de renda não são vistas como uma solução para o problema, muito pelo contrário, são consideradas perniciosas, pois acabariam fomentando a acomodação e a ociosidade. Portanto, o recebimento de qualquer auxílio financeiro, não decorrente do trabalho, seria viciante, acomodando o indivíduo na ociosidade e fazendo com que ele não se sinta motivado a procurar uma atividade laborativa.

É possível que o magistrado 2 esteja trabalhando com essa imagem tradicional de culpabilização dos pobres. Enquanto que os magistrados 1, 3 e 4 estariam tendo uma visão diferenciada da pobreza e da miséria, baseada na não responsabilização dos pobres por sua condição. Assim, em nossa percepção, para esses três magistrados (1, 3 e 4) a população empobrecida não deveria ser considerada responsável pelos problemas de ordem econômica e social a que se sujeitam cabendo, portanto, serem auxiliados pelo Estado.

Com efeito, se o Estado, representado pelos Poderes Legislativo e Executivo, efetivamente cumprisse seu papel, planejando adequadamente suas ações, a situação dos pobres e miseráveis seria diferente. Contudo, essa omissão do Estado para solucionar o problema, implementando políticas públicas adequadas de proteção social, faria com que o Judiciário assumisse esse encargo. Dito de outra forma, a incapacidade dos Poderes Legislativo e Executivo de corresponderem às expectativas desse segmento, justificaria a promoção de políticas públicas individuais pelo Judiciário.

3.1.1.6 - Possibilidade de aplicação analógica do Estatuto do Idoso

A questão da possibilidade de ser flexibilizado o critério objetivo de renda familiar para fins de concessão do BPC está diretamente ligado a outro tema bastante debatido no âmbito judicial. Trata-se da aplicação, por analogia, do art. 34, parágrafo

único do Estatuto do Idoso para i) desconsiderar do cômputo da renda familiar o benefício previdenciário de valor mínimo recebido pelo idoso; ii) estender esta possibilidade também ao deficiente.

Este dispositivo estabelece que “o benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput*⁴⁰ não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.” Trata-se de regra de exceção que deve ser interpretada restritivamente. Contudo, é possível afirmar, com base na análise dos processos selecionados, que três magistrados (1, 3 e 4) aplicam analogicamente o dispositivo acima mencionado. Apenas o magistrado 2 não faz esse tipo de interpretação.

Em um dos processos julgados pelo magistrado 1, o requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de ser portador de deficiência. A avaliação social foi feita por oficial de justiça que constatou que o demandante residia com sua mãe e seu pai. Ambos recebiam benefício previdenciário no valor de um salário mínimo: a mãe, aposentadoria por idade, e o pai, auxílio-doença. Designado o exame pericial, o perito médico nomeado pelo juízo atestou que o demandante era portador de anomalia genética denominada *síndrome de down*. De acordo com o perito, o demandante era total e definitivamente incapaz para o trabalho, necessitando da ajuda de terceiros para os atos da vida independente.

Para o magistrado 1, os benefícios recebidos pelos pais do demandante “não devem ser computados na aferição da miserabilidade que condiciona o deferimento do benefício assistencial pretendido.” Isso porque, aplicando-se analogicamente o art. 34, parágrafo único do Estatuto do Idoso, os benefícios previdenciários no valor de um salário mínimo recebidos pelo grupo familiar, também não devem ser considerados para aferição da renda *per capita*. Para reforçar seu argumento ele transcreve o enunciado da Súmula 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina: “O benefício previdenciário de valor mínimo percebido por idoso é excluído da composição da renda familiar, apurada para fim de concessão de benefício assistencial.” Por fim, conclui o magistrado 1 que, excluindo-se os rendimentos percebidos pelos pais do autor, inexistem rendimentos a serem considerados na apuração das condições socioeconômicas da parte autora, o que, por conseguinte, caracteriza sua miserabilidade.

⁴⁰ O Art. 34 diz: “Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.”

Em um dos processos julgados pelo magistrado 3, o requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de ser portador de asma grave com sintomas diários, além de deformidade torácica, atraso no desenvolvimento físico e sintomas alérgicos decorrentes. Afirmou que o núcleo familiar era composto pela mãe e por outros dois irmãos menores e que faziam verdadeiro malabarismo para garantir a sobrevivência. A avaliação social não foi feita. Isso porque, de acordo com o oficial de justiça, o local em que o demandante residia era uma área de alto risco. Em depoimento colhido em audiência, verificou-se que os rendimentos familiares eram compostos por “biscates” feitos pelo pai do demandante, cujo ganho girava em torno de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) e pelo benefício de amparo ao portador de deficiência recebido por um de seus irmãos, no valor de um salário mínimo. Designado o exame pericial, o perito médico nomeado pelo juízo atestou que o demandante era portador de asma severa persistente, patologia que o incapacitava definitivamente desde os seus dois anos de idade.

Para o magistrado 3, o benefício assistencial recebido por outro membro deficiente da família não deve entrar na apuração da renda *per capita*, ao argumento de que o reconhecimento da lei do idoso de que o valor de um salário mínimo exaure-se nas despesas pessoais dos idosos, também deve ser aplicado para os deficientes, como forma de isonomia.

Em um dos processos julgados pelo magistrado 4, a requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de ser idosa e não possuir qualquer tipo de rendimento para sobreviver.

A avaliação social foi feita por assistente social. Segundo este profissional, a demandante vivia com seu marido de setenta e dois anos, numa casa modesta, guarnecida com o mínimo para a sobrevivência, sendo a única renda oriunda do benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, de seu marido, no valor de um salário mínimo. O magistrado 4 julgou procedente o pedido da requerente ao argumento de que o benefício previdenciário recebido por idoso integrante da família, no valor de um salário mínimo, deve ser excluído do cômputo da renda mensal. Isso porque, “não importa a origem do rendimento, mas, sim, o seu valor – um salário mínimo-, que não é suficiente a infirmar o quadro de miserabilidade.”

O magistrado 2, no entanto, adota posicionamento diametralmente oposto ao dos outros três magistrado. Segundo ele, o benefício assistencial pode ser pago a mais de um integrante da família, desde que comprovados todos os requisitos exigidos. “Neste

caso, o valor do amparo assistencial anteriormente concedido a outro membro do mesmo grupo familiar, por força do estatuto do idoso, não passa a integrar a renda para efeito de cálculo por pessoa do novo benefício requerido.”

Conforme mencionamos anteriormente, a discussão acerca da possibilidade de interpretar extensivamente o art. 34, parágrafo único do Estatuto do Idoso, para deixar de ser computado no cálculo da renda *per capita* familiar benefício assistencial concedido a pessoa com deficiência ou qualquer outra situação não contemplada expressamente no mencionado dispositivo do Estatuto do Idoso, está afeta ao Supremo Tribunal.

No Recurso Extraordinário nº 580.963/PR, que teve reconhecida a repercussão geral do tema, o INSS questiona decisão da Turma Recursal da Seção Judiciária do Paraná que concedeu o benefício assistencial a um demandante, ao argumento de que os benefícios de valor mínimo recebidos por idoso integrante do núcleo familiar devem ser excluídos do cálculo da renda familiar *per capita* ao qual faz referência o artigo 20, § 3º da LOAS.

Em 06/06/2012, iniciou-se o julgamento do Recurso Extraordinário acima mencionado, em conjunto com o Recurso Extraordinário nº 567.985-3/MT que versa sobre a possibilidade de ser utilizado critério diverso do estabelecido no art. 20, §3º da Lei 8.742/1993 para aferir a condição de miserabilidade necessária à percepção do benefício assistencial. Contudo, vimos que o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista do Ministro Luiz Fux. Somente com a retomada e conclusão desse julgamento serão saneadas as dúvidas sobre essa questão.

3.1.1.7 - Concessão do BPC a pessoa que vive com HIV

Outro tema que merece destaque em nosso estudo é a concessão judicial do benefício assistencial de amparo ao deficiente portador do Vírus de Imunodeficiência Humana (HIV).

Existem alguns critérios adotados pelo Ministério de Saúde para definição dos casos de Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS) em adultos e crianças. Faço aqui um breve relato sobre os critérios de definição dos casos de Aids apenas em adultos, tendo em vista que nos casos concretos analisados crianças não figuram como demandantes.

Para o diagnóstico de Aids em indivíduos com 13 anos de idade ou mais (adultos)⁴¹, o Critério do *Centers for Disease Control and Prevention*, também denominado de Critério CDC Adaptado, exige: dois testes de triagem reagentes ou um confirmatório para detecção de anticorpos anti-HIV; diagnóstico de pelo menos uma doença indicativa da AIDS⁴² e/ou contagem de linfócitos T CD4+ abaixo de 350 células/mm³. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003).

Outro critério utilizado é o denominado “Critério Rio de Janeiro/Caracas” que também exige dois testes de triagem reagentes ou um confirmatório para detecção de anticorpos anti-HIV e mais o somatório de pelo menos dez pontos, de acordo com uma escala de sinais, sintomas ou doenças. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003).

Por fim, pelo Critério Excepcional Óbito será considerado como caso de Aids todo indivíduo em cuja declaração de óbito haja menção a AIDS/SIDA ou termos equivalentes em algum dos campos de preenchimento, e que, após investigação epidemiológica, não possa ser descartado ou enquadrado em nenhum dos critérios principais vigentes de definição dessa doença. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2003).

Esses critérios fixados pelo Ministério da Saúde devem ser observados pelo julgador quando da análise do caso concreto. Contudo, nem sempre eles são obedecidos. E mais, nos marcos do nosso estudo, algumas sentenças foram proferidas em desacordo com aquilo que o perito judicial de confiança do juízo atestou em relação ao demandante com HIV.

Em um dos processos analisados o requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de viver com HIV, bem como hanseníase, estando em tratamento na Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) e com infectologista no Posto Municipal Waldir Franco. Afirmou residir sozinho em um cômodo com banheiro e cozinha cedido por sua genitora e que, apesar de casado, encontra-se separado de fato há aproximadamente 10 anos.

⁴¹ O Ministério da Saúde, para a definição dos casos de Aids, classifica como adultos os indivíduos com 13 anos de idade ou mais. Diferentemente, o Estatuto da Criança e Adolescente define que as pessoas com até 12 anos incompletos são crianças e aquelas entre 12 e 18 anos são adolescentes.

⁴² Como exemplos de doenças indicativas da Aids podemos citar as seguintes: Câncer cervical invasivo; Herpes simples mucocutâneo, por um período superior a 1 mês; Histoplasmose disseminada (localizada em quaisquer órgãos que não exclusivamente em pulmão ou linfonodos cervicais/hilares); Pneumonia por *Pneumocystis carinii*; Qualquer micobacteriose disseminada em órgãos outros que não sejam o pulmão, pele ou linfonodos cervicais/hilares (exceto tuberculose ou hanseníase); Reativação de doença de Chagas (meningoencefalite e/ou miocardite); Sepses recorrentes por bactérias do gênero *Salmonella* (não tifóide); Toxoplasmose cerebral.

A avaliação social foi feita por oficial de justiça. Nesta avaliação restou comprovado o fato de que o autor residia sozinho em imóvel que não lhe pertencia e que estava em péssimo estado de conservação. Certificou o oficial de justiça que o demandante alimentava-se durante a semana em restaurante popular e, nos finais de semana, contava com os seus vizinhos que lhe forneciam alimentação gratuita. Por fim, descreveu o oficial de justiça que o autor para sobreviver trabalhava concertando geladeira e ar refrigerado estando, porém, desde 2010, sem realizar essa atividade. O perito médico nomeado pelo juízo atestou que o demandante estava infectado com o HIV e que sofria de hanseníase. Ademais, declarou que sua incapacidade era temporária, devendo haver uma reavaliação em um ano.

O magistrado 1, responsável pelo julgamento, entendeu que, muito embora o demandante não estivesse definitivamente incapaz, quando da realização do exame pericial não possuía condições de exercer qualquer atividade laborativa e, ainda, dependia de terceiros para a realização de algumas atividades básicas do cotidiano. Destacou que a idade avançada do demandante (56 anos) era um fato que merecia relevo. Assim, concluiu que a idade combinada com as enfermidades que acometeram o requerente praticamente lhe retirava quaisquer chances de auferir renda com o exercício de algum ofício. Nesses termos, entendeu que o demandante preenchia os requisitos para concessão do benefício assistencial de amparo ao deficiente.

De fato, a pessoa que vive com HIV não é um doente como outro qualquer. Embora a doença tenha se propagado no debate público em um momento em que a medicina “já conhecia aspectos importantes das suas formas de transmissão e controle, foi grande a profusão de imagens [a respeito dela] que se assemelhavam àquelas de outras doenças, cujo surgimento em séculos passados fora explicado pela via religiosa-moralizante.” (SILVA e GÓIS, 2011: 14). Dessa forma, “a difusão da sua existência foi cercada pela produção de imagens que a associavam ao sexo, contágio, crime, castigo e morte.” Apesar dos esforços empregados para desconstruir essa ideia, “sabe-se que muitas dessas imagens, em maior ou menor grau, permanecem conosco – leigos e letrados sobre a questão – até os dias de hoje.” (SILVA e GÓIS, 2011: 14).

Portanto, é forçoso reconhecer que os estigmas sociais associados aos afetados foram muitos e fortes o suficiente para gerar impedimentos significativos no acesso, por exemplo, ao mercado de trabalho. Dificuldade essa que contraria a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da discriminação em matéria de emprego e profissão. Além de violar a própria Constituição Federal, que garante o livre

exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais previstas na lei (art. 5º, XIII).

Contudo, hoje, a situação está bem melhor. Desde o final do século XX, o governo brasileiro vem desenvolvendo ações para assegurar o direito das minorias e, com isso, superar o quadro de discriminação e exclusão social existente no Brasil. Nesse contexto, o governo desenvolveu diversas políticas públicas que visam à inclusão das pessoas que vivem com HIV. A título de exemplo vale citar o Grupo de Trabalho para Eliminação da Discriminação no Emprego e na Ocupação (GTEDEO), responsável por definir uma política que combata esse tipo de discriminação, bem como o Programa Nacional de Direitos Humanos, atualmente na sua terceira versão.

Some-se a tudo isso o fato de que o programa brasileiro de assistência médica para a população com hiv e aids é considerado uma referência mundial, tendo como um dos efeitos principais a redução das taxas de mortalidade e o aumento da qualidade de vida das pessoas infectadas.

Portanto, no caso acima julgado pelo magistrado 1, restou desatendida a exigência de que a deficiência para fins de concessão do benefício assistencial é aquela que gera impedimento de longo prazo, isto é, que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos. Uma hipótese que pode explicar a posição desse magistrado é da permanência de uma visão de grande desamparo das pessoas com hiv/aids quando do início da epidemia. Ali, de fato, as situações de abandono familiar, de recusa de atendimento hospitalar, de segregação espacial etc. eram uma visível realidade. Hoje, vivemos em um contexto já bem diferente.

Em outro processo, julgado pelo magistrado 2, o requerente ingressou com ação postulando o BPC também ao argumento de estar infectado pelo HIV. Afirmou, na petição inicial, que exercia a atividade de lavador de automóveis, mas, em razão de não ter contribuído por longo tempo para o Regime Geral da Previdência Social, não conseguiu receber qualquer benefício previdenciário. De acordo com ele, sua sobrevivência era garantida pelo auxílio da igreja que a companheira frequenta, já que ela não exercia atividade remunerada.

A avaliação social foi feita por oficial de justiça que verificou que o demandante residia com sua mãe, seu pai, sua esposa e sua filha. Certificou o oficial que o autor e seu pai recebiam valores aproximados de R\$ 200,00 (duzentos reais) e R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais), respectivamente, decorrentes do trabalho informal. Designado o exame pericial, o perito médico nomeado pelo juízo atestou que o

demandante estava com HIV, patologia que reduzia a sua imunidade e o deixava suscetível a infecções. Concluiu ele que o demandante estava totalmente incapacitado para a função de servente, devido aos riscos de exposição a agentes contaminantes, podendo, no entanto, ser reabilitado para atividades que não exigissem esforço físico.

O magistrado 2, se baseando no exame técnico realizado, concluiu que a parte autora não fazia jus ao BPC. Afirmou ele que:

(...) A solução da lide posta nos autos passa pela apreciação da existência de incapacidade da parte autora, matéria que, ensejando a necessidade de manifestação técnica por perito médico, determina seja prestigiada a conclusão exarada pelo mesmo, quando adequadamente embasada e suficientemente fundamentada, como é o caso dos autos, até porque o *expert* é profissional da confiança do Juízo, encontrando-se equidistante dos interesses de ambas as partes.

É possível afirmar, preliminarmente, que a linha de raciocínio desenvolvida pelo magistrado 2 é mais coerente com a realidade atual enfrentada pelas pessoas que vivem com HIV em período assintomático. O fato de o requerente possuir HIV, por si só, não significa que este possui deficiência para fins de concessão do BPC. É perfeitamente possível que a doença esteja sob controle clínico adequado; sem sintomatologia. Assim, se não ficar comprovado que o demandante possui impedimento de longo prazo, não pode ser considerado deficiente e, conseqüentemente, não tem direito à concessão do Benefício.

Ainda sobre casos envolvendo demandantes com HIV, vale destacar um que foi julgado pelo magistrado 3. A requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de estar infectada pelo HIV, de ter anemia crônica causada pela doença e de sofrer com efeitos colaterais (diarréia, cansaço, mal estar, fraqueza, tonteira etc.) da medicação anti retroviral. Afirmou a parte autora que trabalhou ao longo de sua vida como empregada doméstica e faxineira, mas sem ter contribuído para o Regime Geral da Previdência Social.

A avaliação social, que foi feita por oficial de justiça, deixou claro que a parte autora residia com seu filho, portador de problemas psicológicos, em imóvel bastante simples, em péssimo estado de conservação, com infiltração por todos os lados e repleto de cupim. Foram realizadas duas perícias judiciais no curso do processo. Uma pelo perito do INSS e outra pelo perito do juízo. No laudo médico elaborado pelo perito do INSS restou consignado que, apesar de a parte autora viver com HIV, estava em tratamento e com contagem de CD 4 considerada satisfatória. O perito judicial, por sua

vez, atestou que a pericianda possuía impedimento total para exercer sua atividade laborativa, sendo a incapacidade permanente.

O magistrado 3 ressaltou que o “laudo atesta que a demandante é portadora de quadro de SIDA, o que a impossibilita de forma total e permanente para o exercício de atividades laborativas, subsumindo-se, dado o senso comum, ao disposto no parágrafo 2º do artigo 20 da Lei nº 8.742/93.” Sendo assim, julgou procedente o pedido para condenar o INSS a conceder o Benefício e a pagar os atrasados desde a data do requerimento administrativo.

A realização de duas perícias nesse caso decorreu do fato de que, em 2008, a Procuradoria Federal Especializada deu início ao chamado “Projeto Perícia Prévia”. Adotado à época por alguns Juizados Especiais Federais, está atualmente extinto. Esse projeto, que consistia em proceder a uma perícia elaborada por médico perito do INSS antes da citação, foi adotado pelo juizado de titularidade do magistrado 3. Quando o perito concluía pela incapacidade, uma vez presentes os demais requisitos para concessão do benefício, desencadeava-se a propositura de acordo pela Procuradoria representante judicial do INSS. Caso o perito do INSS não constatasse a incapacidade, o processo seguia o seu curso normal, com a contestação, a perícia judicial e, por fim, a sentença. E foi exatamente isso que aconteceu nesse caso acima relatado.

Em outro processo, julgado pelo magistrado 4, o requerente ingressou com ação postulando o BPC ao argumento de estar em estágio avançado da infecção pelo HIV. Afirmou que estava desempregado e residia numa pequena casa com sua mãe de 83 anos, sem qualquer renda, vivendo de favores da comunidade.

A avaliação social foi feita por oficial de justiça. Por meio dela comprovou-se que o demandante realmente residia com sua mãe idosa e com um irmão, no bairro de Campo Grande, em uma casa bem pobre, guarnecida com poucos móveis bastante velhos, localizada em uma rua extremamente precária. Ainda de acordo com o oficial de justiça, a sobrevivência dos três era garantida pela pensão da mãe que girava em torno de um salário mínimo, bem como de “biscates” esporádicos que o irmão do autor fazia. Destacou o oficial que no dia da diligência o autor encontrava-se doente, de cama, com feridas em todo o corpo. O perito médico nomeado pelo juízo atestou que a incapacidade do demandante era parcial e permanente.

O magistrado 4, para proferir a sua sentença, valeu-se do entendimento de que na análise desse caso concreto era necessário levar em consideração não apenas o

aspecto clínico, mas também os aspectos sociais, ambientais e pessoais nele presentes.

Concluiu que:

(...) Uma pessoa com 54 anos de idade, ajudante de obras, tendo como grau de escolaridade o 4º ano do ensino fundamental e portadora de HIV, encontra profunda restrições de procura num mercado de trabalho competitivo, podendo vir a se encontrar em total desamparo, colocada em uma situação de miserabilidade, o que vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, considerando da doença da qual padece a [parte] Autora é incurável, o que inviabiliza, em muito, o seu reingresso no mercado de trabalho, sendo necessário para tanto de condições especialíssimas de trabalho, firmo meu convencimento no sentido do acolhimento integral do pedido formulado pela [parte] Autora.

Este juiz, com base no princípio do livre convencimento motivado⁴³, não levou totalmente em consideração as conclusões do perito judicial. Em função disso, relativizou a legislação vigente sobre os critérios de elegibilidade para a percepção do BPC, notadamente a exigência de que o requerente apresente impedimentos de no mínimo dois anos de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

É preciso ter em mente que a realidade a que hoje estão submetidas as pessoas que vivem com HIV é bem diferente daquela do passado. Com os avanços da medicina, são cada vez mais comuns os casos de pessoas com esse vírus que têm uma boa qualidade de vida, não apresentando qualquer doença oportunista. Com o surgimento das terapias antiretrovirais elas podem “levar anos para apresentar algum sintoma de doença oportunista, podendo realizar sua atividade profissional normalmente e continuar com suas tarefas cotidianas” (FERREIRA ET COLS 2006: 592). Os medicamentos existentes, ao minimizarem as infecções oportunistas e seus sintomas, permitem que uma pessoa com o HIV leve uma vida normal “reduzindo a discriminação no contexto profissional ou durante a seleção profissional” (FERREIRA ET COLS 2006: 592).

O Ministério da Saúde adota esse entendimento, conforme se depreende do texto abaixo extraído do Portal da Saúde:

(...) Há alguns anos, receber o diagnóstico de AIDS era quase uma sentença de morte. Atualmente, porém, a AIDS pode ser considerada uma doença crônica.

⁴³ O art. 131 do Código de Processo Civil consagra o princípio do livre convencimento motivado, permitindo ao magistrado valorar livremente as provas produzidas em juízo. Estabelece o dispositivo que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Isto significa que uma pessoa infectada pelo HIV pode viver com o vírus por um longo período, sem apresentar nenhum sintoma ou sinal. Isso tem sido possível graças aos avanços tecnológicos e às pesquisas, que propiciam o desenvolvimento de medicamentos cada vez mais eficazes. Deve-se, também, à experiência obtida ao longo dos anos por profissionais de saúde. Todos estes fatores possibilitam aos portadores do vírus ter uma sobrevida cada vez maior e de melhor qualidade. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2012)

3.2 - O procedimento utilizado pelos Juizados Especiais Federais da Seção do Rio de Janeiro para aferição da miserabilidade

Como vimos acima a aferição das condições de vida dos demandantes é às vezes feitas por um oficial de justiça. Contudo, mais razoável seria se essa mesma aferição fosse realizada por profissionais do Serviço Social, considerando-se que eles recebem treinamento ao longo da sua formação para esse tipo de ação. É dessa discussão que essa seção se ocupa. Abordaremos as seguintes questões: a importância do instrumento da avaliação para a solução da demanda envolvendo o BPC, o preparo técnico dos oficiais de justiça e dos assistentes sociais para realizarem a avaliação social e, por fim, a substituição do assistente social pelo oficial de justiça ocorrida nos Juizados Especiais Federais da Seção do Rio de Janeiro.

Conforme mencionamos anteriormente, um dos requisitos para a concessão do benefício assistencial está relacionado à renda *per capita* familiar. Esse é um dos critérios de elegibilidade que mais tem sido questionado no âmbito judicial. Contudo, a análise desse requisito extrapola o âmbito judicial, razão pela qual os juízes precisam do suporte técnico do assistente social.

O assessoramento prestado pelo assistente social ao Poder Judiciário, bem como por profissionais de outras áreas do conhecimento humano-social, como a psicologia, a pedagogia e a sociologia, influencia diretamente na resolução do conflito de interesses, principalmente em razão de dispor, supostamente, de uma capacidade de “extrair” uma “verdade” dos fatos não apreendida (ou apreendida superficial e equivocadamente) pelo saber técnico-jurídico do magistrado (SOUZA, 2006).

No processo judicial de concessão do BPC é indispensável o assessoramento técnico prestado pelo assistente social. A qualidade da prestação jurisdicional está estritamente vinculada à avaliação social, sendo certo que o assistente social dispõe de conhecimento técnico específico para elaborar laudo social com o objetivo de assessorar o magistrado na demanda envolvendo o benefício assistencial. Temos, portanto, nesse tipo de conflito que chega aos juizados, de um lado, um ente-jurídico, dotado de saber jurídico, representado pelo magistrado com poder de decisão e, do outro lado, um ente

não jurídico, dotado de saber profissional, representado pelo assistente social, que atua para garantir o acesso aos direitos dos demandantes, com poder restrito à sugestão. (SOUZA, 2006).

O assistente social, ao auxiliar o magistrado na solução do conflito de interesses envolvendo o BPC, atua desenvolvendo atividades de natureza social com procedimentos jurídicos. Cabe a esse profissional prestar assessoria ao juiz analisando os fatores ambientais, considerando aspectos sociais, econômicos e familiares. Nessa avaliação o assistente social analisa questões relacionadas à vida doméstica, relações e interações pessoais, áreas principais da vida e vida comunitária e cívica.

Para desempenhar essa função exige-se que o assistente social tenha conhecimento da complexa e rebuscada linguagem jurídica, bem como que traduza as letras da lei numa linguagem acessível e compreensível para os usuários. (SOUZA, 2006:74).

Trindade e Soares (2011: 229) afirmam que “no campo sociojurídico o Serviço Social possui um poder que lhe é reconhecido institucionalmente para selecionar, observar e analisar aquele indivíduo que poderá, por exemplo, ter acesso a um determinado benefício e/ou direito.”

O assistente social foi introduzido no Poder Judiciário nos anos 1940. Entretanto, apenas a partir da década de 1990 ocorreu a configuração do campo sociojurídico, quando esse profissional passou a ser mais frequentemente requisitado por aquele poder. (SIERRA, 2011).

Nos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, a realização da perícia social teve início apenas a partir do ano de 2006. Foi encerrada por determinação da Subsecretaria de Atividades Judiciárias ao argumento de que não se adequava ao perfil daquela instância administrativa e de que não haveria estrutura para o desenvolvimento das atividades, tendo durado apenas três anos. Com o encerramento da atividade de perícia social, alguns processos foram encaminhados a profissionais cadastrados pelo Sistema de Assistência Judiciária Gratuita, mas a maioria permaneceu a cargo dos oficiais de justiça para a verificação socioeconômica. (REIS, 2011).

A assistente social que exerce suas funções perante a Seção de Atendimento Processual dos Juizados Especiais Federais esclarece que no Estado do Rio de Janeiro não houve a estruturação de um serviço de perícias, diferentemente do que ocorre em São Paulo. O Judiciário deste estado, desde 2001, possui um setor de perícias e um Serviço Social que atua nas perícias sociais. Esclarece, ainda, que “embora as últimas

regulamentações do BPC falem expressamente em perícia social, no Rio de Janeiro a atividade continua sendo desenvolvida, quase na totalidade, por oficiais de justiça.” Ela ressaltou a imprescindibilidade da perícia social, bem como a necessidade de que esta seja realizada por um assistente social. Esclarece que em demanda envolvendo o BPC a avaliação social é tão importante quanto à perícia médica. Ademais, “o assistente social tem instrumentos suficientes para desvelar determinadas realidades e trazer para a avaliação jurídica as questões que envolvem os condicionantes sociais dos processos de adoecimento/deficiências.”

Contudo, o entendimento prevalente no âmbito judicial é no sentido de que embora a investigação socioeconômica seja imprescindível, a perícia social é dispensável, podendo a comprovação da condição socioeconômica do demandante ser feita através da verificação realizada por oficial de justiça, da oitiva de testemunhas, bem como por outros meios. Esse entendimento é bem perceptível no enunciado 50 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais:

Sem prejuízo de outros meios, a comprovação da condição sócio-econômica do autor pode ser feita por laudo técnico confeccionado por assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de justiça ou através de oitiva de testemunha.

O enunciado 56 da súmula das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro não se distancia desse entendimento:

Nos processos cujo objeto seja a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, é indispensável a realização de investigação sócio-econômica da parte autora, ainda que realizada por mandado de verificação a ser cumprido por oficial de justiça. Precedentes: Processos nº 2004.51.60.008564-0/01, 2004.51.51.007937-7/01, 2005.51.65.000971-6/01, 2006.51.70.002275-2/01, 2005.51.60.001037-1/01.

Os enunciados acima refletem o posicionamento jurisprudencial acerca da matéria. Contudo, os magistrados entrevistados reconhecem que a realização da avaliação social feita por um assistente social fornece maior contribuição para a solução da demanda envolvendo o BPC. “É o Serviço social que tem a formação universitária adequada para esse tipo de perícia. Não tenho a menor dúvida quanto a isso”, afirma um dos magistrados.

É consenso entre os magistrados entrevistados que a inexistência de um quadro suficiente de assistentes sociais, no âmbito da justiça federal, ocorre por razões orçamentárias. “A não utilização de assistente social está ligada a falta de recurso para contratação”, afirma um deles. A assistente social entrevistada, por sua vez, enfatiza que

“atualmente todos os pedidos para aumento do número de assistentes sociais são negados pela Administração sob justificativa de falta de servidores em outras áreas, o que torna a figura do especialista em Serviço Social prescindível.”

Para solucionar essa questão da falta de assistente social para realizar a avaliação social nas demandas envolvendo o BPC, um dos magistrados entrevistados apresenta uma sugestão, qual seja, a cooperação entre as diversas instituições envolvidas nesse tipo de demanda. A cúpula do Judiciário, o INSS, o Conselho da Justiça Federal poderiam atuar na tentativa de estabelecer convênios com as universidades para prestarem esse tipo de serviço. “Como tem Escritório Modelo⁴⁴, ter um Serviço Social modelo”, esclarece o magistrado.

Com relação ao preparo técnico do oficial de justiça para realizar a avaliação social, prevalece entre os magistrados o entendimento no sentido de que esse profissional não possui formação para exercer essa função. Apenas um dos entrevistados afirmou que a questão não é da falta de preparo, uma vez que os oficiais de justiça conseguem responder aos quesitos formulados pelas partes. Para ele, o problema é que esse profissional acha que está em desvio de função e, por isso, não realiza a contento a avaliação, prejudicando a qualidade do trabalho. Assim, conclui: “a prova fica capenga”.

É preciso destacar que a legislação que regulamenta a profissão do assistente social (Lei 8.662/1993), elenca algumas atribuições privativas, dentre elas a de realizar perícias técnicas, laudos periciais, informações e pareceres sobre a matéria de Serviço Social. Assim, apenas o assistente social poderia realizar perícia no âmbito do Serviço Social. A assistente social entrevistada reafirma essa questão dizendo que a avaliação social feita pelo oficial de justiça é bastante problemática na medida em que a perícia social é uma atribuição privativa do assistente social. Além disso, por faltar aos oficiais de justiça competência técnica para desenvolver essa função, estes profissionais “acabam se fixando no real dado, no que observam no momento da verificação.”

A fala da entrevistada, abaixo, esclarece como a realização da avaliação social feita por um assistente social exerce maior contribuição para a solução da demanda envolvendo o BPC:

⁴⁴ O Escritório Modelo, também conhecido como Núcleo de Prática Jurídica das Universidades, tem a finalidade de proporcionar aos seus estagiários a aquisição de conhecimentos práticos, bem como prestar assistência jurídica às comunidades carentes.

O trabalho desenvolvido pelo assistente social sinaliza não só a condição individual da parte, mas aponta (e tem de apontar) para as questões que envolvem a estrutura da política social, e não se refere só ao BPC. Numa perícia podemos identificar porque, apesar de determinadas deficiências não serem totalmente incapacitantes, os indivíduos não conseguiram sua habilitação/reabilitação no mercado de trabalho; porque mulheres deixam o mercado de trabalho para cuidar de filhos ou outros familiares acometidos por doenças crônicas ou deficiências; porque trabalhadores que poderiam desenvolver atividades de menor esforço físico/maior complexidade intelectual não poderão mais trabalhar. Entendo que o assistente social, por sua formação acadêmica pode analisar de forma mais abrangente e, ao mesmo tempo profunda, as questões que envolvem a intersetorialidade (ou sua falta) nas diversas políticas e como isto afeta a vida dos sujeitos que buscam a prestação jurisdicional. Inclusive, e necessariamente, conjugando a análise sobre orçamento público nesta avaliação.

Entendemos que a complexidade da realidade social brasileira exige do profissional encarregado de realizar a avaliação social, com o objetivo de verificar a miserabilidade exigida para a concessão do BPC, conhecimento técnico específico. Com efeito, temos que reconhecer que o assistente social possui conhecimento técnico específico para a elaboração de laudo social mais completo, contemplando particularidades da realidade social do demandante que muito provavelmente não seriam percebidas pelo oficial de justiça. A formação do oficial de justiça não lhe permite desempenhar essa função com a mesma eficiência desenvolvida pelo assistente social. Assim, o profissional do Serviço Social pode contribuir de maneira mais efetiva com a Justiça, permitindo que o magistrado tenha uma visão real da realidade social do requerente para solucionar a demanda envolvendo o BPC.

4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Judiciário “vem assumindo (a cada dia de forma mais acentuada) uma função fundamental na efetivação do Estado Democrático de Direito.” (SENA, 2011: 115). Vem cumprindo de modo mais efetivo seu papel de “guardião da Constituição” e, por conseguinte, colaborando para a preservação “dos valores e princípios que a fundamentam – cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político (art. 1, CF/88).” (SENA, 2011: 115). Para tanto, tem sido essencial a possibilidade democrática de aplicação do direito com independência, impondo a sua observância indistinta com vistas à pacificação social, seja através da conciliação, seja por meio da solução adjudicada.

Nesse processo, o papel dos magistrados tem sido fundamental. Ainda que de forma gradativa e parcial, a magistratura brasileira aos poucos se reinventa. Despe-se dos modos tradicionais de agir e pensar ao reconhecer que muitos dos seus saberes técnicos já não são suficientes para revelar a solução contida na norma em abstrato. Ao mesmo tempo, para fazer frente a essa insuficiência, vai se valendo da criatividade, da abordagem multiprofissional e de um novo senso ético no qual a justiça não se equaliza com a aplicação das determinações deste ou daquele diploma legal. Torna-se, como nos ensina Luís Roberto Barroso (2007: 9), “co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.” Tudo isso se dá à luz da ideia de maior relevância que reside em “adotar a solução mais apta a alcançar os fins colimados” do que em apontar “a solução formalmente mais lógica, segundo as regras gerais e os conceitos abstratos do direito.” (ROCHA, 1995: 133).

Toda essa dinâmica renovadora pôde ser observada na leitura dos diversos processos compulsados em nossa pesquisa assim como nas entrevistas realizadas sobre os modos predominantes de lidar com as causas envolvendo o Benefício de Prestação Continuada. Os dados colhidos mostram que posição adotada pelos magistrados 1, 3 e 4 é a de flexibilizar ou até mesmo dispensar os critérios de elegibilidade para concessão do BPC. Isso foi visto em três situações emblemáticas. Na primeira, observa-se a utilização de parâmetros diferentes daqueles previstos na LOAS para aferição da miserabilidade do requerente do BPC. Em diversos casos, os magistrados desconsideraram o parâmetro legal da renda *per capita* familiar inferior a ¼ do salário mínimo para aferição da miserabilidade. Na segunda situação, verifica-se a aplicação,

por analogia, do art. 34, parágrafo único do Estatuto do Idoso, para não apenas desconsiderar do cômputo da renda familiar o benefício previdenciário de valor mínimo recebido pelo idoso, mas também para estender esse raciocínio no julgamento de casos envolvendo pessoas com deficiência. Na terceira situação, nota-se a concessão do Benefício a pessoas que vivem com HIV, mas que são assintomáticas.

Os historiadores nos ensinam que os processos de mudança são parciais e, geralmente, produzem a convivência do novo com o velho e da ética da mudança com a da permanência. Assim, é mais do que esperado que, ao lado das posturas assumidas pelos magistrados 1, 3 e 4, estejam aquelas do magistrado 2. Ele se opõe à ideia de que é possível ao Judiciário promover a alteração de políticas públicas. Em seus julgamentos, não flexibiliza ou dispensa os critérios de elegibilidade, previstos na lei, para a concessão do BPC. Quando foi entrevistado, ele se mostrou bastante preocupado com a crescente judicialização do BPC, principalmente, em razão do efeito secundário que as ações individuais podem causar.

Dito isso, gostaríamos de salientar que não buscamos estabelecer aqui uma antinomia entre os magistrados 1, 3 e 4 e o magistrado 2. Esse seria um caminho analítico possível e relativamente fácil, mas, ao mesmo tempo, empobrecedor. Não cabe opor a conduta de um magistrado à conduta de um grupo de magistrados, da mesma forma que não cabe estabelecer uma oposição mecânica entre os resultados, imediatos e de longo prazo, das suas decisões.

Conforme salientamos em outras partes dessa dissertação, a judicialização do BPC (e a flexibilização da legislação infraconstitucional que a acompanha) está vinculada a avanços do processo de ampliação do acesso à justiça, da efetiva vivência dos direitos de cidadania e, conseqüentemente, da consolidação da democracia. Ela, igualmente, revela uma vitalidade renovadora importante do Judiciário brasileiro, vitalidade essa expressa em diferentes julgamentos de interesse nacional. Podemos dizer que, em grande medida, tudo isso vem ao encontro dos clamores sociais de uma sociedade que, complexa, reclama cada vez mais a materialização cotidiana do seu status abstrato de sociedade pluralista.

Por outro lado, posição também já destacada anteriormente, não há como negar a existência de riscos e a necessidade de nos preocuparmos com o fenômeno da judicialização do BPC, em particular, e das políticas sociais em geral. Essas preocupações, conforme já dito, dizem respeito a questões centrais do nosso ordenamento jurídico e da nossa ordem democrática. Dito de outra forma, a

judicialização de ações públicas como o Benefício de Prestação Continuada pode ofender os princípios da independência dos poderes, da precedência da fonte de custeio⁴⁵ e da reserva do possível. Pode, igualmente, acarretar enormes discrepâncias, causar uma significativa imprevisibilidade e afetar a necessária segurança jurídica.⁴⁶ Assim, ela corre o risco de tornar-se perniciosa, invertendo a consagrada hierarquia entre interesses individuais e coletivos.

No caso da assistência social isso é ainda mais grave já que pode reafirmar processos os mais conservadores de usufruto de benefícios sociais. A obtenção individualizada da possibilidade de tal usufruto reafirma, ainda que com novas tintas, o traço particularista que sempre esteve associado a esta política. Pela via da judicialização de natureza individual, é possível que reafirmemos a identidade de um direito como benesse jurídica cuja concessão fica submetida não a uma regra geral, mas sim, à discricionariedade de um dado juiz.

Feitas essas considerações, pode-se dizer que a atuação do Poder Judiciário ao conceder BPC com base em critérios diversos daqueles elegidos pelo legislador, põe em risco a própria continuidade das políticas públicas dirigidas à assistência social? Assim, o privilégio concedido a alguns pode acarretar o prejuízo da generalidade da cidadania? Nesses termos, o excesso de judicialização, entendido como abundância de decisões judiciais promovendo políticas públicas individuais, impede a implementação de políticas coletivas? Essas são questões complexas ainda em discussão que merecem ser melhor debatidas pelos diversos atores envolvidos.

A minha hipótese-resposta para essas indagações não são nada conclusivas. Retomamos, aqui, o que nos disse Góis (2011) sobre as implicações da crescente fragmentação da política social em inúmeras políticas setoriais destinadas a grupos específicos. Esse autor nos lembra das inúmeras críticas dirigidas às ações públicas

⁴⁵ Em que pese haver posicionamento no sentido de que o princípio da precedência do custeio tem como destinatário apenas aqueles atores responsáveis pela formulação e implementação de políticas pública, comungamos do entendimento de que o princípio também se destina aos julgadores, enquanto responsáveis pela aplicação do direito. Assim, dentro dessa linha de raciocínio, é forçoso reconhecer que a decisão judicial que cria requisito não previsto em lei para conceder o BPC a pessoa não contemplada pelo legislador, alterando a política pública, sem a indicação ou criação de fonte de custeio para fazer frente a essa nova despesa, contraria o princípio da precedência do custeio, já que, em última análise, o magistrado estaria criando Benefício sem a correspondente fonte.

⁴⁶ Não é possível falar em estabilidade social se o Judiciário pode julgar de forma diferente casos praticamente idênticos, causando distorções em demandas que mereceriam tratamento igualitário. É absolutamente incompreensível ao leigo, sendo inclusive motivo de revolta, o fato de que pessoas com o mesmo grupo familiar e a mesma renda tenham obtido resultados diversos no julgamento de suas demandas. É difícil para o demandante compreender e aceitar que seu Benefício foi indeferido pelo juiz, em razão deste julgador adotar os critérios previstos na lei, enquanto que o seu vizinho teve seu Benefício deferido, em virtude do julgador ter utilizado diferentes parâmetros para a avaliação do seu pedido.

voltadas, por exemplo, para a população negra e para a população homossexual. Mais à direita do espectro político encontram-se as desprezíveis avaliações cujo fundamento central é nada mais nada menos do que o racismo e a homofobia. Ao mesmo tempo, ele ressalta, que temos também avaliações mais críticas que indagam se este modo de proteção social, dirigido a grupos identitários, não geraria uma fragmentação e focalização exacerbadas, contribuiria para o declínio das demandas redistributivas e, principalmente, enfraqueceria o tão acalentado ideal da universalização dos direitos.

A essas indagações, Góis (2011) dirige um outro questionamento baseado na dinâmica de constituição dos três pilares da cidadania no Brasil – os direitos sociais, os direitos civis e os direitos políticos. Ele nos diz que não é a ordem de ingresso de cada um desses direitos em uma dada ordem social que garante a consolidação da cidadania. Daí porque não faz sentido achar que o fato de não termos seguido à sequência proposta por T. Marshal foi o fator responsável pelo baixo grau de institucionalização dos direitos no Brasil. Inversamente, não se pode negar, de plano, que políticas mais particularizadas não possam gerar o efeito universalizante almejado pelas políticas que não diferenciam grupos sociais.

Essa é uma possibilidade que somente pode ser verificada pela experiência histórica dos anos e décadas que estão a nossa frente. O mesmo pode ser dito em relação aos efeitos – benéficos ou perversos – da judicialização. Que isso não sugira uma “espera passiva” por resultados. Ao contrário, esta lógica analítica impõe uma “espera ativa” na qual a renovação das visões, valores e procedimentos estejam constantemente sob o olhar da crítica social.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL. *Atuação Institucional*. Disponível em: http://www.ajuris.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=243&Itemid=9. Acesso em 22 mai. 2012.

ASSUMPÇÃO, Maria Clara Martins Alves. *O Trabalho dos Juízes Federais na Garantia do Direito ao Benefício de Prestação Continuada*. Disponível em: http://www.estudosdotrabalho.org/anais-vii-7-seminario-trabalho-ret-2010/Maria_Clara_Assumpcao_O%20trabalho_juizes_federais_garantia_direito_beneficio_prestacao_continuada.pdf. Acesso em 02 jan. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, número 23, setembro, outubro, novembro de 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 10 jan. 2012

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, número 9, março, abril, maio 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em 10 jan. 2012.

BEHRING, Elaine; BOSCHETTI, Ivanete. *Política Social: fundamentos e história*. São Paulo: Cortez, 2011.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. *As Ações Individuais para o Fornecimento de Medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial*. Revista de Direito Sanitário, v.10 n.1 São Paulo mar./jul. 2009.

BRASIL. *Catálogo DadosGov - Livro 4 – Seção 4.1. Previdência Social*. Brasília, 14 dez. 2010. Disponível em: https://i3gov.planejamento.gov.br/textos/livro4/4.1_Previdencia_social.pdf. Acesso em 10 nov. 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. *Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais. Uma abordagem crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Lições de Direito Processual Civil – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

_____. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O Longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CHRISPINO, A.; CHRISPINO, R. S. *A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores*. Ensaio: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v. 16, n. 58, jan./mar. 2008: 9-30

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sistema de Estatística do Poder Judiciário (SIESPJ)*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistemas/sistema-de-estatistica-do-poder-judiciario-siespj>. Acesso em 14 nov. 2012a.

_____. *Metas 2012*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/evento/eventos-realizados/5-encontro-nacional-do-judiciario/metas-2012>. Acesso em 14 nov. 2012b.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DUARTE, Francisco Carlos; GRANDINETTI, Adriana Monclaro. *Comentários à Emenda Constitucional 45/2004: os novos parâmetros do processo civil no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2005.

FERREIRA, Rosana C.M.; FIGUEIREDO, Marco Antônio C. *Reinserção no mercado de trabalho. Barreiras e silêncio no enfrentamento da exclusão por pessoas com HIV/aids*. Medicina (Ribeirão Preto) 2006; 39(4): 591-600.

GIDDENS, A. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GÓIS, João Bôsko Hora; LOBATO Lenaura de Vasconcellos; SENNA Mônica de Castro Maia; MORALES José Rodrigo de. *Avaliação do benefício de prestação continuada; características sociais, proteção social e seus efeitos*. Serviço Social e Sociedade, n. 96, ano XXIX, novembro, 2008: 65-92.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1996.

GOMES, Sergio Alves. *Hermenêutica e Constituição no Estado de Direito Democrático*. Rio de Janeiro, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

JUIZADO ESPECIAL FEDERAL. Processo nº 0028549-80.2009.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0001449-87.2008.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0011088-32.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0032163-30.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0008537-79.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0011516-14.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0000730-08.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0018170-17.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0016340-16.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0019644-23.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0000314-40.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0005833-93.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0017566-56.2008.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0008017-85.2009.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0045519-58.2009.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0051185-40.2009.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0024955-58.2009.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0035676-69.2009.4.02.5151. Disponível em:
http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0021462-73.2009.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0002518-86.2010.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0006384-05.2010.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0003116-40.2010.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0007809-67.2010.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0007809-67.2010.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0008030-50.2010.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0023827-66.2010.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

_____. Processo nº 0000225-46.2010.4.02.5151. Disponível em: http://procweb.jfrj.jus.br/portal/consulta/cons_procs.asp. Acesso em 10 nov. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MACIEL, Carlos Alberto Batista. *O Acesso ao Benefício de Prestação Continuada: um direito relativizado*. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppII/pagina_PGPP/Trabalhos2/Carlos_Alberto_Batista_Maciel159.pdf

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Lua Nova n. 57, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MEDEIROS, Marcelo; GRANJA, Fábio; SAWAYA Neto, M. *Mudança do Conceito de Família do Benefício de Prestação Continuada*. Brasília: IPEA, 2009 (Texto para Discussão, n. 1411).

MEDICI, André. Proposta para melhorar a cobertura, a eficiência e a qualidade no setor da saúde. In: BACHA, Edmar Lisboa; SCHWARTZMAN, Simon. *Brasil: A Nova Agenda Social*. Rio de Janeiro: LTC, 2011.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. *Critérios de definição de casos de aids em adultos e crianças*. Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: http://www.aids.gov.br/sites/default/files/criterios_aids_2004.pdf. Acesso em 01 nov. 2012.

_____. *AIDS – Informações gerais – o que todos devem saber*. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=27865 Acesso em 20 nov. 2012.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. *Dados do BPC/RMV. Benefício de Prestação Continuada. Quantitativo de benefícios e recursos investidos no BPC no período de 1996 a 2012*. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/assistenciasocial/beneficiosassistenciais/bpc>. Acesso em 30 dez. 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do espírito das leis*. Tradução Roberto Legal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *"Judicialização da política": déficits explicativos e bloqueios normativistas*. Novos estudos, CEBRAP, n.91, 2011: 05-20.

PEREIRA, Guilherme Bollorini. *Juízados Especiais Federais Cíveis: questões de processo e de procedimento no contexto do acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSS. *Manual de Benefício de Prestação Continuada da Lei Orgânica da Assistência Social*. Dezembro de 2011. Disponível apenas na rede interna do INSS.

REIS, Elisa P.. *Percepções da elite sobre pobreza e desigualdade*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol.15, n.42, 2000: 143-152 .

REIS, J. F. dos. *Nos caminhos da judicialização – um estudo sobre a demanda judicial pelo Benefício da Prestação Continuada*. Dissertação (Mestrado em Política Social) – Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2010.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SENA, Adriana Goulart de. *A Conciliação Judicial Trabalhista em uma Política Pública de Tratamento Adequado e Efetivo de Conflito de Interesses*. In: PELUSO, Antonio Cezar Peluso; RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SENA, Adriana Goulart de; OLSSON, Giovanni. *Técnicas de Juízo Conciliatório na Justiça do Trabalho*. In: PELUSO, Antonio Cezar Peluso; RICHA, Morgana de Almeida. *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SIERRA, Vânia Morales. *A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça*. Revista Katálysis vol. 15, n. 2, Florianópolis, Jul/Dec, 2011.

SILVA, Alessandra B. de A. ; IVO, Anete B.L. *Programas de Transferência de Renda no Brasil: uma análise do Benefício de Prestação Continuada- BPC*. Disponível em: <http://www.sinteseeventos.com.br/bien/pt/papers/alessandranuarqueProgramasdeTransferenciadeRendanoBrasil.pdf> . Acesso em: 10 jan. 2012

SILVA, Ana Paula Rangel da; GÓIS, João Bosco Hora. *Entre a acusação e aceitação: um estudo das percepções de uma equipe de saúde sobre a mulher gestante com HIV/AIDS*. Revista Gênero, v.11, n.2, Niterói, p. 9-28, 1. sem. 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Marcos Francisco de. *A participação do Assistente Social na judicialização dos conflitos sociais*. Ser Social, Brasília, n. 19, p. 59-83, jul./dez. 2006.

SPOSATI, Aldaíza. Benefício de Prestação Continuada com Mínimo Social. In: _____. *Proteção Social de Cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. São Paulo: Cortez, 2008. Cap. 6, p.125-178.

_____. *A menina LOAS: um processo de construção da assistência social*. São Paulo. Cortez, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensa análise de recurso sobre pagamento de benefício a idoso*. Notícias STF. Brasília, 06 jun. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=209353&caixaBusca=N>. Acesso em 01 nov. 2012a.

_____. ADI 1232-1/DF. Acórdão publicado em 01 jun. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=1232&processo=1232>. Acesso em 01 nov. 2012b.

_____. RExt 567.985/MT. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2569060>. Acesso em 01 nov. 2012c.

_____. RExt 580.963/PR. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2602629>. Acesso em 01 nov. 2012d.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1.112.557/MG. Acórdão publicado em 20 nov. 2009 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200900409999&data=20/11/2009.. Acesso em 01 nov. 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRINDADE, R. L. P.; SOARES, A. C. F. *Saber e poder profissional do assistente social no campo sociojurídico*. In: Congresso Brasileiro de Sociologia, 14. 29 a 31 de julho de 2009, Rio de Janeiro, 2009.

VALLINDER, T. & TATE, C. Neal. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University, 1995.

VESTENA, Carolina Alves. *Participação ou Formalismo? O Impacto das Audiências Públicas do Supremo Tribunal Federal Brasileiro*. Dissertação (Mestrado Profissional em Poder Judiciário) - Fundação Getúlio Vargas.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WANG, Daniel Wei. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. Rev. direito GV., vol.4, n.2, 2008: 539-568.

ANEXO 1

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM POLÍTICA SOCIAL

ROTEIRO DE ENTREVISTA

I – CONCEPÇÕES SOBRE O BPC

- 1 – Em termos gerais, qual a sua opinião sobre o BPC?
- 2- Qual a sua opinião sobre os atuais fatores a serem levados em consideração, de acordo com a legislação, para a concessão do BPC:
 - renda familiar *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo
 - conceito de família
 - conceito de pessoa com deficiência
- 3- Quais são as suas concepções sobre a miséria e a pobreza?
- 4 – Em termos gerais, como você vê o requerente do BPC?

II - CONCEPÇÕES SOBRE A CONCESSÃO DO BPC

- 1 - Você entende que é possível conceder o BPC se restar comprovado apenas a pobreza, mas não a miserabilidade?
- 2- Existe uma crescente concessão do BPC pela via judicial. É possível conciliar essa crescente judicialização com os princípios da separação dos poderes, da precedência da fonte de custeio e da reserva do possível?
- 3- Que implicações pode ter a concessão do BPC feita pelo judiciário com base em critérios diferentes daqueles elegidos pelo legislador? Isso pode por em risco a própria continuidade do BPC?
- 4- Qual a importância da perícia médica judicial para a solução da lide envolvendo o BPC?
- 5- Como você analisa o desempenho da perícia médica judicial na concessão do BPC?
- 6- Analisando os processos verifiquei que existe um número significativo de processos extintos sem resolução do mérito em razão:
 - do indeferimento da petição inicial (por exemplo, pela falta de juntada de comprovante de endereço atualizado)
 - do abandono da causa por mais de trinta dias (por exemplo, pelo não comparecimento à perícia judicial sem justificativa da ausência)
 - da ausência de pressupostos processuais (por exemplo, não regularização da representação).

O que você acha que acontece para essas pessoas após terem dado um passo tão grande, ingressar no Judiciário, deixarem de cumprir essas determinações judiciais para que o processo tenha seu curso normal?

7- Verifiquei também que muitos processos foram extintos sem resolução do mérito em razão da incompetência territorial. O que você acha que leva uma pessoa a se deslocar de sua residência até a Capital para propor uma ação postulando o BPC?

8- Verifiquei ainda que alguns processos foram extintos sem resolução do mérito em razão da falta de requerimento administrativo prévio. Quais os motivos que você elencaria como determinantes para os requerentes não ingressarem previamente com requerimento administrativo pleiteando o BPC?

III – INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO SOCIAL

1- Qual a importância do instrumento de avaliação social para solução da demanda envolvendo o BPC?

2 - Como você avalia o preparo técnico dos Oficiais de Justiça para realizar a avaliação social?

3 - Como você avalia o preparo técnico dos Assistentes Sociais para realizar a avaliação social?

4- Você sabe informar o motivo pelo qual a avaliação social, no passado, em alguns processos, era feita pelo Assistente Social e, em outros, pelo Oficial de Justiça?

5 - A realização da avaliação social feita por um ou outro profissional exerce maior contribuição para a solução da demanda envolvendo o BPC?

6- Você sabe informar se houve uma gradativa substituição do Assistente Social pelo Oficial de Justiça e o motivo pelo qual isso ocorreu?

ANEXO 2

UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM POLÍTICA SOCIAL

ROTEIRO DE ENTREVISTA

INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO SOCIAL

- 1- Como funciona o seu trabalho nos Juizados Especiais Federais para a solução de demanda envolvendo o BPC?
- 2- Qual a importância do instrumento de avaliação social para solução da demanda envolvendo o BPC?
- 3- Como você avalia o preparo técnico dos Oficiais de Justiça para realizar a avaliação social?
- 4- Como você avalia o preparo técnico dos Assistentes Sociais para realizar a avaliação social?
- 5- Você sabe informar o motivo pelo qual a avaliação social, no passado, em alguns processos, era feita pelo Assistente Social e, em outros, pelo Oficial de Justiça?
- 6- A realização da avaliação social feita por um ou outro profissional exerce maior contribuição para a solução da demanda envolvendo o BPC?
- 7- Você sabe informar se houve uma gradativa substituição do Assistente Social pelo Oficial de Justiça e o motivo pelo qual isso ocorreu?