

E N S A I O S S O B R E

POLÍTICAS PÚBLICAS

Camila Paula de Barros Gomes

Flávio Marcelo Gomes

Renato Alexandre da Silva Freitas

(organizadores)



Coleção
UNITOLEDO
Centro Universitário Toledo Araçatuba-SP

© 2016 Camila Paula de Barros Gomes, Flávio Marcelo Gomes e Renato Alexandre da Silva Freitas

©Direitos de Publicação
Editora Boreal
R. Aurora, 897 - Birigui - SP - 16200-263
(18) 3644-6578
www.editoraboreal.com.br
boreal@editoraboreal.com.br

Direção e Edição
Carlos Roberto Garcia Cottas

Capa
Carlos Roberto Garcia Cottas
Shutterstock

 Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ensaaios sobre políticas públicas / Camila Paula de Barros Gomes, Flávio Marcelo Gomes, Renato Alexandre da Silva Freitas, (organizadores). -- 1. ed. -- Birigui, SP : Boreal Editora, 2016. -- (Coleção UniToledo ; v. 5)

Vários colaboradores.
Bibliografia
ISBN 978-85-8438-129-6

1. Políticas públicas 2. Políticas públicas (Direito) I. Gomes, Camila Paula de Barros. II. Gomes, Flávio Marcelo. III. Freitas, Renato Alexandre da Silva. IV. Série.

16-06184

CDU-34:304

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Políticas públicas : Direito 34:304

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS: Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (artigo 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (artigos 101 a 110 da Lei 9.610/98, Lei dos Direitos Autorais). As opiniões contidas nos capítulos desta obra são de responsabilidade exclusiva dos seus autores, não representando, necessariamente, a opinião dos organizadores e da editora desta obra.

Orgulhosamente elaborado e impresso no Brasil
2016

CAPÍTULO XVI

AUXÍLIO-INCLUSÃO E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Luiz Gustavo Boiam Pancotti

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é desenvolver um esboço, sem pretensão de esgotar o tema, sobre o aspecto assistencial das pessoas com deficiência, especificamente sobre efetividade da proteção social.

Com efeito, as características básicas da Assistência se traduzem na aplicabilidade imediata das suas normas, adquirindo a situação de direito positivo no ordenamento jurídico, produzindo, por assim dizer, a criação de direitos e obrigações e a prevalência da norma assistencial sobre Estatuto da Pessoa com Deficiência no ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, para que se busque uma compreensão do tema ora proposto, é necessária, *a priori*, a identificação dos elementos da Assistência Social, especialmente o Benefício de Prestação Continuada com previsão na Lei Orgânica da Previdência Social, e o novo instituto do “Auxílio-inclusão”, criado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que ainda depende de regulamentação jurídica para sua implementação.

1 SISTEMA DE SEGURIDADE SOCIAL

O artigo 194 da Carta Constitucional prescreve que a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência

e à assistência social. Trata-se de um conjunto de normas, princípios e institutos que visam estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos em face de contingências que impeçam de prover suas necessidades básicas e a de seus dependentes.

Destarte, a seguridade social brasileira atua em três frentes: a saúde, a assistência e a previdência social.

A assistência social está disciplinada no artigo 203 da Lei Suprema e é um direito social insculpido no artigo 6º do mesmo diploma normativo. Assim, a assistência social é uma das espécies de mecanismo que o Poder Público dispõe como forma de garantir a existência de um piso social mínimo destinado àqueles que dela necessitar.

Assim, a Constituição Federal define a assistência social como política da Seguridade Social brasileira, onde se denota no campo dos direitos sociais a universalização do seu acesso, de responsabilidade estatal, com a participação da população.

Portanto, nos termos da nossa Constituição Federal, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, *independentemente de contribuição à seguridade social*, e tem por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, bem como o amparo às crianças e adolescentes carentes, *a promoção da integração ao mercado de trabalho, a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência*, promoção de sua integração à vida comunitária, e *a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei*¹.

Este último objetivo previsto no artigo 203 da CF/88 foi interpretada por nossa Corte Constitucional com o regra de aplicabilidade limitada, uma vez que seria imprescindível a edição de lei infraconstitucional que garantisse a sua plena eficácia, pois os parâmetros estabelecidos no inciso V do dispositivo supra não permitiriam a fruição de tal prerrogativa².

1. O inciso IV do artigo 203 da Constituição Federal usa expressão "pessoas portadoras de deficiência". De acordo com o Dicionário Michaelis, a palavra "portadora" origina-se do latim *portare*, que designa *pessoa ou coisa que leva ou conduz*. 1 V *carregador*, acepção 1. 2 *Pessoa que, em nome de outrem, leva a qualquer destino carta, encomenda etc.* 3 *Possuidor de título ou ação que não indica o nome do beneficiário, ou que foi endossado em branco.* 4 *Med Indivíduo que hospeda em seu corpo os organismos específicos de uma doença sem sintomas manifestos e assim age como veículo ou distribuidor da doença: Portador de bacilos.* Assim, observa-se a ausência de técnica da língua portuguesa do constituinte originário ao atribuir esta expressão às pessoas com deficiência, já que esta característica da moléstia física ou patologia não se permite portabilidade. Fato este que demonstra o equívoco uso da expressão.

2. "Previdenciário. Renda mensal vitalícia. Art. 203, V, da CF. Dispositivo não autoaplicável. Eficácia após edição da Lei 8.742, de 7-12-1993." (RE 401.127-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 30-11-2004, Segunda Turma, DJ de 17-12-2004.). "Embargos recebidos para explicitar que o inciso V do art. 203 da CF tornou-se de eficácia plena com o advento da Lei 8.742/1993." (RE 214.427-Agr-ED-ED, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 21-8-2001, Segunda Turma, DJ de 5-10-2001.)

Somente após a promulgação da Lei Orgânica da Assistência Social (Lei 8.742/93)³, alteradas pela Lei 12.435 e 12.470, ambas de 2011, e por fim, pela Lei 13.146/15, visou a efetivação deste direito fundamental, cuja regulamentação está a cargo do Decreto 6.214/07, alterado pelo Decreto 7.617.

1.1 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

Nos termos do artigo 1º da Lei Orgânica da Assistência Social de nº 8.742 de 07/12/93 (L.O.A.S.), a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Assim, os artigos 20, 21 e 21-A estabelecem os requisitos e critérios para a fruição do Benefício Assistencial de Prestação Continuada que, apesar de não ser uma prestação da Previdência Social, por questão de conveniência política, é concedido e fiscalizado pelo INSS.

1.2 REQUISITOS PARA FRUIÇÃO DO BPC

De acordo com o artigo 20 da Lei 8.742/93, o BPC será destinado à pessoa com deficiência ou ao idoso com 65 anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de sua família. De acordo com o Decreto 6.214/07, são requisitos para fruição do BPC a Nacionalidade Brasileira, Idade ou Deficiência e a hipossuficiência econômica (miserabilidade - requisito econômico).

Pelo Artigo 7º do Decreto 6.214/07, a concessão do BPC está limitada apenas à brasileiro, nato ou naturalizado, que comprove domicílio ou residência no Brasil. De acordo com este dispositivo, estrangeiros idosos ou deficientes, vulneráveis economicamente, não têm direito a receber benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro, desde que estejam em situação regular de residência no país. Sobre o tema vale ressaltar que em outubro de 2015, a 21ª Vara da SJDF deferiu o pedido de antecipação de tutela para que o INSS adotasse todas as providências necessárias para que estrangeiro pudesse usufruir do benefício assistencial ao idoso ou ao deficiente. Isto porque o texto

3. "Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203 da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado." (ADI 1.232, Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, julgamento em 27-8-1998, Plenário, DJ de 1-6-2001.)

constitucional é expresso ao afirmar que os direitos e garantias fundamentais estendem-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, não havendo qualquer exigência de que sejam cidadãos, como definiu a Lei 8.742/1993 do BPC/LOAS (0006972-83.2012.4.01.3400). No dia 27 de janeiro de 2016, o INSS expediu memorando dando cumprimento à esta sentença proferida na Ação Civil Pública. Por fim, vale destacar que no STF o tema está afeto à Repercussão Geral registrada sob o nº RE 587.970/SP.

No que se refere ao requisito etário, a redação original do art. 20 da LOAS exigia inicialmente que o assistido tivesse à época de sua concessão a idade 70 anos. Posteriormente, a MP 1599-39/97, a partir de 01.01.1998, reduziu a idade e passou a ser com mais de 67 anos, conforme nova redação dada pela MP 1.599-39, de 1997, e reedições, convertida na lei 9.720/98. Com o advento do Estatuto do Idoso - Lei 10.741/2003 houve revogação implicitamente da LOAS no quesito etário para possibilitar a concessão do benefício para as pessoas com idade a partir dos 65 anos de idade. Com a edição da Lei 12.435/11, a revogação tornou-se expressa. Oportuno registrar que para o Estatuto considera-se idoso aquele que tem idade superior a 60 anos, mas para a percepção do benefício em estudo exige-se 65 anos, isto em respeito ao fundamento do princípio da seletividade.

Por se tratar de requisitos alternativos, quando se tratar de benefício destinado ao idoso, não há que se comprovar a deficiência, pois não são requisitos cumulativos com o em estudo.

O artigo 20, § 2º da Lei 8.742/93, na sua redação original disciplinava que para efeito de concessão deste benefício, a pessoa com deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho⁴. Posteriormente, com a edição da Lei 12.435/11, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas⁵. Por sua vez, impedimentos de longo prazo são aqueles que incapacitam a pessoa com deficiência para a vida independente e para o trabalho pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos⁶.

4. SÚMULA 29 DA TNU - Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilidade de prover ao próprio sustento.

5. SÚMULA 80 DA TNU - Nos pedidos de benefício de prestação continuada (LOAS), tendo em vista o advento da Lei 12.470/11, para adequada valoração dos fatores ambientais, sociais, econômicos e pessoais que impactam na participação da pessoa com deficiência na sociedade, é necessária a realização de avaliação social por assistente social ou outras providências aptas a revelar a efetiva condição vivida no meio social pelo requerente.

6. SÚMULA 48 DA TNU - A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada.

Com a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 2015, a definição legal de pessoa com deficiência é aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, *mental*, intelectual ou sensorial, o qual, em interação *com uma ou mais* barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade *em igualdade de condições* com as demais pessoas⁷. Vale lembrar que no Art. 20, § 10 da LOAS, o impedimento de longo prazo é definido na lei por 2 anos.

Não se pode olvidar a ilegalidade do artigo 4º, § 1º do Regulamento da LOAS⁸, alterado pelo Decreto 7617/11, ao exigir a idade mínima de 16 anos para que a pessoa deficiente seja atendida para a fruição de tal benesse. Isto porque é de bom tom verificar se a deficiência ao menor de 16 anos poderá impactar de tal modo a sua vida e de sua família, apta a reduzir as suas possibilidades e oportunidades no meio em que vive⁹.

Por derradeiro, no que diz respeito ao critério de miserabilidade, como requisito de natureza econômica do BPC, o § 3º do artigo 20 da LOAS prevê que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. Para critérios assistenciais, a família é a entidade composta pelo beneficiário, 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. Cabe observar a injustiça da lei ao adotar o conceito supra de família, pois permite a exclusão no grupo familiar de qualquer pessoa que vive sob o mesmo teto, independentemente de relação de parentesco. A jurisprudência vem relativizando tal conceituação¹⁰.

É de grande importância ressaltar que o STF, no julgamento da Reclamação nº 4.374/PE, de Relatoria do Min. GILMAR MENDES, reconheceu a parcial inconstitucionalidade do §3º do artigo da LOAS, sem pronúncia de nulidade, *in verbis*:

PEDILEF 2006.83.03.501.397-9/PE: havendo incapacidade médica, ainda que apenas parcial, cabe a concessão do benefício se as condições pessoais forem desfavoráveis à inserção ou reinserção do mercado de trabalho.

7. "No caso de HIV assintomático, mas com sinais exteriores de sua doença, há direito a benefícios assistenciais" (PEDILEF 2006.34.00700191-7/DF – DJ: 11/03/2010).
8. Art. 4º, § 1º - Para fins de reconhecimento do direito ao Benefício de Prestação Continuada às crianças e adolescentes menores de dezesseis anos de idade, deve ser avaliada a existência da deficiência e o seu impacto na limitação do desempenho de atividade e restrição da participação social, compatível com a idade.
9. TNU: 2007.83.03.50.1412-5; 2005.80135061286 e 2006.82025020500. PEDILEF Nº 2009.32007033423 (30/08/2011).
10. Enunciado nº. 51 - FONAJEF - O art. 20, parágrafo primeiro, da Lei 8742/93 não é exauriente para delimitar o conceito de unidade familiar.

(...) Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. (...) Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso a Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente. (Data de Julgamento: 18/04/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013)

Verifica-se, destarte, que a Corte Constitucional reconheceu a nulidade do dispositivo infralegal, mas, por outro lado, não se pronunciou acerca de qual seria o atual critério a ser adotado para apurar a situação de miserabilidade. Tal omissão se justifica em razão da ausência de competência material do STF para realizar a interpretação de lei federal. Coube, por assim dizer, ao Superior Tribunal de Justiça a tarefa de realizar a interpretação do artigo 20, §3º da LOAS em face da sua parcial inconstitucionalidade declarada pelo STF, no julgamento do REsp n. 1.112.557/MG, submetido a julgamento representativo de controvérsia repetitiva, cujo trecho transcrevo abaixo:

A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

Portanto, conforme orientação adotada no recurso repetitivo, quando o assistido possuir renda mensal *per capita* inferior à ¼ do salário mínimo, há

uma presunção absoluta de miserabilidade, a qual não comporta prova em sentido contrário. Outrossim, quando o assistido demonstrar que a sua renda superar o critério de $\frac{1}{4}$, caberá a ele demonstrar a situação de hipossuficiência econômica.

Outra questão também submetida a julgamento representativo de controvérsia no STJ, em matéria de BPC, diz respeito à aplicabilidade analógica do artigo 34, p.u., do Estatuto do Idoso¹¹, aos casos de pessoas com deficiência¹². Assim, a concessão de benefício Assistencial a Idoso, bem como ao Deficiente, cabe exclusão de benefício de valor mínimo recebido por outro idoso do núcleo familiar, ainda que seja de cunho previdenciário¹³, o qual também fica excluído do grupo para fins de cálculo para renda familiar per capita¹⁴.

1.3 TERMO INICIAL E FINAL DO BPC

De acordo com a jurisprudência, caso a prova pericial realizada em juízo dá conta de que a incapacidade já existia na data do requerimento administrativo,

11. Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social - Loas.
Parágrafo único. 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.
12. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. RENDA FAMILIAR PER CAPITA PARA FINS DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). TEMA 640. Aplica-se o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. (...) 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". (...) Isto é: o idoso que, ao completar 65 anos de idade, não provê a sua subsistência ou não a tem provida com o auxílio da família não deve compor a dimensão econômica do núcleo familiar quando em análise a concessão de outro benefício assistencial a idoso. E isso se deve porque a renda mínima que ele recebe é personalíssima e se presta, exclusivamente, à sua manutenção, protegendo-o da situação de vulnerabilidade social. Assim, a proteção aos idosos aqui tem nítido caráter assistencial. Desse modo, à luz dos princípios da isonomia e da dignidade humana, faz-se necessário aplicar a analogia a fim de que o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso integre também o sistema de proteção à pessoa com deficiência, para assegurar que o benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso que faça parte do núcleo familiar não componha a renda per capita prevista no § 3º do art. 20 da Lei 8.742/1993 – que, aliás, foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, por omissão, sem declaração de nulidade, no julgamento do RE 567.985-MT, sob o rito do artigo 543-B do CPC (DJe 3/10/2013). (...) (REsp 1.355.052SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/2/2015, DJe 5/11/2015 (Informativo 572).
13. Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo." (RE 580.962-1, Rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 18-4-2013, Plenário, DJE de 14-11-2013.)
14. Sem prejuízo de outros meios, a comprovação da condição sócio-econômica do beneficiário 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.

esta é o termo inicial do benefício assistencial (DER). Porém, se ausente a prova da Data do Início da Incapacidade, o termo inicial será fixado na data da propositura da ação/ requerimento judicial.

O benefício assistencial será revisto a cada dois anos, e poderá ser extinta a sua concessão se superadas as condições que lhe deram origem, com a morte do beneficiário (personalíssimo)¹⁵, na falta de comparecimento na perícia periódica ou ausência de declaração da composição do grupo familiar quando solicitado, bem como constatada a irregularidade na sua concessão.

2 ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (LEI 13.146/15)

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), com a *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial¹⁶, ou seja, com o início de sua vigência em 08 de janeiro de 2016.

Alvo de críticas ásperas, em razão da alteração substancial do artigo 3º e 4º do Código Civil, a Lei 13.146/15 alterou também dispositivos dos seguintes diplomas: Código Eleitoral, Consolidação das Leis do Trabalho, Lei que dispõe sobre o FGTS, Código de Defesa do Consumidor, Lei de Licitações, Lei de Benefícios da Previdência Social e também da Lei Orgânica da Assistência Social.

De acordo com o estatuto, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Ao garantir a capacidade civil plena, o deficiente possui os mesmos direitos e deveres sendo vedado qualquer tipo ou forma de discriminação. Para fins legais, considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Assim, na busca de incentivar a inclusão social das pessoas com deficiência, foram elaboradas medidas políticas e jurídicas para minimizar o desequilíbrio causado em razão da sua hipossuficiência, minimizando os efeitos segregatórios existentes decorrentes da estrutura social.

15. Vale ressaltar que por se tratar de benefício personalíssimo não lhe garante direito à pensão por morte ao dependente.

16. Art. 127 da Lei 13.146/15.

Com efeito, em relação ao mercado de trabalho é notório que poucos são os empregadores que se dispõem a absorver esse segmento. O deficiente é o último a ser contratado e o primeiro a ser demitido, sendo que sua faixa salarial é, em média, menor que a de seus colegas de profissão.

A Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social) exige que as empresa com mais de 100 empregados devem preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados *ou* pessoas com deficiência¹⁷. A dispensa de pessoa com deficiência ou de beneficiário reabilitado da Previdência Social ao final de contrato por prazo determinado de mais de 90 (noventa) dias e a dispensa imotivada em contrato por prazo indeterminado *somente poderão ocorrer após a contratação de outro trabalhador com deficiência ou beneficiário reabilitado da Previdência Social*, independentemente se a empresa tenha mantido o percentual mínimo¹⁸.

Este modelo de inclusão social adotado pela Lei 8.213/91 é denominado como “*emprego apoiado*”. Oriundo dos Estados Unidos da América na década de 70, o trabalho apoiado centra seus esforços na colocação de pessoas com deficiência com um potencial mal definido para atividades competitivas. Ocorre em um ambiente onde as pessoas possam interagir e ter ao seu alcance

17. Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I - até 200 empregados: 2%; II - de 201 a 500: 3%; III - de 501 a 1.000: 4%; IV - de 1.001 em diante: 5%.

18. I - AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. Observância da previsão contida no art. 93, § 1.º, da Lei 8.213/91 ainda que a reclamada tenha mantido, em seu quadro funcional, o percentual mínimo de empregados reabilitados ou portadores de deficiência. Demonstrada possível violação do art. 93, § 1.º, da Lei 8.213/91, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA 1 - PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. HABITUALIDADE. Deixa-se de examinar a preliminar de nulidade do acórdão do Tribunal Regional por prestação negativa, em razão do disposto no art. 249, § 2.º, do CPC. 2 - REINTEGRAÇÃO. Observância da previsão contida no art. 93, § 1.º, da Lei 8.213/91 ainda que a reclamada tenha mantido, em seu quadro funcional, o percentual mínimo de empregados reabilitados ou portadores de deficiência. Consoante o disposto no art. 93, § 1.º, da Lei 8.213/91, a validade da dispensa imotivada de empregado portador de deficiência física condiciona-se à prova de que a empresa preenche o percentual mínimo de vagas ocupadas por empregados portadores de deficiência e que admitiu outro empregado na mesma condição. Desse modo, ainda que a reclamada tenha mantido, em seu quadro funcional, o percentual mínimo de empregados reabilitados ou portadores de deficiência, não deixa de se sujeitar ao disposto no parágrafo 1.º do art. 93 da Lei 8.213/91. Com efeito, eventual exclusão da obrigação de preenchimento de cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência só se justificaria diante da impossibilidade de a empresa contratar empregados que se enquadrem como reabilitados ou portadores de deficiência, o que não ficou demonstrado no caso concreto. Sinala-se, ainda, que o fato de a parte contratar acima da cota configura ato discricionário do empregador. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR-107401220055170012 10740-12.2005.5.17.0012, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 02/04/2013, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/04/2013).

Dessa forma, de acordo com a jurisprudência do TST, ainda que o empregador esteja dentro do limite da cota de deficientes deve, antes de dispensar imotivadamente o empregado portador de deficiência reabilitado ou habilitado, contratar outro substituto em condições semelhantes, caso contrário ficará sujeito a reintegrar o trabalhador no emprego e a pagar salários vencidos e vincendos até comprovar a contratação de um semelhante em seu lugar.

oportunidades com trabalhadores sem deficiência. Em suma: é um conjunto de serviços e ações (fundamentalmente individualizadas) centradas na pessoa com deficiência (com dificuldades especiais) com risco de exclusão social à procura de um emprego, podendo com isso se inserir, manter-se e se promover em uma empresa do mercado de trabalho, contando com o apoio de profissionais especializados (o preparador laboral) e com outros tipos de apoios específicos¹⁹.

Além disto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência dá incentivos para aqueles que se encontram fora do mercado de trabalho e (re)ingresse ao sistema de produção mediante benefícios pecuniários destinados à crescer a renda.

2.1 AUXÍLIO-INCLUSÃO

Previsto no artigo 94 da Lei 13.146/15, o auxílio-inclusão é um benefício assistencial consistente em uma remuneração mensal extra destinadas àquelas pessoas com deficiência moderada ou grave que recebem o Benefício da Prestação Continuada prevista na LOAS e se insiram regularmente no mercado de trabalho.

Não se trata de um mero incentivo para as pessoas voltarem ao mercado de trabalho em respeito às cotas previstas no artigo 93 da Lei 8.213/91, mas também de nele se permanecer, ajudando a manter o alto custo de vida em razão das tecnologias assistivas.

Assim, a pessoa com deficiência que se enquadrar nos requisitos exigidos pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e que receba ou tenha direito de receber o BPC e ingresse no mercado de trabalho passará a receber o auxílio-inclusão, conforme dispõe o artigo 93 da lei, a fim de complementar a renda para atendimentos das necessidades básicas vitais.

Isto porque, nos termos do art. 21-A da LOAS, o benefício de prestação continuada será *suspenso* pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência *exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual*. Assim, uma vez paralisa a concessão deste benefício assistencial, a pessoa com deficiência moderada e grave, passará receber cumulativamente com a remuneração da atividade que exercer o auxílio em estudo.

Outrossim, extinta a relação trabalhista ou a atividade empreendedora ou encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer *benefício previdenciário*, poderá ser

19. MATOS, Naiara Roberta Vicente de. Emprego apoiado: uma análise psicossocial da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, 2013. 114 p. Dissertação de Mestrado em Psicologia Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. PUC/SP, São Paulo, 2013; pg. 76/77. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15919>. Acesso em: 04/04/2016

requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim. Ocasão em que o benefício de auxílio-inclusão será cessado, reestabelecendo-se o Benefício de Prestação Continuada.

Interessante observar que a contratação de pessoa com deficiência na qualidade de aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitando a 2 (dois) anos o *recebimento concomitante da remuneração e do benefício*. Acredita-se, neste caso, que em razão da continuidade do recebimento do PBC pelo aprendiz que exerçam atividade remunerada, não será possível a cumulação deste com o auxílio-inclusão, em razão da impossibilidade de cumular o recebimento de dois benefícios assistenciais da mesma natureza.

No entanto, para virar realidade, a efetivação plena da concessão do benefício ainda dependerá da aprovação de lei específica regulamentando os critérios e o valor do auxílio, uma vez que só os seus requisitos básicos se encontram disciplinados no Estatuto da Pessoa com Deficiência. Portanto, apesar de possuir previsão legal, não será possível de imediato a concessão do auxílio-inclusão, diante da ausência de critérios que permitam a sua fruição. Trata-se de instituto *lege ferenda*.

2.2 REQUISITOS DO AUXÍLIO-INCLUSÃO

Nos termos do artigo 94 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, *terá* direito ao auxílio-inclusão, a pessoa com deficiência moderada ou grave *que* receba o benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e *que* passe a exercer atividade remunerada *que a* enquadre como segurado obrigatório do RGPS, bem como aquele *que tenha* recebido nos últimos 5 (cinco) anos e *que exerça* atividade remunerada *que a* enquadre como segurado obrigatório do RGPS.

Assim, o Estatuto da Pessoa com Deficiência limita somente àqueles *que* possuam um grau *moderado* ou *grave* de impedimento. A apuração deste grau de deficiência deverá ser realizada por meio de Perícia Médica Previdenciária. A Perícia Médica Previdenciária tem como finalidade subsidiar a autoridade administrativa acerca de características constatáveis no requerente a benefícios assistenciais ou previdenciários (comuns ou acidentários) que *lhe permitam* reconhecer ou não direito a prestações previstas em lei. A Perícia Médica Administrativa é voltada à determinação do grau de deficiência do assistido *ou* do segurado do RGPS, bem como à sua capacidade ou incapacidade laborativa *ou* dos seus dependentes, com vistas a instrumentalizar processos e atos de *cunho*

administrativo, principalmente relacionados à concessão de benefícios, auxílios ou dependência econômica. É atividade em geral vinculada às instituições oficiais de previdência social – regime geral (INSS), com possível delegação ao SUS, nos termos do artigo 60, § 5º, inc. I da Lei 8.213/91. Vale observar, como mencionado antes, que o benefício em estudo ainda não foi objeto de regulamentação legal, cuja atribuição desta tarefa poderá ser destinada a outro órgão ou entidade.

Outrossim, caberá à própria lei que definir o benefício em questão quais serão as deficiências graves e moderadas. Caso a lei não desempenhe tal mister, o Decreto nº 8.145, de 3 de dezembro de 2013, que dispõe sobre a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade da pessoa com deficiência, pode ser utilizado analogicamente.

Além disso, o artigo 94 do EPD exige que o assistido receba o benefício de prestação continuada previsto no art. 20 da LOAS, e que passe a exercer atividade remunerada que a enquadre como segurado obrigatório do RGPS, bem como aquele que tenha recebido nos últimos 5 (cinco) anos e que exerça atividade remunerada que a enquadre como segurado obrigatório do RGPS.

Desta forma, caberá ao assistido comprovar o recebimento do BPC, ou que tenha recebido nos últimos cinco anos e ainda: exercer atividade remunerada, filiando-se regularmente ao RGPS na qualidade de segurado obrigatório. Segurados da Previdência Social são os indivíduos que integram o rol de beneficiários da Previdência Social em razão de se filiarem previamente a ela. Nos termos do artigo 9º do Decreto 3.048/99, são obrigatórios aqueles que de forma compulsória encontram-se vinculados ao regime de previdência social por *exercerem atividade laborativa lícitamente remunerada*, de maneira efetiva ou potencial, de natureza urbana ou rural, com ou sem vínculo empregatício, a título precário ou não, bem como àqueles definidos em lei, ou o exerceu no período anterior ao chamando “período de graça”. São segurados obrigatórios do Regime Geral de Previdência Social o empregado, empregado doméstico, contribuinte individual (empresário, autônomo, equiparado ao autônomo), trabalhador avulso e o segurado especial. Portanto, observa-se a falta de técnica do legislador no uso do vernáculo, uma vez que o exercício da atividade remunerada já enquadra a pessoa na condição de segurado obrigatório do RGPS.

O enquadramento do segurado(a), decorrente do exercício da atividade profissional remunerada, em qualquer das categorias de contribuintes, determina, essencialmente, a filiação obrigatória, compulsória e automática do(a) segurado(a) à Previdência Social, fato que ocorre, quando se trata de empregado(a), empregado(a) doméstico(a), mediante lançamento de

contrato de trabalho em suas carteiras profissionais, livro ou ficha de registro de empregados e, no caso de avulsos, a sua filiação à Associação, Sindicato ou Órgão Gestor de Mão de Obra. Com efeito, nos termos do artigo 20 do Decreto 3.048/99, a filiação é o vínculo que se estabelece entre pessoas que contribuem para a previdência social e esta, do qual decorrem direitos e obrigações. A filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios e da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo.

Acredita-se que, *lege ferenda*, outros requisitos serão ainda implementados, tais como: teto máximo da remuneração recebida, alteração de graus de deficiência, perícias médicas periódicas, proibição da cumulação, dentre outros.

CONCLUSÃO

Apesar da lei possuir o intuito de buscar o ideal do pleno emprego, com vistas ao valor social do trabalho, observa-se que só é favorecido pelo Auxílio-inclusão àquele que recebe o Benefício de Prestação Continuada às pessoas com Deficiência previsto na LOAS. Desta forma, encontram-se excluídos de tal proteção social os deficientes que estão em gozo de auxílio-acidente, auxílio-doença, bem como os aposentados por invalidez.

Qual razão de tal tratamento diferenciado?

Tal tratamento diferenciado, pelo que se observa, não possui respaldo jurídico, uma vez que as pessoas com deficiência que não tem capacidade laborativa encontram-se segregados do mercado de trabalho de igual maneira, independentemente da natureza ou espécie de benefício receba.

O argumento de que esta categoria de deficientes ao receberem um benefício previdenciário encontra melhor proteção não prospera. Isto porque eles sofrem das mesmas restrições e impedimentos a longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que constitui uma barreira a participar de em igualdade de condições com as demais pessoas.

A partir deste tratamento diferenciado dado pela lei, os deficientes que se filiam ao RGPS a partir da edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência terão mais vantagens daqueles que nunca tiveram a mesma oportunidade. Explico: os que recebem o benefício assistencial (LOAS) terão melhores oportunidades de emprego, com remuneração mais vantajosas em comparação àqueles que se encontram aposentados por invalidez e queiram voltar ao mercado de trabalho. Com isso, o valor do salário de contribuição daqueles serão maiores do que deste, o que permitirá, no futuro, a fruição de um benefício previdenciário

de maior valor, inclusive por incapacidade se comprovado o agravamento da doença após a nova filiação.

Assim, registra-se neste ensaio a falha do Estatuto da Pessoa com Deficiência que, apesar de buscar condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania, olvidou de garantir a mesma proteção aos deficientes que gozam de benefícios previdenciários.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 4ª Edição revisada e atualizada com obediência às leis especiais e gerais. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2009.

MATOS, Naiara Roberta Vicente de. *Emprego apoiado: uma análise psicossocial da inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho*, 2013. 114 p. Dissertação de Mestrado em Psicologia Social. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. PUC/SP, São Paulo, 2013; pg. 76/77. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=15919>. Acesso em: 04/04/2016.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam Pancotti. *Conflitos de Princípios Constitucionais na tutela de benefícios previdenciários*. São Paulo: LTr. 2009.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam Pancotti. *Ensaio sobre a teoria da Responsabilidade na Sociedade de Risco*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Escola Judicial do TRT – 15ª Região; nº 38, jan/jun.2011, p. 75/94.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam Pancotti. *A estrutura da norma jurídica previdenciária*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3469, 30 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23348>>.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam Pancotti. *Perícia Médica Previdenciária e o Novo CPC*. In: Camila Paula de Barros Gomes; Flávio Marcelo Gomes; Renato Alexandre da Silva Freitas. (Org.). NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ANÁLISES E REFLEXOS NOS DEMAIS RAMOS DO DIREITO.. 1ed.Birigui: editora Boreal, 2015, v. 1, p. 187-201.

ROCHA, Daniel Machado da (Coord). *Curso de especialização em Direito Previdenciário – Vol I*. 1ª Edição, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

ROCHA, Daniel Machado da (Coord). *Curso de Especialização em direito previdenciário – Vol 2*. 1ª Edição, 2ª Tiragem. Curitiba: 2007