

BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA TEMPORÁRIO PARA CRIANÇAS ACOMETIDAS PELA SÍNDROME CONGÊNITA DO ZIKA VÍRUS: UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE SEU POTENCIAL DE AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL

*TEMPORARY CONTINUOUS BENEFIT FOR CHILDREN AFFECTED BY ZIKA VIRUS
CONGENITAL SYNDROME: A CRITICAL ANALYSIS OF ITS POTENTIAL TO INCREASE
SOCIAL PROTECTION*

*BENEFICIO DE DISPOSICIÓN TEMPORAL CONTINUA PARA NIÑOS AFECTADOS
POR EL SÍNDROME CONGÉNITO DEL VIRUS DE ZIKA: UN ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE
SU POTENCIAL PARA AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN SOCIAL*

Licença CC BY:

Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Hellen Nicácio de Araújo¹

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer²

Resumo: O presente artigo realiza uma análise crítica do Benefício de Prestação Continuada Temporário concedido às crianças acometidas pela Síndrome Congênita do Zika Vírus, objetivando compreender o seu potencial de ampliação da proteção social a esse grupo vulnerável. Assim, após um exaustivo rastreamento bibliográfico e documental, sob a perspectiva dialética crítica, analisamos o Benefício de Prestação Continuada (BPC) como política pública de assistência social; discutimos as características do benefício instituído pela Lei n.º 13.301/16, comparando-o com o regramento geral para concessão do BPC para pessoas com deficiências; e, por fim, analisamos se o Benefício de Prestação Continuada Temporário tem potencial para ampliar a proteção social para as crianças com a referida síndrome. Concluímos que essa política pública não tem potencial para ampliar a proteção social para as crianças vitimadas pelo Zika Vírus, estabelecendo verdadeira restrição do sistema de assistência social já existente no Brasil, violando o princípio da proibição do retrocesso social.

1 Doutoranda em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Mestre em Segurança Pública pela UUV/ES, especialista em Direito Processual, Defensora Pública no Estado do Espírito Santo, Membro do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Vitória/ES, Brasil, hbnicacio@gmail.com

2 Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UniRio). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais (QUALIS A 1). Coordenadora do BIOGEPE- Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética. Membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Bioética. Professora Associada II aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Vitória/ES, Brasil, elda.cba@gmail.com

Palavras-chave: BPC, Zika, Criança, Proteção Social, Crítica.

Abstract: This article presents a critical analysis of the Temporary Benefit for Children with Zika virus Congenital Syndrome, seeking to understand its potential to extend social protection to this vulnerable group. After exhaustive bibliographical and documentary research, from a critical dialectic perspective, we analyze the Continuous Benefit (BPC) as a public social welfare policy; we discuss the characteristics of the benefit established by Law 13,301/16, compared to the general rule for granting BPC to persons with disabilities; and finally, we analyze whether the Temporary Benefit can increase social protection for children with this syndrome. We conclude that this public policy does not have the potential extend the social protection to children affected by the Zika virus, establishing a real restriction of the social welfare system that already exists in Brazil, and violating the principle of the prohibition of social regression.

Keywords: BPC. Zika. Child. Social Protection. Criticism.

Resumen: El presente artículo realiza un análisis crítico del Beneficio de Disposición Temporal Continua concedido a niños afectados por el Síndrome Congénito del Virus de Zika, objetivando comprender su potencial para la ampliación de la protección social a este grupo vulnerable. Así, tras un exhaustivo rastreamiento bibliográfico y documental, sobre la perspectiva dialéctica crítica, analizamos el Beneficio de Disposición Continua (BPC) como política pública de asistencia social; discutimos las características del beneficio instituido por la Ley n.º 13.301/16, comparándola con el reglamento general para concesión del BPC para personas con deficiencias; y, por fin, analizamos si el Beneficio de Disposición Temporal Continua tiene potencial para ampliar la protección social para los niños con el mencionado síndrome. Concluimos que esta política pública no tiene potencial para ampliar la protección social para los niños víctimas del virus de Zika, estableciendo verdadera restricción del sistema de asistencia social ya existente en Brasil, violando el principio de la prohibición del retroceso social.

Palabras clave: BPC, Zika, Niño, Protección Social, Crítica.

INTRODUÇÃO

Entre o final de 2014 e o início de 2015 houve no Brasil um alto número de notificações de nascimento de bebês com Microcefalia, principalmente no Nordeste do país, o que chamou a atenção das autoridades públicas e da sociedade, já que tal fenômeno jamais ocorrera antes.

Neuropediatras pernambucanas relacionaram os casos de microcefalia e outras alterações neurológicas em recém-nascidos com a Zika, uma doença viral geralmente transmitida pelo *Aedes aegypti*, e deram alerta para a comunidade científica.

No segundo semestre de 2015, foram confirmados 907 casos de Microcefalia em recém-nascidos relacionados com Zika Vírus, distribuídos entre vários estados brasileiros, o que levou o país a declarar Situação de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional para Zika e Microcefalia, adotando algumas medidas de combate ao vetor e formatando ações de atendimento às crianças infectadas.³

3 BRASIL, Portal Brasil, Governo investiga casos de microcefalia. Brasília. 2016. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2016/03/ministerio-da-saude-investiga-4-293-casos-de-microcefalia-no-brasil/microcefalia_2302.png/view>. Acesso em: 19 ago. 2017.

Aliás, como era de se esperar em relação às doenças que são transmitidas por mosquitos, a maior parte dos casos confirmados de infecção pelo Zika Vírus tem como vítimas pessoas que sobrevivem em situação de pobreza, em condições precárias de saneamento básico, sem gestão de resíduos sólidos e irregular fornecimento de água potável, o que é agravado pela escassez de renda, desconhecimento sobre seus Direitos Fundamentais e acesso às políticas públicas, bem como aos meios de sua efetivação.

Como observado por Freitas *et al.*, apesar da pobreza e das condições de vida insalubre serem determinantes sociais importantes do surto do Zika Vírus, toda a intervenção durante a emergência foi voltada, basicamente, para o acompanhamento dos casos e a compreensão da história natural da doença, sendo raros os investimentos na área social para tentar contornar e amenizar o surto.⁴

Neste contexto, o Governo Federal editou a Lei n.º 13.301/2016, que em seu art. 18 prevê a concessão de uma espécie de Benefício de Prestação Continuada Temporário para as crianças vítima de Microcefalia decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, (BPC-Zika⁵), a qual tem como características: I) ter prazo máximo de 3 anos para o pagamento; II) ser restrito às crianças vítimas de microcefalia decorrentes de doenças transmitidas pelo mosquito *Aedes aegypti*; III) não poder ser pago concomitantemente com o salário-maternidade originado pelo nascimento da criança vítima de microcefalia.⁶

Além destes requisitos especiais, a obtenção deste benefício ainda está condicionada ao cumprimento das exigências ordinárias para a concessão do Benefício de Prestação Continuada estabelecido pela Lei Federal n.º 8.742/93 (BPC-LOAS), ou seja, renda máxima mensal familiar *per capita* de ¼ do salário mínimo e a realização de perícia médica e social.

Assim, considerando que em maio de 2017 havia 2.869 casos confirmados de crianças acometidas pela Síndrome Congênita do Zika Vírus e mais 105 considerados prováveis⁷ e que elas integravam, majoritariamente, famílias em condições de vulnerabilidade social, questionamos em que medida o Benefício de Prestação Continuada Temporário (BPC-Zika) tem potencial para ampliar a proteção social para as crianças vitimadas pela Síndrome Congênita do Zika Vírus, considerando a preexistência de previsão legal de concessão do benefício pecuniário para pessoas com deficiência?

4 FREITAS, Paula de Souza Silva et al. Políticas Emergenciais em Saúde. In: Miranda, Angélica E, Rangel Claudia, Moura Renata Costa (Org.). Questões sobre direitos humanos: justiça, saúde e meio ambiente. 1. ed. Vitória, ES: UFES, Proex, 2018, p. 144-168. Disponível em: <http://www.proex.ufes.br/sites/proex.ufes.br/files/field/anexo/questoes_3_completo.pdf#page=144>. Acesso em: 02 out. 2018. p. 156.

5 Neste trabalho foi utilizada pelas autoras a sigla BPC-Zika para identificar o benefício instituído pela Lei n.º 13.301/16, não havendo qualquer referência a ela na Lei.

6 BRASIL, Lei n.º 13.301/2016, 27 de junho de 2016, Brasília, 2016c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm. Acesso em: 14 abr. 2018.

7 BRASIL, Ministério da Saúde declara fim da Emergência Nacional para Zika e microcefalia. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/svs/noticias-svs/28348-ministerio-da-saude-declara-fim-da-emergencia-nacional-para-zika-e-microcefalia>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

Para tanto, analisamos o Benefício de Prestação Continuada como política pública de Assistência Social; discutimos os elementos característicos do BPC-Zika, fazendo uma comparação com o regramento geral para concessão do BPC para pessoas com deficiências; e, por fim, analisamos se a política pública do Benefício de Prestação Continuada Temporário (BPC-Zika) tem potencial para ampliar a proteção social para as crianças vitimadas pela Síndrome Congênita do Zika Vírus, apontando as contradições existentes em uma política que se propõe a ampliar benefícios, mas acaba por restringi-los, apresentando algumas conclusões.

Esse artigo foi produzido a partir de um exaustivo rastreamento bibliográfico e documental nas leis e nos demais dispositivos normativos como Diretrizes nacionais, manuais e informativos do Ministério da Saúde, bem como livros e artigos de revistas eletrônicas sob uma perspectiva dialética crítica, buscando expor⁸ as contradições da lógica interna dos diplomas legais e das políticas públicas objeto deste artigo.

1 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC): UMA POLÍTICA PÚBLICA DE ASSISTÊNCIA SOCIAL DE DISTRIBUIÇÃO DE RENDA

No Brasil a assistência social não era considerada um tema relevante, sendo relegado, praticamente até o século XIX, a uma questão de caridade.

A primeira legislação que tratou da assistência social no país foi o Decreto-Lei n.º 4.830/42, que instituiu contribuições especiais devidas à Legião Brasileira de Assistência (LBA), criando recursos para a assistência social, cujas ações eram realizadas por instituições especializadas, o que perdurou até 1969, quando a LBA foi transformada em Fundação vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Contudo, como observam Schwarzer e Querino, mesmo após a estatização da assistência social, ela estava limitada a um “mero sistema local de administração da pobreza com características clientelísticas”, geralmente gerida pela “primeira-dama” do governo, sem qualquer pretensão de política estatal.⁹ Em 1974, o governo militar criou o Ministério da Previdência e Assistência Social (MTPS), através da Lei n.º 6.036/74, cabendo à Secretaria de Assistência Social a função de formular políticas públicas de combate à pobreza.

8 Como sintetizado por Chagas, o método dialético marxista pressupõe dois momentos inseparáveis, mas inconfundíveis: a investigação que compreende um esforço prévio de apropriação do objeto pelo pensamento e a exposição que se refere à demonstração crítica do objeto com base em suas contradições, sendo nesta fase que ocorre a tradução ideal do movimento efetivo do real, isto é, trata-se não de uma produção, mas de uma reprodução, uma reconstrução crítica, no plano ideal, do movimento sistemático do objeto. Ver: CHAGAS, Eduardo F. O Método Dialético de Marx: investigação e exposição crítica do objeto. Síntese: Revista de Filosofia, v. 38, n. 120, p. 55-70, 2011. Disponível em: https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2012/trabalhos/6520_Chagas_Eduardo.pdf. Acesso em: 03 nov. 2018.

9 SCHWARZER, Helmut; QUERINO, Ana Carolina. Benefícios sociais e pobreza: programas não contributivos da seguridade social brasileira. 2002. Temas para Discussão, n.º 929, IPEA, pp 07-51. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2828>. Acesso em: 15 abr. 2018. p. 15.

Entretanto, a partir do início dos anos de 1980, com o começo da redemocratização do país, a questão da assistência social como política pública voltou ao cenário nacional, especialmente por conta dos movimentos sociais ligados a esta temática, como os Conselhos de Assistência Social, Associações de idosos e pessoas com deficiências, entre outros.

Assim, apenas com a Constituição Federal de 1988 a Assistência Social teve seu marco de reconhecimento como política pública imprescindível para redução das desigualdades sociais e como Direito Fundamental social, decorrente do princípio da Dignidade Humana.

Além deste princípio fundamental, a Seguridade Social também visa concretizar os objetivos da República previstos no art. 3º da Constituição Federal, constituindo-se em importante instrumento de proteção social de todos os cidadãos nas situações geradoras de necessidades.¹⁰

O sistema de Seguridade Social brasileiro foi influenciado pelo chamado Relatório Beveridge, documento elaborado durante a Segunda Guerra pela Comissão Interministerial, presidida por William H. Beveridge, o qual, após uma investigação completa dos sistemas de seguro social e serviços afins existentes na Europa, recomendou mudanças no sistema de proteção social britânico, visando combater os cinco principais males que poderiam acometer os indivíduos naquele momento histórico: a doença, a ignorância, a escassez, a miséria e a ociosidade.¹¹

A partir do Relatório Beveridge, as políticas sociais passaram a ter em seu escopo a ampliação do conceito de cidadania e de proteção social, em contraposição à noção de assistência social até então observada, que se resumia, basicamente, apenas ao socorro aos casos de miséria extrema. Neste sentido, propunha que a seguridade social garantisse um rendimento a todo cidadão que por algum motivo tivesse repentinamente sua renda cessada, visando assegurar a ele condições de ter acesso ao mínimo necessário para sua subsistência.¹²

Ainda por sugestão do Relatório Beveridge, caberia ao Ministério da Segurança Social a função de gerir os recursos oriundos das mais diversas formas de seguro social existentes na época, compreendendo a Previdência, a Saúde e a Assistência Social, sendo esse último nosso ponto de interesse neste artigo.

Martins e Tavares aduzem que a Assistência Social compreende um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer a política social para os hipossuficientes, visando à concessão de benefícios e serviços, que atendam às necessidades básicas do indivíduo, em

10 PIERDONÁ, Zélia Luiza. A Proteção Social na Constituição de 1988. Projeto Buscalegis. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018. p. 1.

11 SILVA, Wagner W. Do vagabundo ao cidadão: uma discussão sobre a construção da proteção social na Inglaterra, 2010, Dissertação (Mestrado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, Campinas. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/286340/1/Silva_WagnerWilliamda_M.pdf. Acesso em: 09 out. 2018, p. 19.

12 SILVA, Wagner W. Do vagabundo ao cidadão: uma discussão sobre a construção da proteção social na Inglaterra, p. 19 e 60.

situações especiais da existência humana, como: maternidade, infância, adolescência, velhice e para pessoas portadoras de limitações físicas, independentemente de contribuição por parte do próprio interessado.^{13,14} Neste sentido, como prevê o art. 203 da Constituição Federal, a Assistência Social tem como objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Assim, como destacado acima, dentre os objetivos da Assistência Social há a garantia da concessão de uma renda mínima aos idosos e às pessoas com deficiência, que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção nos termos da lei.

Tratando-se de norma constitucional de eficácia limitada, a efetivação da garantia de renda mínima dependia da edição de lei regulamentadora, que, como ocorre com frequência no que se refere a direitos sociais, não foi fácil de ser alcançada, principalmente diante de grande resistência dos setores econômicos.

Como pondera Sposati, a conquista de direitos humanos e sociais depende da mudança no modo de pensar capitalista e antidemocrático imensamente presente na sociedade brasileira, uma vez que implica em impactos de ordem econômica e financeira. Sem a compreensão sobre a necessidade desta mudança de postura no Brasil, não poderão ser praticados os direitos sociais e Direitos Humanos.¹⁵

Assim, apenas após muita luta dos movimentos sociais e do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do Mandado de Injunção de nº 448/RS, que constituiu em mora o Congresso Nacional, em face da omissão legislativa para a regulamentação do benefício, foi editada a Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS, que instituiu o Benefício de Prestação Continuada – BPC, que foi regulamentada pelo Decreto nº 1.744/95 e entrou em vigor em 01 de janeiro de 1996, ou seja, 8 anos após a promulgação da Constituição Federal.

Até os dias atuais, o BPC é o programa de transferência de renda que paga o maior valor de benefício (salário-mínimo), mas também é o que possui regramento mais restrito no que diz respeito aos critérios de elegibilidade.

13 MARTINS, Sergio Pinto. Direito da Seguridade Social. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 478.

14 TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 18

15 SPOSATI, A. A menina LOAS: um processo de construção da Assistência Social. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 21

Para concessão do Benefício de Prestação Continuada, a LOAS exige, atualmente, que o beneficiário seja pessoa com deficiência ou idosa com 65 anos, no mínimo, que comprove impedimento de prover o seu próprio sustento e viva em condições de miserabilidade (renda *per capita* familiar mensal de ¼ do salário mínimo).

As pessoas com deficiência ainda precisam se submeter à avaliação pericial composta pela avaliação médica e social realizada por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social, renovada a cada dois anos para verificação da continuidade das condições que lhe deram origem à percepção do benefício.

Ressalte-se que até 2009 o critério de deficiência para a concessão e a revisão do BPC era exclusivamente biomédico, o que só foi alterado com a edição da Portaria Conjunta MDS/INSS nº 1/2009, que instituiu os instrumentos e os critérios para a avaliação biopsicossocial da deficiência, construídos com base no modelo da Classificação Internacional de Funcionalidades (CIF) e em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada no Brasil com *status* de norma constitucional.¹⁶

Além das exigências acima, o BPC não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro benefício da Seguridade Social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória. Poderá ainda ser suspenso o pagamento se a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual, salvo se for contratada como aprendiz, podendo, nesta hipótese, combinar a remuneração com o benefício pelo prazo máximo de 2 (dois) anos. Em relação à vedação de acumulação do BPC com outro benefício social ou renda própria, Rocha chama atenção para o que qualifica como “armadilha da pobreza”. Como o BPC se impõe como renda exclusiva, e não complementar, acaba forçando o beneficiário a viver exclusivamente dele, sem qualquer possibilidade de ascensão financeira, uma vez que se ingressar na formalidade, seja na condição de empregado, seja de forma autônoma regularizada, como, por exemplo, na condição de empreendedor individual, perderá o direito ao benefício.¹⁷

Como aduz Gomes, a formatação conferida ao Benefício de Prestação Continuada como direito solitário, desvinculado das demais políticas de proteção social, compromete a autonomia dos beneficiários, sendo um direito que, para sua materialização, aprisiona o indivíduo e sua família.¹⁸

16 DUARTE, Geraldo et al. Infecção do vírus Zika em gestantes e microcefalia. Rev. Bras. Ginecol. Obstet., Rio de Janeiro, v. 39, n. 5, p. 235-248, maio, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032017000500235&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 20 ago. 2017, p. p.3516.

17 ROCHA, C. B. Política de renda mínima no Brasil: um estudo preliminar sobre o benefício de prestação continuada. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ASSISTENTES SOCIAIS, 10., 2001, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro: UERJ, 2001, p. 115.

18 GOMES, Ana Lígia. O Benefício de Prestação continuada: Uma trajetória de retrocessos e Limites- construindo possibilidade de Avanços. In: Proteção Social de Cidadania. Inclusão de Idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. / Aldaíza Sposati, (Org.) p.191 a 226, São Paulo: Cortez, 2004.p. 216.

Ressalte-se que esse “aprisionamento” do beneficiário na condição de pobreza imposta pelo regime do BPC desestimula a autonomia do indivíduo, mantendo-o sempre dependente do sistema, por medo de perder a sua única fonte de renda, ou relegado à informalidade para poder complementar a renda, uma vez que um salário-mínimo, apesar de muito importante, não é suficiente para arcar com os custos básicos de um idoso ou pessoa com deficiência.

Outra questão preponderante é o critério de miserabilidade previsto na LOAS, que limita a renda máxima familiar *per capita* ao valor de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo para que o idoso ou a pessoa com deficiência tenha acesso ao benefício.

Barbosa e Silva aduzem que, apesar de se tratar de um benefício individual (idoso ou portador de deficiência), no que diz respeito ao critério financeiro, a exigência é de comprovação da renda familiar, o que coloca toda a família na “armadilha da pobreza” para fins de ingresso ou manutenção do benefício, o que não ocorre com outros programas federais de transferência de renda.¹⁹

Entretanto a principal crítica ao BPC se refere ao teto da renda *per capita* familiar para o acesso ao referido benefício (de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo mensal), uma vez que impossibilita o acesso de boa parcela da população que está em situação de vulnerabilidade, o que tem gerado grandes e recorrentes questionamentos judiciais.

Segundo Penalva, Diniz e Medeiros, passados apenas dois anos após a edição da LOAS, a Procuradoria-Geral da República interpôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.232, alegando a inconstitucionalidade do critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo exigido para a concessão do BPC.²⁰

Esta ação teve como principal argumento que o critério legal restringira e limitara o direito garantido na Constituição Federal. Contudo, essa ação foi julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sob o fundamento de que o critério de renda de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, previsto na Lei, não afrontava a norma constitucional de 1988, uma vez que a escolha do critério e a forma de comprovação da pobreza familiar seriam definições que deveriam ser fixadas por lei.

Esta situação perdurou até abril de 2013, quando, no julgamento da Reclamação nº 4374, o STF decidiu rever o posicionamento. Neste julgamento, o STF, considerando 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

19 BARBOSA, Maria Madalena Martins; SILVA, Maria Ozanira da Silva e. O Benefício de Prestação Continuada - BPC: desvendando suas contradições e significados. Revista SER Social, [S.l.], n. 12, p. 221-244, mar. 2010. ISSN 2178-8987. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/283>. Acesso em: 15 abr. 2018, p. 229.

20 PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. Soc. estado., Brasília, v. 25, n. 1, p. 53-70, Abril, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922010000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 abr. 2018. p.55.

Estado brasileiro), declarou inconstitucional, sem redução de texto, o critério de renda estabelecida no LOAS.²¹ Neste mesmo julgamento, o Tribunal Constitucional entendeu que o critério em questão seria insuficiente para a efetividade do direito fundamental à assistência social. Assim, decidiu pela possibilidade de o juiz, diante do caso concreto, verificar a existência, ou não, de miserabilidade, para fins concessão do benefício assistencial.

Ainda nesta ação, o Ministro Relator Gilmar Mendes propôs a fixação de prazo para que o Congresso Nacional elaborasse nova regulamentação sobre o tema, mantendo as regras atuais até 31 de dezembro de 2015, contudo esta proposta não alcançou o quórum de $\frac{2}{3}$ (dois terços) dos Ministros, tendo em vista que apenas cinco se posicionaram pela modulação dos efeitos da decisão.²² Assim, como não houve qualquer medida no sentido de conclamar o Legislativo a editar norma substitutiva, até os dias atuais, não foi fixado outro critério para a aferição da renda para fins de concessão do BPC.

Por esta razão, apesar de reconhecida e declarada pelo Supremo Tribunal Federal à inconstitucionalidade do critério estabelecido LOAS, como a decisão não impôs ao INSS outro critério, a referência de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo *per capita* continua sendo utilizada para indeferir pedidos administrativos de concessão do BPC, gerando mais judicialização, o que agrava a situação das pessoas que necessitam do benefício, uma vez que o seu acesso a ele passa a depender também de sua capacidade de ingressar com ações na Justiça, o que demanda, na maioria das vezes, a assistência da Defensoria Pública, que ainda não está instalada em todos os Estados do país e, mesmo onde ele existe, não conta com membros em número suficiente para o atendimento dessa população.

Assim, o direito ao BPC depende do direito à assistência jurídica gratuita, sendo ambos violados, agravando a situação de pessoas que se encontram em situação de vulnerabilidade.

Por outro lado, com reconhecimento pela Suprema Corte da não exclusividade do critério de renda para fins de aferição da condição social de necessidade do requerente, teve como um de seus efeitos a inclusão na LOAS da possibilidade de utilização de outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, desde que atendidas as condições estabelecidas em regulamento, o que poderia representar um avanço no critério legal.

Porém, nem o Decreto n.º 6.214/07, que regulamenta o BPC, nem a sua última alteração, Decreto n.º 8.805/16, estabeleceram qualquer condição para utilização de outros elementos de

21 Lei do Programa Bolsa Família (10.836/2004), Lei do Programa Nacional de Acesso à Alimentação (10.219/01), e Lei do Programa Bolsa Escola (10.219/01).

22 STF. O STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso. 2013, Notícias. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>. Acesso em: 15 abr. 2018.

prova da condição de necessidade^{23,24}, ou seja, mesmo após a evolução da jurisprudência em relação aos critérios de renda para a concessão do BPC, continua vigorando o limite de renda definido na LOAS, sem que haja qualquer notícia de sua alteração por parte do Legislativo ou do Executivo, o que mantém a incerteza jurídica para estes casos.

Convém, por fim, ressaltar que, apesar da omissão legislativa e da resistência do Executivo, a Turma Nacional de Unificação dos Juizados Especiais Federais, por meio da Questão de Ordem n.º 20, já pacificou o entendimento de que a fração estabelecida no art. 20, § 3º da LOAS, não é o único critério para aferir a miserabilidade de quem pleiteia benefício assistencial, podendo esta ser constatada por outros meios de prova constantes dos autos²⁵, o que, pelo menos no aspecto do Judiciário Federal, já está definido.

Ainda na esteira da flexibilização do critério de renda fixado na LOAS, o Judiciário Federal também determinou a retirada do cálculo da renda familiar as despesas médicas não cobertas pelo Estado e o Benefício assistencial pago à Pessoa com Deficiência de outro membro do mesmo grupo familiar, o que tende a facilitar o acesso ao BPC das pessoas que dele necessitam, mesmo tendo renda familiar superior ao limite legal.^{26,27}

A par dessas dificuldades para o acesso, do baixo valor, a resistência do governo federal em alterar o critério de concessão e as inúmeras críticas às regras para o acesso e a manutenção do benefício, o BPC se constitui em um dos mais importantes instrumentos de redistribuição de renda do país, especialmente diante da crise econômica pela qual passa do Brasil, sendo, em muitos casos, a única fonte de renda de famílias inteiras.

No caso das famílias em que há uma criança com a Síndrome Congênita do Zika Vírus, essa situação é ainda mais complexa porque, de uma forma geral, são famílias constituídas unicamente pela mãe e seus filhos, raramente há companheiros ou maridos que prestem qualquer tipo de colaboração, e, diante da complexidade do tratamento e da total dependência da criança dos cuidados da genitora, ela não consegue trabalhar, sendo, portanto, o BPC a única fonte de renda possível.

23 BRASIL, Decreto n.º 6.214/07, 26 de setembro de 2007, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

24 BRASIL, Portaria MDSA n.º 58/16, de 3 de junho de 2016, Brasília, 2016d. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27147947_PORTARIA_N_58_DE_3_DE_JUNHO_DE_2016.aspx. Acesso em: 16 abr. 2018.

25 Conselho da Justiça Federal, TNU fixa tese de que a presunção de miserabilidade é relativa, Notícia, 2016f. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/abril-2/tnu-fixa-tese-de-que-a-presuncao-de-miserabilidade-e-relativa>. Acesso em: 16 abr. 18. 2018.

26 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp n.º 1.355.052-SP. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJ: 29/11/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/252345896/recurso-especial-resp-1355052-sp-2012-0247239-5?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 out. 2018.

27 TRF 4, AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ACP. 5044874- 22.2013.4.04.7100, Relator: Vânia Hack de Almeida. DE: 15/01/2016. Notícias. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/regiao4/sala-de-imprensa/noticias-r4/justica-flexibiliza-requisitos-para-concessao-de-beneficio-a-pessoa-com-deficiencia-ou-idoso-em-situacao-de-miserabilidade>. Acesso em: 28 out. 2018.

2 O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA TEMPORÁRIO (BPC-ZIKA) E SEU POTENCIAL PARA AMPLIAR A PROTEÇÃO SOCIAL PARA AS CRIANÇAS VITIMADAS PELA SÍNDROME CONGÊNITA DO ZIKA VÍRUS

Como decorrência do princípio da Dignidade Humana, a Constituição Federal garante o direito à percepção 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.

Tal direito foi efetivado mediante a concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), instituído pela LOAS, que determinou os requisitos necessários para a sua fruição, conforme exposto anteriormente.

Devido a sua natureza de direito social, o BPC está albergado pelo princípio da proibição do retrocesso, o qual prevê que, uma vez alcançado determinado patamar de efetividade, não pode o legislador retroceder em sua proteção.²⁸

Este princípio teve sua origem no Direito Alemão, na década de 1970, quando aquele país passou por um período de crise econômica, sendo colocada em xeque a legitimidade dos benefícios sociais alcançados por aquela sociedade durante o Estado de bem-estar social, principalmente porque na Constituição Alemã não havia previsão de direitos sociais. Assim, esse princípio surgiu como resposta contra as tentativas de ataques aos direitos sociais fundamentais.²⁹

Para Canotilho, a partir deste princípio, seriam inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na anulação, na revogação ou na aniquilação pura e simples do núcleo essencial, já realizado e efetivado, dos direitos sociais.³⁰

Brega Filho, por sua vez, aduz que os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, têm como característica a cumulatividade, ou seja, uma vez reconhecidos pelo Estado, passam a integrar o patrimônio político-jurídico dos indivíduos, não podendo mais ser suprimidos.³¹

Desta feita, o Estado está vinculado, tanto positiva quanto negativamente, com a eficácia dos direitos sociais. Na esfera positiva, pelo dever de implementar esses direitos fundamentais por meio de leis e políticas públicas, e, na negativa, pela obrigação de se abster de praticar atos tendentes a violar ou suprimir esses direitos.

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 8ª reimpressão, Coimbra: Editora Almedina, 2010, p.338.

29 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 240.

30 CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 338.

31 BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. *Argumenta Journal Law*, n. 19, p. 103-124, 2014. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>. Acesso em: 28 out.2018, p. 104/105.

Como afirma Sarlet, apesar de a proibição do retrocesso social não estar prevista expressamente em nenhuma das constituições latino-americanas, representa hoje uma categoria reconhecida e bem aceita tanto na doutrina quanto na jurisprudência de várias ordens jurídicas, especialmente em função da sua consagração no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.³²

No âmbito nacional, o referido autor assevera ainda que a proibição de retrocesso social deve ser compreendida como um princípio constitucional implícito decorrente, dentre outros, dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito; da proteção da confiança; da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; e do princípio da Dignidade da Pessoa Humana.³³

Contudo, como advertem Ramos e Bussinguer, o princípio da vedação de retrocesso social não pode ser compreendido de forma absoluta, mas sim em função de seu inter-relacionamento com o princípio da proporcionalidade.³⁴ Neste sentido, para que uma norma que promova a limitação ou restrição a um direito social tenha validade jurídica, será necessário que resista aos três elementos componentes da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.³⁵

A partir dessas premissas, temos que a concessão do BPC instituído pelas LOAS, apesar de todas as críticas, se apresenta com um padrão mínimo de efetividade do direito social à renda mínima para as pessoas com deficiências, sendo, portanto, um limite para a atuação do legislador, que não pode criar regras tendentes a diminuir a proteção social já alcançada.

No que se refere à proteção social às crianças acometidas pela Síndrome Congênita do Zika, o governo federal, como já mencionado acima, editou, no auge da epidemia, a Lei n.º 13.301/2016, que estabeleceu uma nova modalidade de Benefício de Prestação Continuada específico para o atendimento às crianças vitimadas pelo referido agravo, concedendo a elas o pagamento de um salário-mínimo mensal.

Na verdade, a Lei 13.301/2016 foi fruto da conversão em lei da Medida Provisória n.º 712/2016, a qual, em seu texto original, previa apenas medidas relacionadas a combate ao *Aedes aegypti*. Porém, ao chegar na Câmara dos Deputados, o texto original recebeu 108 emendas parlamentares, dentre

32 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/13602>. Acesso em: 11 out. 2018, p. 117.

33 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano, p. 221.

34 RAMOS, Itamar de A.; BUSSINGUER, Elda C. de A. Princípio da vedação de retrocesso e financiamento da seguridade social no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 151.

35 CONTINENTINO, Marcelo C. Proibição de retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. Conjur, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf?fbclid=IwAR15cP5EAbQ0YKEU6Kq5xZzzZ5KOixeYfgxBfvd4pvXBsp2N32TpVvXvO_o. Acesso em: 28 out. 2018.

elas, a que previa a concessão do BPC temporário para a criança vítima de Microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*. Contudo, previa no §1º do art. 18 a presunção de condição de miserabilidade do grupo família para efeito da primeira concessão do benefício. O que seria um avanço importante, já que o critério de miserabilidade é fonte de conflitos jurídicos há muito tempo.

Após um tumultuado trâmite na Câmara, esse texto foi encaminhado para o Senado Federal, sem alterações, que remeteu o projeto de conversão para a Presidência da República, que vetou o §1º do art. 18 do projeto, sob o argumento de que essa presunção seria incompatível com o estabelecido na Lei Orgânica da Assistência Social e já em plena aplicabilidade. Devolvido o texto ao Congresso Nacional, foi mantido o veto, sendo publicada a Lei 13.301/2016, com todas as restrições acima expostas e, ainda, limitada ao critério de miserabilidade estabelecido pela LOAS.

Assim, a lei que concedeu o Benefício de Prestação Continuada às vítimas da epidemia do Zika Vírus, na verdade, estabeleceu uma série de restrições para o acesso a este benefício pecuniário, que não existe no BPC-LOAS, o que, por si só, já implica em uma grande contradição, uma vez que a referida política pública deveria facilitar a proteção social a essas crianças. Por outro lado, o único avanço que trazia em seu texto, presunção de miserabilidade, foi vetado pela Presidente da República.

Contudo, para fins da compreensão dessa política pública sob o enfoque do princípio da vedação ao retrocesso social, necessária se faz a análise dos parâmetros do referido princípio combinados com princípio da proporcionalidade, uma vez que não há princípio absoluto.

Neste sentido, para que as restrições estabelecidas pela Lei n.º 13.301/2016 tenham validade jurídica, será necessário que sejam analisadas levando-se em consideração os três elementos ou subprincípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Todavia, é importante ressaltar que estes subprincípios se apresentam em ordem de subsidiariedade, dessa forma o subprincípio seguinte só deve ser cotejado se o anterior for ultrapassado, dito de outra forma, o exame da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação, não sendo, portanto, sempre necessário percorrer todos os subprincípios para aferição de compatibilidade da norma ou política pública ao princípio da proporcionalidade.

Considera-se adequada medida quando, com a sua utilização, o fim pretendido pode ser alcançado, ou, pelo menos, fomentado. Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para, no mínimo, fomentar a realização do objeto pretendido. A necessidade, por sua vez, determina que a limitação de direito fundamental

só pode ser promovida caso o objetivo perseguido não possa ser alcançado por nenhum outro meio que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.³⁶

Como dito acima, a edição da Lei 13.301/2016 ocorreu em meio à epidemia do Zika Vírus, tendo por finalidade estender às vítimas da Síndrome Congênita o Benefício de Prestação Continuada, ou seja, seu objetivo era conferir proteção social, por meio do benefício de renda mínima, a essas crianças em condição especial de vulnerabilidade, por conta de uma enfermidade praticamente desconhecida naquele momento. Todavia, no corpo do art. 18 da referida lei foram estabelecidas restrições para o acesso a esse benefício, das quais passaremos a tratar.

A primeira restrição é a limitação temporal há apenas 3 (três) anos para ter acesso ao BPC-Zika. A Síndrome Congênita do Zika é uma doença irreversível, havendo uma probabilidade de óbito de 20% dos infantes durante o primeiro ano, e uma expectativa média de vida de 35 anos depois do primeiro ano, segundo dados do PNUD (2017, p.8). Assim, a limitação do recebimento desse benefício por 3 anos obrigará as famílias, em especial as mães, a se submeterem aos trâmites de inclusão do benefício assistencial duas vezes, na primeira para fins de inclusão no BPC-Zika e, posteriormente, para inscrever os filhos como beneficiários do BPC-LOAS, na condição de pessoas com deficiência padrão, o que fatalmente acarretará um período sem a percepção de qualquer valor, já que não pode haver cumulação de benefícios e o pagamento do BPC-LOAS só se inicia ao final do procedimento, ou seja, crianças com deficiência que deveriam constitucionalmente ser protegidas e suas mães ficarão à mercê de sua própria sorte, sem o mínimo para o seu sustento e tratamento.

Ademais, o processo de requerimento para concessão do Benefício de Prestação Continuada demanda várias idas ao Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) para orientação sobre documentos, preenchimento de formulário, marcação de perícia, etc., e ainda a realização de perícia na agência do INSS, tudo isto implica em deslocamento de uma criança com deficiências graves, o que é muito difícil, devido ao grau de comprometimento físico causado pela síndrome, além de custos do transporte numa situação em que não há disponibilidade financeira.

A segunda restrição diz respeito à limitação de acesso ao benefício às crianças portadoras de Microcefalia em decorrência de sequelas neurológicas decorrentes de doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*.

36 DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018, p. 36/38 e 40.

Como ressaltado por Duarte *et al.* e Almeida, a Microcefalia é apenas um dos sinais da Síndrome Congênita do Zika, ocorrendo outros agravos neurológicos, cardíacos, oftalmológicos, etc., sendo a limitação a apenas um sintoma (Microcefalia), mesmo após tantos avanços nas pesquisas da doença, uma limitação sem amparo científico e desconexa da realidade e da gravidade dessa síndrome.^{37,38}

De outra banda, limitar o acesso ao BPC-Zika apenas às crianças que foram vitimadas pelo vírus da Zika por meio do *Aedes aegypti*, além de não ter amparo científico, uma vez que a transmissão pode ocorrer por meio da relação sexual, cria uma forma de tratamento desigual entre crianças que estão na mesma situação, ou seja, em tese, as crianças acometidas pela síndrome que foram contaminadas pelo vírus da Zika pelo mosquito *Aedes aegypti* teriam direito ao BPC-Zika, já as crianças acometidas pelo referido vírus cuja transmissão ocorreu por relação sexual ou pelo mosquito *Culex*³⁹ não teriam o mesmo direito.

Por fim, a terceira restrição se refere à proibição da acumulação do BPC-Zika com o auxílio-maternidade, o que limita diretamente a renda da família que se vê obrigada a fazer frente a todos os gastos, como transporte, alimentação, fraldas, exames e medicamentos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. Tudo isso agravado pela perda de renda causada pelo aumento das responsabilidades de cuidado infantil (um papel geralmente assumido pela mãe), o que certamente excede o valor do BPC.⁴⁰

Neste sentido, segundo dados de pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas, considerando custos diretos e indiretos, estima-se que a despesa com as crianças acometidas pela Síndrome Congênita do Zika Vírus, ao longo de suas vidas, pode variar de USD 400 milhões a USD 4 bilhões para a região no cenário de taxa de transmissão elevada do Zika, como o Brasil. Nessa pesquisa, também foram computados nos custos indiretos relacionados à perda de renda de um dos membros da família, geralmente a mãe, que se vê obrigada a deixar de trabalhar para promover os cuidados com a criança. No Brasil, os custos desta natureza com a Síndrome Congênita do Zika foram estimados em USD 1.707 por mês.⁴¹

37 DUARTE, Geraldo et al. Infecção do vírus Zika em gestantes e microcefalia, p.237.

38 ALMEIDA Tatiana. Quase metade das gestações no Brasil não é planejada, destaca Fundo de População da ONU. p. 1.

39 FIOCRUZ, Fiocruz PE sequencia o genoma do vírus zika encontrado no mosquito Culex, 2017, Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/fiocruz-pe-sequencia-o-genoma-do-virus-zika-encontrado-no-mosquito-culex>. Acesso em: 19 ago. 2017.

40 ONU, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC), Uma Avaliação do Impacto Socioeconômico do Vírus Zika na América Latina e Caribe: Brasil, Colômbia e Suriname como estudos de caso, 2017. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/a-socio-economic-impact-assessment-of-the-zika-virus-in-latin-am.html>. Acesso em: 19 ago. 2017. p. 27.

41 ONU, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC), Uma Avaliação do Impacto Socioeconômico do Vírus Zika na América Latina e Caribe: Brasil, Colômbia e Suriname como estudos de caso, p. 39.

Por outro lado, mesmo os custos diretos, que compreendem medicamentos, tratamentos, alimentação especial, exames e insumos, nem sempre estão disponíveis no Sistema Único de Saúde, já que, por exemplo, apenas 45,3% dos usuários do SUS conseguem receber gratuitamente todos os medicamentos prescritos para os seus tratamentos, tendo as famílias que arcar com esses custos.⁴²

Todas essas despesas corroem as frágeis condições econômicas das famílias vitimadas pelo Zika Vírus, que passam a incorrer nos chamados *gastos catastróficos* em saúde⁴³, que diminuem consideravelmente a sua capacidade de compra, gerando empobrecimento e agravando vulnerabilidades. Por fim, uma das maiores questões relacionadas ao BPC foi retirada da Lei n.º 13.301/2016 pelo veto presidencial, qual seja, o critério de miserabilidade, que mesmo para essa modalidade especial de benefício e diante do *gasto catastrófico*, foi mantido no patamar de ¼ do salário mínimo de renda familiar.

Feitas essas considerações às restrições constantes no art. 18 da Lei n.º 13.301/2016, retomamos a análise referente ao princípio da proporcionalidade em sua inter-relação com o princípio da proibição do retrocesso social.

Como salientado acima, o primeiro subprincípio para a aferição da proporcionalidade é a adequação, ou seja, se a norma está adequada a, pelo menos fomentar, incentivar a realização de seu objetivo.

No contexto da Lei n.º 13.301/2016, o fim pretendido com a concessão do BPC-Zika foi conceder proteção social às crianças vitimadas pelo Zika, por meio do pagamento de um salário-mínimo mensal para que pudessem, ainda que minimamente, prover as suas necessidades básicas.

Mas, devido à limitação temporal para o pagamento do benefício e das dificuldades de acesso e manutenção do beneficiário, não pode alcançar a sua finalidade, ou seja, é inadequada de promover a proteção social às crianças vitimadas pelo Zika Vírus.

Assim, tratando-se de medida inadequada aos fins a que se destina devido às restrições impostas para o acesso e gozo do benefício social, o art. 18 da Lei 13.301/2016 viola o princípio da proporcionalidade.

Desta forma, mesmo se considerando que o princípio da vedação ao retrocesso social não é absoluto e fazendo-se o seu cotejamento com o princípio da proporcionalidade, o BPC-Zika representa um retrocesso na proteção social já efetivada.

42 BOING, Alexandra C. et al. Acesso a medicamentos no setor público: análise de usuários do Sistema Único de Saúde no Brasil. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 691-701, Abril. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2013000400007 & lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 abr. 2018, p. 698.

43 XU, Ke. et al. Household Catastrophic Health Expenditure: A Multi-Country Analysis, Lancet, 2003, n.º. 362, pp. 111.

Como afirmado acima, o BPC-LOAS, que se constitui como o mínimo essencial de proteção social, possui como requisitos para a concessão do benefício pecuniário para a pessoa com deficiência: incapacidade para o trabalho (atestada por perícia médica); falta de condições próprias e familiares para prover das suas necessidades básicas; renda familiar *per capita* abaixo de 1/4 do salário-mínimo e não recebimento de qualquer outro benefício social, sendo esses dois últimos requisitos flexibilizados pelo Poder Judiciário.

Assim, esses requisitos se constituem como padrão máximo, não podendo ser ampliados, sob pena de diminuir a proteção social às pessoas que estão em condições de vulnerabilidade, como é o caso das vítimas da Síndrome Congênita do Zika, violando a proibição de retrocesso social.

Por outro lado, mesmo que se considere que esse princípio não é absoluto, tendo como critério de aferição o princípio da proporcionalidade, as regras previstas no art. 18 da Lei 13.301/2016 também se mostram incompatíveis, diante da sua inadequação aos fins a que se destina.

Também não trouxe qualquer avanço em relação às regras estabelecidas na Lei Federal n.º 8.742/93, seja no que se refere ao valor do benefício, seja no critério de miserabilidade, ou seja, não contém nenhuma melhoria em relação a questões importantes que aparecem como “gargalos” do BPC-LOAS.

Assim, a modalidade de BPC estabelecida no art. 18 da Lei Federal n.º. 13.301/2016 implicou em retrocesso social, uma vez que as regras previstas para a concessão do BPC-LOAS são menores, bastando a comprovação da deficiência e das condições sociais do requerente para ter acesso ao benefício de renda mínima, portanto são mais favoráveis e, apesar das críticas, continuam a servir como padrão mínimo essencial do direito social à garantia de renda mínima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A epidemia provocada pelo Zika Vírus em 2015 e 2016 teve proporções inéditas no país, causando grande comoção social pela gravidade de suas consequências.

Lamentavelmente, como outras doenças transmitidas por mosquitos, atingiu essencialmente a classe social mais pobre, que não tem acesso ao saneamento básico, ao fornecimento regular de água, nem aos serviços públicos de saúde de forma adequada.

Neste contexto, o Governo Federal criou o Benefício de Prestação Continuada Temporário para beneficiar, com o pagamento de um salário-mínimo, às crianças nascidas com Microcefalia decorrente de sequelas neurológicas causadas pelas doenças transmitidas pelo *Aedes aegypti*, nos termos do art. 18 da Lei 13.301/2016. Trata-se de um benefício de transferência de renda que, além

dos requisitos próprios, está vinculado às regras do Benefício de Prestação Continuada estabelecido na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) é o programa de transferência de renda que foi instituído em cumprimento ao comando constitucional de garantia de renda mínima, um dos objetivos da Assistência Social. Esse benefício recebe muitas críticas, em especial pelo critério de miserabilidade adotado e pela impossibilidade de acumulação com a percepção com outros benefícios, sendo estes dois requisitos flexibilizados pelo Poder Judiciário, mas ainda exigidos pelo INSS para a concessão e manutenção do benefício.

Devido a sua natureza de direito fundamental social, o BPC está protegido pelo princípio da proibição do retrocesso, o qual prevê que, uma vez alcançado determinado patamar de efetividade do direito social, não pode o legislador retroceder em sua proteção, sendo, portanto, inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na anulação, na revogação ou na aniquilação pura e simples do núcleo essencial, já realizado e efetivado.

Assim sendo, o BPC instituído pelas LOAS se apresenta com um padrão mínimo de efetividade do direito social à renda mínima para as pessoas com deficiências, sendo, portanto, um limite para a atuação do legislador, que não poderia estabelecer novos requisitos que restrinjam o acesso de grupos vulneráveis, como é o caso das vítimas da Síndrome Congênita do Zika, ao referido benefício, sob pena de diminuir a proteção social às pessoas que dele necessitam, violando o princípio da proibição de retrocesso social.

Entretanto, a política pública de concessão de renda mínima instituída pela Lei n.º 13.301/2016, contraditoriamente, estabeleceu um prazo máximo para a fruição do benefício, 3 (três) anos, que causará graves prejuízos, uma vez que obrigará a mãe da criança vitimada pela síndrome a, passado esse lapso temporal, iniciar novo procedimento junto ao INSS para requerer a concessão do BPC-LOAS, o que implicará em um período sem a percepção de qualquer valor, ficando as crianças e suas mães à sua própria sorte, graças a uma política pública que deveria ter como mote protegê-las.

Por outro lado, ainda restringiu o acesso ao benefício apenas às crianças que apresentam Microcefalia, que se trata de um dos sintomas possíveis, uma vez que a síndrome pode causar outras consequências, como problemas cardíacos, oftalmológicos, etc., sendo essa uma limitação sem amparo científico e desconexa da realidade e da gravidade dessa síndrome.

Restringe ainda o acesso ao BPC-Zika apenas aos casos de contaminação do **vírus da** Zika por meio do *Aedes aegypti*, excluindo de sua proteção aquelas crianças cuja infecção teve origem pela

relação sexual ou outro vetor, como o mosquito *culex*, estabelecendo tratamento desigual entre vítimas que estão na mesma situação.

Por fim, há ainda proibição da acumulação do BPC-Zika com o auxílio-maternidade, o que impacta diretamente a renda da família, especialmente da mãe, que se vê obrigada a fazer frente, geralmente sozinha, a todos os gastos, como transporte, alimentação especial, fraldas, exames e medicamentos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, apenas com o valor de um salário-mínimo, inicialmente com o auxílio-maternidade e, posteriormente, com o BPC-Zika.

Por outro lado, o Benefício de Prestação Continuada instituído pela Lei n.º 13.301/2016 também não conseguiu superar os principais gargalos do BPC-LOAS, vez que não previu aumento do valor do benefício de forma que esse pudesse fazer frente aos gastos catastróficos causados pela doença, e nem alterou o critério de miserabilidade fixado pelas LOAS.

Assim, o Benefício de Prestação Continuada Temporário (BPC-Zika), previsto na Lei Federal n.º 13.301/16, não tem potencial para ampliar a proteção social para as crianças vitimadas pela Síndrome Congênita do Zika Vírus, estabelecendo verdadeira restrição ao direito social de assistência já existente no Brasil, o que, por fim, acaba por violar o princípio da proibição do retrocesso social.

REFERÊNCIAS DAS OBRAS CITADAS

- ALMEIDA Tatiana. Quase metade das gestações no Brasil não é planejada, destaca Fundo de População da ONU. In: **Organização das Nações Unidas no Brasil**. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/quase-metade-das-gestacoes-no-brasil-nao-e-planejada-destaca-fundo-de-populacao-da-onu/>>. Acesso em: 21 ago. 2017.
- BARBOSA, Maria Madalena Martins; SILVA, Maria Ozanira da Silva e. O Benefício de Prestação Continuada - BPC: desvendando suas contradições e significados. Revista SER Social, [S.l.], n. 12, p. 221-244, mar. 2010. ISSN 2178-8987. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/283>. Acesso em: 15 abr. 2018.
- BOING, Alexandra C. *et al.* Acesso a medicamentos no setor público: análise de usuários do Sistema Único de Saúde no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 4, p. 691-701, Abril. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2013000400007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 abr. 2018.
- BRASIL, **Lei Orgânica da Seguridade Social**, 07 de dezembro de 1993, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742compilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2018.
- _____, **Decreto n.º 6.214/07**, 26 de setembro de 2007, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm. Acesso em: 18 abr. 18
- _____, Lei 13.146, Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - **Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 20 ago. 2018.
- _____, Portal Brasil, **Governo investiga casos de microcefalia**. Brasília. 2016. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2016/03/ministerio-da-saude-investiga-4-293-casos-de-microcefalia-no-brasil/microcefalia_2302.png/view>. Acesso em: 19 ago. 2017.
- _____, Lei n.º 13.301/2016, 27 de junho de 2016, Brasília, 2016c. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13301.htm. Acesso em: 14 abr. 2018.

_____, **Portaria MDSA nº 58/16**, de 3 de junho de 2016, Brasília, 2016d. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27147947_PORTARIA_N_58_DE_3_DE_JUNHO_DE_2016.aspx. Acesso em: 16 abr. 2018.

_____, Conselho da Justiça Federal, TNU fixa tese de que a presunção de miserabilidade é relativa, *Notícia*, 2016. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/abril-2/tnu-fixa-tese-de-que-a-presuncao-de-miserabilidade-e-relativa>. Acesso em: 16 abr 18.

_____, Ministério da Saúde declara fim da Emergência Nacional para Zika e microcefalia. Brasília, 2017. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/svs/noticias-svs/28348-ministerio-da-saude-declara-fim-da-emergencia-nacional-para-zika-e-microcefalia>. Acesso em: 19 ago. 2017.

_____, Secretaria de Vigilância em Saúde, Boletim Epidemiológico n.º 24, vol. 48, **Monitoramento integrado de alterações no crescimento e desenvolvimento relacionadas à infecção pelo vírus Zika e outras etiologias infecciosas, até a semana epidemiológica 28/2017**. Brasília, 2017b. Disponível em: http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/agosto/16/BE-2017_024-Monitoramento-integrado-de-alteracoes-no-crescimento-e-desenvolvimento-relacionadas-a-infeccao-pelo-virus-zika.pdf. Acesso em: 19 ago. 2017.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. *Argumenta Journal Law*, n. 19, p. 103-124, 2014. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>. Acesso em: 28 out. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. 8ª reimpressão, Coimbra: Editora Almedina, 2010.

CONTINENTINO, Marcelo C. Proibição de retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. *Conjur*, 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf?fbclid=IwAR15cP5EAbQ0YKEU6Kq5xZzZ5KOixeYfgxBfvd4pvXBsp2N32TpVVaXvO_o. Acesso em: 28 out. 2018

CHAGAS, Eduardo F. O Método Dialético de Marx: investigação e exposição crítica do objeto. **Síntese: Revista de Filosofia**, v. 38, n. 120, p. 55-70, 2011. Disponível em: https://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2012/trabalhos/6520_Chagas_Eduardo.pdf. Acesso em: 03 nov. 2018.

DA SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2018.

DINIZ, Debora. Vírus Zika e mulheres. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, 2016. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000500601&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 ago. 2017

DUARTE, Geraldo *et al.* Infecção do vírus Zika em gestantes e microcefalia. **Rev. Bras. Ginecol. Obstet.**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 5, p. 235-248, maio 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032017000500235&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 20 ago. 2017.

FREITAS, Paula de Souza Silva *et al.* Políticas Emergenciais em Saúde. In: Miranda, Angélica E, Rangel Claudia, Moura Renata Costa (Org.). **Questões sobre direitos humanos: justiça, saúde e meio ambiente**. 1. ed. Vitória, ES: UFES, Proex, 2018, p. 144-168. Disponível em: http://www.proex.ufes.br/sites/proex.ufes.br/files/field/anexo/questoes_3_completo.pdf#page=144. Acesso em 02 out. 2018.

GOMES, Ana Lúcia. O Benefício de Prestação continuada: Uma trajetória de retrocessos e Limites - construindo possibilidade de Avanços. In: **Proteção Social de Cidadania**. Inclusão de Idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal./ Aldaíza Sposati, (Org.) São Paulo: Cortez, 2004. p.191 a 226.

MARTINS. Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 478.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

ONU, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies (IFRC), Uma Avaliação do Impacto Socioeconômico do Vírus Zika na América Latina e Caribe: Brasil, Colômbia e Suriname como estudos de caso, 2017. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/ods/a-socio-economic-impact-assessment-of-the-zika-virus-in-latin-am.html>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

PENALVA, Janaína; DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. O Benefício de Prestação Continuada no Supremo Tribunal Federal. **Soc. estado.**, Brasília, v. 25, n. 1, p. 53-70, Abril 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922010000100004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 abr. 2018.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A Proteção Social na Constituição de 1988. Projeto Buscalegis. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16475-16476-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

RAMOS, Itamar de A.; BUSSINGUER, Elda C. de A. **Princípio da vedação de retrocesso e financiamento da seguridade social no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 151.

ROCHA, C. B. Política de renda mínima no Brasil: um estudo preliminar sobre o benefício de prestação continuada. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE ASSISTENTES SOCIAIS, 10., 2001, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: UERJ, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/13602>. Acesso em: 11 out. 2018.

SCHWARZER, Helmut; QUERINO, Ana Carolina. Benefícios sociais e pobreza: programas não contributivos da seguridade social brasileira. 2002. **Temas para Discussão**, n.º 929, IPEA, pp 07-51. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/2828>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SILVA, Wagner W. **Do vagabundo ao cidadão**: uma discussão sobre a construção da proteção social na Inglaterra, 2010, Dissertação (Mestrado em Economia) - Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, Campinas. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/286340/1/Silva_Wagner_Wiliamda_M.pdf. Acesso em: 09 out. 2018.

SPOSATI, A. **A menina LOAS**: um processo de construção da Assistência Social. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 21.

STF. O STF declara inconstitucional critério para concessão de benefício assistencial a idoso. 2013, Notícias. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236354>. Acesso em: 15 abr. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp nº 1.355.052-SP. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJ: 29/11/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/252345896/recurso-especial-resp-1355052-sp-2012-0247239-5?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 out. 2018.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 7. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 18.

XU, Ke. *et al.* **Household Catastrophic Health Expenditure**: A Multi-Country Analysis, Lancet, 2003, nº. 362, pp. 111-117.

TRF 4, AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ACP. 5044874- 22.2013.4.04.7100, Relator: Vânia Hack de Almeida. DE: 15/01/2016. **Notícias**, Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/regiao4/sala-de-imprensa/noticias-r4/justica-flexibiliza-requisitos-para-concessao-de-beneficio-a-pessoa-com-deficiencia-ou-idoso-em-situacao-de-miserabilidade>. Acesso em: 28 out. 2018.



RECEBIDO EM: 10/09/2019

APROVADO EM: 11/12/2019