

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “Prof. Jacy de Assis”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

Rosa Maria Annunziata

DIREITO A TER DIREITOS CAPAZES DE SEREM EFETIVADOS:
UM IDEAL DE IGUAL RESPEITO E CONSIDERAÇÃO
O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA NO STF
(ARTIGO N° 20 DA LEI No 8742/1993 – LOAS)

UBERLÂNDIA
2015

ROSA MARIA ANNUNZIATA

**DIREITO A TER DIREITOS CAPAZES DE SEREM EFETIVADOS:
UM IDEAL DE IGUAL RESPEITO E CONSIDERAÇÃO
O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA NO STF
(ARTIGO N° 20 DA LEI No 8742/1993 – LOAS)**

Dissertação apresentada ao Colegiado do CMDIPUFU do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Leosino Bizinoto Macedo

Uberlândia
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

A615d
2015

Annunziata, Rosa Maria, 1964-

Direito a ter direitos capazes de serem efetivados: um ideal de igual respeito e consideração - O benefício da prestação continuada no STF (Artigo nº 20 da Lei nº 8742/1993 - LOAS) / Rosa Maria Annunziata. - 2015.

160 f.

Orientador: Leosino Bizinoto Macedo.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Direitos sociais - Brasil - Teses. 3. Justiça social - Brasil - Teses. I. Macedo, Leosino Bizinoto. II. Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Mestranda: ROSA MARIA ANNUNZIATA

Título:

DIREITO A TER DIREITOS CAPAZES DE SEREM EFETIVADOS:
UM IDEAL DE IGUAL RESPEITO E CONSIDERAÇÃO - O
BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA NO STF (ARTIGO N°
20 DA LEI No 8742/1993 – LOAS)

Dissertação apresentada ao Colegiado do CMDIP/UFU do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Leosino Bizinoto Macedo

Aprovada em _____.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Leosino Bizinoto Macedo. (CMDIP/UFU – Orientador)

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira De Melo. (CMDIP/UFU)

Prof. Dr. Gustavo Cesar Ribeiro (UERJ)

Uberlândia, 26 de fevereiro de 2015

Pra você e por você Rafaella...

AGRADECIMENTO

A Deus....

A minha família.

A todos que contribuíram para a realização deste trabalho, fica expressa aqui a minha gratidão, especialmente:

Ao Professor Leosino Bizinoto Macedo, pela orientação, pelo aprendizado e apoio em todos os momentos necessários.

Aos meus colegas da 5^a Turma, pela rica troca de experiências.

As minhas, pra toda vida... muito queridas Giovanna e Camila.

A Aline, minha irmã de alma e inspiração.

A todos que, de alguma forma, contribuíram para esta construção.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho dissertativo é avaliar o papel do STF na efetivação dos direitos sociais dos idosos e das pessoas com deficiência, bem como analisar a evolução do entendimento da Suprema Corte na interpretação do artigo 20 da Lei nº 8742/1993 como instrumento garantidor de um mínimo existencial a esse contingente da população tão excluído e marginalizado. Para tanto, o trabalho percorreu várias ruas, becos e vielas para mostrar o movimento de inclusão social dos idosos e das pessoas com deficiência por meio do Benefício Assistencial de Prestação Continuada e seu percurso no STF. Pretende-se verificar a legitimidade democrática da judicialização na efetivação dos direitos sociais assistenciais e mostrar como a judicialização interfere no orçamento público, apontando os impactos provocados pelo Judiciário ao proferir decisões que extrapolam os limites estritos da lei numa suposta invasão de competências; também, interroga-se, se diante do descumprimento dos deveres constitucionais por parte do Legislativo e do Executivo, estaria o Judiciário legitimado a intervir tornando-se o intérprete moral da Constituição, dando a última palavra sobre o seu sentido. No contexto de constitucionalização da ordem social, almeja-se delinejar os desafios na concretização do projeto constitucional da assistência social. O enredo do Benefício de Prestação Continuada (BPC) será estudado em todos os seus meandros. Por um lado, rememora-se o percurso no STF de três importantes julgados acerca do critério de renda adotado pela lei; por meio do estudo destes casos decididos pela Suprema Corte, é possível aferir o papel do judiciário na garantia de efetivação de uma rede de proteção ao idoso e ao deficiente, quando em rota de colisão encontram-se direitos e deveres fundamentais constitucionais: o direito assistencial a um mínimo existencial digno *versus* reserva do possível ou política orçamentária ou custo dos direitos. Por outro lado, considera-se, na totalidade da discussão do tema, o montante gasto pelo Estado com a concessão e manutenção de tal benefício, tendo como pano de fundo a interpretação da Constituição, a teoria dos princípios, o Estado Constitucional, a legitimidade democrática e o direito a ter direitos capazes de serem efetivados a traduzir um ideal de igual consideração e respeito. O que se deseja é que os direitos triunfem ou que se minimizem as perdas e se maximizem os ganhos.

Palavras-chave: Direitos sociais. Justiça social. STF. Judicialização. Mínimo existencial.

RESUMEN

El objetivo de este estudio es evaluar el papel argumentativo de la Corte Suprema en la consecución de los derechos sociales de las personas mayores y las personas con discapacidad, así como analizar la evolución de la comprensión de la Corte Suprema de Justicia para interpretar el artículo 20 de la Ley nº 8742/1993 como instrumento garante de un mínimo existencial este contingente de la población como excluidos y marginados. Por lo tanto, la obra recorrió varias calles, callejones y callejuelas, para mostrar el movimiento de la inclusión social de las personas mayores y las personas con discapacidad a través de la Asistencia de Beneficios de Prestación Continuada y su ruta a través de la interpretación del Tribunal Supremo de la Ley Nº 8742/1993, como instrumento garante de un mínimo existencial. El objetivo es verificar la legitimidad democrática de la legalización en la realización de los derechos de bienestar social y demostrar cómo la legalización afecta el presupuesto público, señalando los impactos causados por el poder judicial para decidir con que van más allá de los límites estrictos de la ley en una supuesta invasión de competencias; preguntándose si antes del fallo de los deberes constitucionales de los poderes legislativo y ejecutivo, el poder judicial estaría legitimado para intervenir convirtiéndose en el intérprete moral de la Constitución, que da la última palabra sobre su significado. En el contexto de una constitución del orden social tiene como objetivo delinear los desafíos en la implementación del diseño constitucional de la asistencia social. La trama de la Caja de Beneficios continua (BPC) se estudiará en todas sus Meandres, recordando la forma en que la Corte Suprema tres principales juzgados en los criterios de ingresos aprobadas por la ley; a través del estudio de estos casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia, la evaluación de la función del poder judicial para garantizar la eficacia de una red de seguridad para los ancianos y los discapacitados, cuando en un curso de colisión son los derechos y deberes constitucionales fundamentales: el derecho a la asistencia sanitaria existencial mínimo decente frente a la reserva para contingencias o presupuesto de la política o el coste de los derechos. Considerando que, en el contexto de la discusión del tema, la cantidad gastada por el Estado con la concesión y el mantenimiento de dicho beneficio, y con una interpretación telón de fondo de la constitución, la teoría de los principios, el Estado de derecho, la legitimidad democrática y el derecho a tener derechos que pueden ser contratados para traducir el ideal de la igualdad de consideración y respeto. Que los derechos triunfan o que minimizan las pérdidas y maximizar ganancias.

Palabras clave: Los derechos sociales. La justicia social. STF. La judicialización. Mínimo existencial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 MOLDURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL	12
2.1 Os direitos sociais na ordem jurídica brasileira e sua concepção de fundamentalidade	13
2.2 Pobreza e deficiência: dos alicerces caritativos à constitucionalização de um direito	21
2.2.1 A solidariedade religiosa e os corações piedosos	22
2.2.2 O movimento de inclusão social das pessoas com deficiência e idosos	32
2.3 O papel do Estado na proteção social	43
2.3.1 A justiça, um alvo a ser alcançado	44
2.3.2 A proteção social: atravessando o umbral da injustiça de Radbruch	44
3 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA	52
3.1 Mínimos sociais como trunfos	53
3.2 O benefício assistencial de prestação continuada – BPC	58
3.2.1 Pré-requisitos para concessão do BPC ao idoso: a idade	60
3.2.2 Pré-requisitos para concessão do BPC à pessoa com deficiência	60
3.2.3 O conceito legal de família	63
3.2.4 Beneficiários: controvérsias, riscos e desafios	65
3.3 O limite de renda sob a apreciação do STF: uma construção histórica	69
3.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232-1/DF: a lei - ruim com ela pior sem ela	71
3.3.2 A Rcl nº 2.303-AgR/RS: A reserva do possível e o custo dos direitos	81
3.3.3 Todos os direitos são positivos: conhecendo o pensamento de Cass Sunstein e Stephen Holmes	86
3.3.4 Outros critérios para aferição da miserabilidade no âmbito da Assistência Social	90

3.3.5 Superação do legalismo simplificador e adoção de diretrizes principiológicas via tutela constitucional de hipossuficientes nos Recursos Extraordinários nº 567985 e nº 580963: entendendo a decisão da Suprema Corte.....	97
4 DIREITO A TER DIREITOS CAPAZES DE SEREM EFETIVADOS ENQUANTO IDEAL DE IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO.....	107
4.1 Normas: princípios e regras.....	107
4.2 O dever do Estado de proporcionar o mínimo existencial	110
4.2.1 John Rawls: O mínimo social e o princípio da diferença	111
4.2.2 A moralidade mínima de Michael Walzer: um conjunto de direitos básicos ...	118
4.2.3 O mínimo existencial no direito brasileiro	123
4.3 O ideal de igual respeito e consideração e a interpretação da Constituição de 1988	128
4.4 Daniel Sarmento: direito a ter direitos capazes de serem efetivados	134
CONSIDERAÇÕES FINAIS	142
REFERÊNCIAS.....	144

1 INTRODUÇÃO

Em uma sociedade livre e democrática, é legítimo um conjunto de Ministros, não eleitos pelo povo, derrubar uma decisão política tomada pela maioria de seus representantes? Deveria o Poder Judiciário desfrutar de tamanha autoridade?

Historicamente, o ideal democrático apropriou-se do poder legislativo para se expressar; em sendo assim, na conformação política da sociedade, quem deve ser o detentor da última palavra, o judiciário ou legislativo?

Política envolve princípios tanto quanto regras procedimentais a partir das quais projetos sociais concretos são pensadas e efetivadas. O processo político não é capaz de enfraquecer o senso crítico dos cidadãos em relação a que direitos eles têm ou, quiçá, quais direitos deveriam ter; muito menos ainda, não é capaz de superar a existência de profundos desacordos sobre seus próprios resultados. Todavia, em razão da inevitabilidade desses desacordos, a resolução dessas questões controvertidas depende de uma embaralhada rede de processos e procedimentos aptos a definir, além de objetivos sociais, o conteúdo e a distribuição dos direitos que os cidadãos possuem.

Ter direito a ter direitos capazes de serem efetivados é o mantra que governa a presente dissertação.

O legislador constitucional encerra uma difícil e extraordinária etapa de conquista do direito e ao mesmo tempo inaugura a luta por sua efetivação quando, por um lado, define como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados; também quando, por outro lado, determina que a assistência social seja prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social; e ainda mais quando considera que a assistência social tem por objetivo, entre outros, 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.

A positivação de novos direitos não supre as expectativas que cria. Ao contrário, o direito conquistado inaugura o processo de realização da garantia que estabelece; processo esse entendido como de efetivação de direitos, que traduz e reflete toda discussão proposta neste trabalho.

Nessa conjuntura, os cidadãos brasileiros já poderiam, portanto, usufruir das benesses da assistência social, valendo-se da previsão constitucional; contudo, o legislador, que detém a prerrogativa democrática e majoritária para determinar as formas e meios para a efetivação de tais direitos, não o fez, anunciando e iniciando um processo de judicialização, que desaguou na discussão acerca da legalidade do critério de renda, ou baixa renda, a ser comprovada para recebimento do Benefício da Prestação Continuada (BPC).

O idoso, com 65 anos ou mais e a pessoa com deficiência, de qualquer idade, em ambos os casos, pobres, são o foco da pesquisa. O art. 203 da Constituição Federal de 1988 garantiu-lhes um salário mínimo de benefício mensal (BPC), mediante a comprovação de que não possuam meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O BPC já nasceu promovendo dois recortes. O primeiro, de ordem constitucional: deficiência e envelhecimento; e o segundo, pertinente à Lei Orçamentária da Assistência Social (LOAS) que o regulamentou, trazendo um recorte no critério de renda. Pobre, no sentido da lei, é aquele cuja renda mensal bruta familiar, dividida pelo número de seus integrantes, seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo. Tal cisão promovida pelo legislador poderia se traduzir em um mecanismo de proteção e justiça social, no sentido de medir a todos pelo mesmo metro, como defendido por Gustav Radbruch?

A discussão, que invadiu os tribunais regionais e terminou no STF, pretendeu aventar a possibilidade de se conjugar ao critério de renda legal, tão restritivo, outros fatores caracterizadores da miséria dos pretendentes à assistência.

A proteção de todos os direitos sociais fundamentais do cidadão contra restrições provindas de tentativas de imposição de concepções particulares ou de doutrinas fundamentadas no apoio de maiorias políticas é sustentada pela metáfora de direitos como trunfos, proposta por Dworkin, que cumprem o duplo papel de garantir o igual respeito e a igual consideração.

A positivação de um conjunto de direitos sociais realizada pela Constituição possibilitou reivindicações por igualdade material. Assim, no tempo, o que se debateu na Corte foi à justeza do critério de renda definido pela lei na concessão do BPC.

O STF posicionou-se, inicialmente, na ADI nº 1232 em 1998, a favor do critério de renda previsto na lei. Entretanto, a força do controle difuso de

constitucionalidade impulsionou a mudança no posicionamento dos Ministros. A trajetória das decisões demonstrará como foi possível essa mudança na interpretação em relação ao critério de renda, em resumo, ao argumento de que este seria, no momento, insuficiente para caracterizar a condição de miserabilidade eleita pela LOAS, devendo o magistrado apurar, no caso concreto, tal condição.

A dissertação é fruto desse cenário, no qual a efetivação dos direitos sociais pelo Excelso Tribunal se desenvolveu a partir da ponderação de valores e princípios na resolução dos casos difíceis envolvendo direitos fundamentais e reserva do possível, sob o manto da Constituição de 1988.

A ótica de todo o trabalho parte de um estudo de caso, não das teorias; parte de determinada situação trazida pelo caso concreto e pela realidade brasileira. Ao focalizar casos concretos, a dissertação enfrenta, sem firulas, as potencialidades e os riscos de decisões judiciais, que afetam políticas sociais e seus custos.

Ainda assim, afirma-se o dever do Estado de proporcionar aos seus um mínimo existencial. Para tanto, serão trazidas frações dos estudos elaborados por John Rawls (que trabalha com uma versão do liberalismo) e Michael Walzer (identificado com o comunitarismo) e a preocupação de ambos com as condições materiais da existência humana. Em que pese suas diferenças, os autores tratam do problema teórico-filosófico, que envolve o direito e as prestações materiais relacionadas com a dignidade humana, ainda que a partir de visões distintas.

Ao trazer a doutrina de Dworkin como referencial teórico, pretende-se sublinhar a concepção de que existem, na teoria política, certos ideais que devem ser perseguidos, quais sejam os ideais de uma estrutura política imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem. Através do direito como Integridade exige-se não somente que este seja sempre interpretado como um todo dotado de coerência narrativa, mas que esta coerência seja ela mesma em si um princípio a nortear os demais.

O método de abordagem adotado será o indutivo, partindo de premissas particulares para inferir uma verdade geral; partindo de casos particulares da realidade, colocados sobre a apreciação da Suprema Corte brasileira na análise do BPC, a fim de verificar a possível contribuição do judiciário na construção de um sistema sólido de proteção social e combate à situação de miséria de idosos e portadores de deficiência; assinala-se, outrossim, os aspectos controvertidos

envolvendo o custo dos direitos sociais e a legitimidade democrática da judicialização na efetivação do direito à assistência social.

Em relação ao procedimento metodológico, dependendo do que se pretende demonstrar, alguns métodos serão implementados. Far-se-á estudo de caso, com análise do entendimento do STF acerca do BPC. O método histórico será utilizado para mostrar a evolução de tal entendimento ao longo dos anos.

A pesquisa será bibliográfica transdisciplinar, tendo em vista as ciências sociais aplicadas (direito, serviço social, política social e administração) e, ainda, documental, na medida em que analisará a legislação pertinente e a jurisprudência.

Assim, o presente trabalho é um estudo do tipo análise das políticas públicas sobre o modo como o STF tem interpretado os critérios de elegibilidade do BPC, apresentando três decisões em momentos cronológicos diferentes, em que acontece o debate na Suprema Corte envolvendo Assistência Social, o Benefício de Prestação Continuada, Política Orçamentária, Estado Democrático de Direito e Garantia de Direitos Fundamentais Sociais Constitucionais.

Por meio de um exame qualitativo de três decisões proferidas em processos distintos, quais sejam, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1232-1) e os Recursos Extraordinários nº 567985 e nº 580963, buscou-se por meio da pesquisa empírica, lastreada na técnica de estudo de casos concretos, reconstruir o percurso dos julgados no STF, acerca do direito constitucional assistencial ao Benefício da Prestação Continuada a fim de observar uma possível mudança na aplicação do direito realizada pelo Tribunal Supremo, no sentido da superação de um modelo positivista e da adoção de uma abordagem principiológica do sistema jurídico na aplicação dos direitos sociais e na interpretação da Constituição como uma comunidade de princípios.

2 MOLDURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 implantou uma nova ordem jurídica no Brasil, que tem como eixo central a dignidade humana na conquista de uma sociedade justa e igualitária. Ressalte-se que direitos antes relegados à ordem social e econômica, os chamados “direitos fundamentais sociais”, foram promovidos a autênticos direitos fundamentais.

O professor português Joaquim José Gomes Canotilho¹, ao demarcar o ser humano como fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes políticos inerentes à representação política, ressalta a importância da dignidade humana radicada no ordenamento:

Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo², genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*³, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Cunhada nos direitos humanos, a Constituição de 1988 e os direitos fundamentais sociais nela inseridos revelam o desejo do Constituinte de abrandar as desigualdades que permeiam a sociedade brasileira por meio da garantia, aos cidadãos, de uma vida digna em um ambiente plural e democrático.

Elencados do art. 6º ao 11º da Constituição Federal, os direitos sociais são educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados.

2.1 Os direitos sociais na ordem jurídica brasileira e sua concepção de fundamentalidade

De inicio, importa informar que se adota aqui o entendimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais e estes, *grosso modo*, são os direitos reconhecidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. Em respeito ao entendimento adotado, não se pode, portanto, deixar de afirmar que a Constituição Federal edificou os direitos sociais à classe direitos fundamentais ao incluí-los expressamente, no Título II, denominado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, traduzindo um compromisso do legislador constituinte em instalar

¹ **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: 2003, p. 221.

² Polpotismo foi uma corrente de pensamento político do movimento comunista baseado nas ideias do líder revolucionário cambojano Pol Pot, cujo nome verdadeiro era Saloth Sar. O polpotismo teve como sua principal manifestação política o partido comunista Khmer Vermelho, que governou o Camboja de 1975 a 1978, período em que foram exterminados de 800 mil a 1,7 milhões de cambojanos.

³ MORÃO, Artur. **A filosofia como exercício espiritual em Kant.** Covilhã: Lusosofia, 2004, p. 14. “O elemento espiritual nuclear da filosofia e da moral Kantiana é, aparentemente, o *homo noumenon*, o homem inteligível.”

uma sociedade menos desigual, em razão das significativas diferenças econômicas e sociais que sempre permearam a sociedade brasileira.

Há que reconhecer os gigantescos desafios que se interpõem à plena efetividade dos direitos sociais, de maneira especial, o direito à assistência social, porque são direitos que visam à igualdade e à melhoria da condição de vida de toda população.

Para o professor Paulo Bonavides⁴ os direitos sociais nasceram abraçados ao princípio da igualdade do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

No rol dos direitos fundamentais inclui-se o direito à assistência social, que, sob este prisma, recebeu da carta constitucional o *status* de direito subjetivo público e político integrante do sistema de proteção social brasileira, até então construída em cima de alicerces caritativos via ações de benemerência das instituições religiosas.

Para Luís Roberto Barroso⁵, os direitos subjetivos constitucionais possuem três atributos essenciais:

- a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem;
- b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação não o faça;
- c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.

A categorização do direito subjetivo em público e privado está alicerçada na pessoa do sujeito passivo da relação jurídica; em sendo este, pessoa de direito privado, o direito subjetivo será privado; em sendo pessoa de direito público, o direito subjetivo será público. Assim, pode-se dizer que haverá direito subjetivo público quando o particular for o titular de um direito subjetivo em face do Estado.

A efetivação dos direitos fundamentais à assistência social traduz-se na exigibilidade administrativa e judicial na condição de direito subjetivo, oponível, individual e coletivamente, ao Estado e aos particulares.

Nesta trilha, os direitos sociais, diante da crença na sua fundamentalidade formal e material, não poderiam ser vistos simplesmente como programas que

⁴ **Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 564.

⁵ **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 223.

devem ser seguidos pelo Estado, posto que, se assim fossem concebidos, estar-se-ia alijando esses direitos da sua perspectiva subjetiva, como avalia Fabiana Kelbert⁶, citando Daniel Sarmento, para quem:

[...] conceber os direitos sociais como normas programáticas implica deixá-los praticamente desprotegidos diante das omissões estatais o que não se compatibiliza nem com o texto constitucional, que consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais, nem com a importância destes para a vida das pessoas.

Deste modo, ao ser elevada à condição de direito social fundamental, a assistência passou a ser elemento essencial no combate às desigualdades e efetivação da justiça social ordenadas na Carta Maior brasileira; e essa proposta trazida em seu preâmbulo convida a congregar esforços para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, da marginalização e com a redução das desigualdades.

A Constituição de 1988 inova ao fornecer todo um aparato de proteção social consolidado no sistema de seguridade social. Este sistema de proteção social passa a ter, como nova integrante, a assistência social, cuja função maior é proporcionar aos cidadãos meios de acesso aos direitos fundamentais sociais. A constitucionalização de novos direitos modifica o jogo estatal, no sentido de que o Estado deixa de ser o agente protetor da liberdade individual para se tornar promotor da igualdade e distribuidor de bens e serviços necessários àqueles que, por seu próprio esforço, não conseguem escalar a árida pirâmide da estrutura social (neo) capitalista.⁷

Partindo da matriz liberal, os direitos individuais clássicos, descritos como inerentes a cada pessoa, declarados como fundamentais pelas Revoluções liberais se exibem como limites contra a intervenção do Estado. Em contrapartida, os direitos sociais exigem, para sua realização, uma proteção efetiva do Estado.

Para Norberto Bobbio⁸ é supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver:

⁶ KELBERT, Fabiana Okchester. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 58.

⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: Efetividade frente a reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2010, p. 17.

⁸ **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 72.

[...] é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado.

De acordo com a tradição, os direitos sociais se distinguiam como exigências ao Estado. Deste modo, volviam não a uma abstenção, mas a uma ação positiva prestacional do Estado, traduzindo tais direitos em duas dimensões, quais sejam: defensiva, pautada na exigência de abster-se de condutas que possam lesionar ou ameaçar os bens jurídicos por ele tutelados; e uma prestacional, correspondente a deveres comissivos atribuídos ao polo passivo da relação.⁹

Deste modo, infere-se que as liberdades públicas, em sua dimensão negativa, mostram-se apropriadas a garantir o desenvolvimento da economia de mercado; entretanto, apresentam-se impróprias para a proteção dos sensíveis interesses da sociedade e não garantem, de modo efetivo, o exercício de tais liberdades; já os direitos sociais, de outro modo, apresentam nova dimensão positiva, em razão de sua promoção, implementação e garantia carecerem de efetiva atuação do poder público. Estes preveem direitos tradicionalmente vinculados às lutas sociais, pelo reconhecimento de melhores condições de vida, a serem garantidos pelo Estado e lutam por uma igualdade real, no sentido de que todos deveriam desfrutar da igual oportunidade de ser livre.

Os direitos sociais têm, portanto, o condão de igualar situações desiguais; contêm elementos sociais e ideológicos que denotam a obrigação das constituições contemporâneas na edificação do Estado Democrático de Direito de forma a garantir liberdade, igualdade e fraternidade.

A expressão “direitos sociais” foi duramente criticada pelo autor espanhol José Ramón Cossío Díaz¹⁰, que asseverou que tal nomenclatura não preservaria, até os dias atuais, o significado, que lhe era atribuído no passado, de contraposição do social ao individual, de elemento de luta pelo reconhecimento da igualdade de

⁹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 292.

¹⁰ **Estado Social y Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 44-47.

condições entre as pessoas. Se as constituições positivaram ditos direitos, melhor expressão para designá-los seria “direitos a prestações” e “direitos de igualdade”.

No entendimento de Antonio Henrique Perez Luño¹¹, a igualdade corresponde “ao direito humano mais importante em nosso tempo, a ser considerado como postulado fundamental de toda a moderna construção teórica de cunho jurídico-positiva dos direitos sociais.” Não se trata de uma igualdade formal e sim material, passível de tornar as pessoas, concretamente, iguais em dignidade.¹²

Neste contexto, encontra-se hoje positivado o direito à assistência, retirado do palco da caridade para içar-se à condição de direito subjetivo público, possibilitando a concretização do Estado Democrático de Direito, por meio da promoção dos direitos sociais, como forma de redução da exclusão social.

Miguel Reale¹³ entende o direito subjetivo como “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio.”

Os direitos sociais, enquanto direitos fundamentais são destinados a todos os seres humanos e, segundo José Afonso da Silva, os direitos sociais constituem forma de tutela pessoal, entendendo que eles disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. E ressalta:

Os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos.¹⁴

A compreensão dos direitos fundamentais decorre das acepções que lhe são conferidas; há que se observar que possuem duas perspectivas ou dimensões, a saber: a objetiva e a subjetiva. A objetiva corresponde aos “objetivos fundamentais da comunidade”.¹⁵ A subjetiva, por sua vez, refere-se a um direito individual plenamente exigível.

¹¹ **Derechos Humanos, Estados e Constitución.** 7. ed. Madrid: Tecno, 2001, p. 50.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma teoria geral dos direito fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 77.

¹³ **Lições preliminares de direito.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 262.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 183.

¹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais:** Efetividade frente a reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2010, p. 89.

Ana Carolina Lopes Olsen, avaliando os ensinamentos de Ingo Sarlet, aponta a função de proteção decorrente da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que deve ser vista tanto em relação às arbitrariedades do Estado, quanto em relação às interferências dos particulares. Segundo a autora¹⁶,

[...] esta dimensão protetora revela, em verdade o caráter positivo que todos os direitos fundamentais podem assumir mesmo os clássicos direitos de defesa, na medida em que todos exigiriam – como função autônoma e independente de sua subjetividade – a proteção do Estado, para a qual, por certo, necessário se faz a adoção de medidas prestacionais. A partir dessa perspectiva torna-se mais evidente a conclusão a que chegaram Cass Sustein e Stephen Holmes no sentido de que todos os direitos fundamentais são positivos, e têm um custo.

O reconhecimento da perspectiva objetiva aos direitos fundamentais, além de ser uma das maiores contribuições do constitucionalismo contemporâneo, concretiza a tese da vinculação dos direitos fundamentais na esfera privada. Neste contexto, Paulo Bonavides¹⁷ infere que procederam da dimensão jurídico-objetiva inovações constitucionais de extrema importância e alcance. Entre elas, destaca: a irradiação e a propagação dos direitos fundamentais a toda esfera do Direito Privado; a elevação de tais direitos à categoria de princípios, se convertendo no mais importante polo de eficácia normativa da Constituição; a eficácia vinculante, cada vez mais ativa e extensa, com respeito aos três Poderes, principalmente o Legislativo; a aplicabilidade direta e a eficácia imediata de todos os direitos fundamentais, com perda do caráter de normas programáticas; a dimensão axiológica, mediante a qual os direitos fundamentais aparecem como postulados sociais que exprimem uma determinada ordem de valores e ao mesmo tempo servem de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição; o desenvolvimento da eficácia em relação a terceiros, com atuação no campo dos poderes sociais, fora, da órbita do Poder Público anulando a exclusividade do confronto subjetivo imediato entre o direito individual e a máquina estatal; aquisição de um caráter dúplice conservando a dimensão subjetiva que mantém sua essencialidade e recebendo um aditivo e uma nova qualidade que é a dimensão objetiva, dotada de conteúdo

¹⁶ **Direitos Fundamentais Sociais:** Efetividade frente a reserva do possível, p. 93-94.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 588-589.

valorativo decisório, e de função protetora assinalada por juízes constitucionais da Alemanha.

A fundamentalidade formal dos direitos sociais decorre da constitucionalização dos direitos e, para Ingo Wolfgang Sarlet¹⁸, apresenta as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental têm superior hierarquia em relação às demais normas do ordenamento jurídico; b) estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da CF; c) em virtude do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos.

Já a materialidade dos direitos fundamentais deve ser contextualizada com a experiência histórica e constitucional de cada Estado; deste modo, aos direitos conquistados pelos idosos e pessoas com deficiência através da constitucionalização da assistência social, conformam direitos materialmente fundamentais presumíveis de serem exigidos via prestação estatal.

Destarte, a intenção máxima dos destacados direitos é a proteção dos hipossuficientes e dos marginalizados, de tal sorte que sua efetivação revela a redução das desigualdades sociais.

Os direitos sociais em geral e o direito social à assistência em particular têm um custo que deve ser suportado pelo Estado, por determinação da ordem constitucional; motivo pelo qual a discussão acerca da efetividade sobrevém à discussão jurídica em torno das fontes de custeio. O controle judicial das políticas públicas é, portanto, peça de um debate de natureza constitucional. .

Em um país tão marcado pela desigualdade social como o Brasil, os impactos do processo de globalização econômica e as matizes políticas neoliberais fazem brotar no constitucionalismo contemporâneo a necessidade de elaborar formas de proteger os direitos sociais, em especial a assistência aos desamparados, garantindo o mínimo necessário à dignidade de vida.

No caso do Brasil, os direitos sociais fundamentais foram organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico. Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes Ferreira¹⁹,

¹⁸ **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** Uma teoria geral dos direito fundamentais na perspectiva constitucional, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 86-87.

¹⁹ **Curso de Direito Constitucional.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 265.

A incontestável evolução que o Direito Constitucional alcançou é fruto, em grande medida, da aceitação dos direitos fundamentais como cerne da proteção da dignidade da pessoa e da certeza de que inexiste outro documento mais adequado para consagrar os dispositivos assecuratórios dessas pretensões do que a Constituição.

Essa última Constituição imprimiu aos direitos sociais básicos uma amplitude e substancialidade sem precedentes na história constitucional brasileira.²⁰ Todavia, e sem qualquer novidade o direito material não tem conseguido acompanhar os avanços do direito formal. A Constituição material segue atrás da Construção formal, ávida do desejo de efetividade; os direitos sociais ainda não integram a realidade de grande parte da população, que continua à margem, distante dos mínimos essenciais necessários à construção de uma vida digna à realização plena da justiça social.

A Carta Maior de 1988 consagra o princípio da universalidade, na forma de acesso a todos os que necessitam de atendimento da Política de Assistência Social. A realização plena da justiça social encontra limites que demandam ser superados permanentemente. As justificativas sustentadas na insuficiência de recursos financeiros provocam um debate caloroso na doutrina em torno da reserva do possível e do mínimo existencial; cria-se um mito de que recursos em abundância poderiam garantir a universalidade, desconsiderando os limites próprios da condição do tardio desenvolvimento econômico e social que caracteriza a realidade brasileira.

Existe uma zona de desproteção social formada por pessoas que permanecem alijadas da assistência social; esta desproteção é evidenciada pela falta de recursos e, ainda, pelo fato destes cidadãos não fazerem parte de critérios de acesso aos benefícios assistenciais não contributivos. Por conseguinte, embora a proteção por meio da assistência social seja um direito constitucional exigível mediante uma prestação positiva estatal, ainda permanece algo a ser superado, para que o status de público e universal seja uma realidade universalizável.

²⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 339.

2.2 Pobreza e deficiência: dos alicerces caritativos à constitucionalização de um direito

A Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 3º, inciso IV, estabelece, além de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais; faz referência no artigo 5º, LXXIV e LXXVI respectivamente aos “reconhecidamente pobres”, aos “necessitados” ou de “recursos insuficientes”; no artigo 6º, aos “desamparados”; no artigo 203,V, aos que não possuem “meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida pela família”. Ao abordar a questão da pobreza, no art. 79 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias alude a “níveis dignos de subsistência”. No Título VIII da Ordem Social, a Constituição Federal entendeu que a seguridade social compreende um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Até a década de 30, a garantia de assistência social ao indivíduo sem recursos era provida pela sociedade e centralizada no seio da Igreja; as ações de proteção consistiam apenas em atos voluntários de caridade e solidariedade.

A Constituição de 1988 trouxe um grande desafio assistencial ao Poder Público no sentido da construção e efetivação de uma política social não contributiva, consolidada, a partir de então, como um direito. Isto significa dizer que, para que cada cidadão possa ter uma vida digna, é preciso que tenha condições mínimas de existência.

A assistência social, inserida no artigo 203 da Constituição Federal de 1988 e regulamentada pela Lei Federal nº 8.742/93, veio, então, para acolher aqueles desprovidos de condições de contribuir para a Previdência Social, o que possibilita a diminuição das desigualdades e confere dignidade a uma parcela de população marcada pela pobreza.

Neste sentido, a Lei 8.742/1993 dispôs sobre a organização da assistência social no Brasil. A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) traz, em seu bojo, proteção a uma parcela populacional não participante do custeio da Previdência. Pela via do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, previsto no artigo 20, essa lei promove a inclusão social dos idosos e deficientes que se encontram em situação de extrema pobreza. Os critérios de aferição são delimitados pela lei a fim de atender às necessidades básicas destes eleitos, sinalizando um

profundo respeito ao caráter principiológico da Constituição, sobretudo, ao princípio da dignidade da humana tão marcante na Constituição brasileira de 1988.

Contudo, a constitucionalização e a positivação de novos direitos não proveem as expectativas que criam; muito ao contrário, o direito conquistado e constitucionalizado inaugura o processo de efetivação da garantia que estabelece.

Um passeio pela história permite advertir que tal propósito foi e prossegue sendo grande desafio de ordem social e política; sem a pretensão de exaurir o tema, apenas lançando mão de um olhar observador, pretende-se seguir nesta trilha, trafegando pela solidariedade religiosa e pelos corações piedosos, onde tudo começou.

2.2.1 A solidariedade religiosa e os corações piedosos

A origem histórica da assistência social no Brasil repousa na ideia da caridade e solidariedade religiosas. A intensa influência do Cristianismo, na era medieval, por meio da propagação da doutrina da fraternidade, impulsionou a prática assistencial com a difusão das confrarias, que apoiavam as viúvas, os órfãos, os velhos e os doentes.²¹

As primeiras ações de amparo aos necessitados aconteceram principalmente no seio da Igreja Católica, estendendo-se, depois, à comunidade leiga. As ações sociais das ordens religiosas desenvolviam práticas de benemerência pautadas no conceito de caridade cristã, através da concessão de algum tipo de auxílio material ou esmolas como meio de se atingir a salvação. A vida na terra era tida como passageira e as práticas assistenciais seriam como um bilhete de viagem rumo à salvação eterna.

Com a civilização judaico-cristã, a ajuda toma a expressão de caridade e benemerência ao próximo, como força moral de conduta. Muitos são os exemplos históricos de solidariedade e compromisso a partir desses valores. A vida terrena era considerada transitória e o consolo aos aflitos a forma de transcender essa transitoriedade. Desde a Idade Média, abrem-se as instituições de caridade, tanto pelas companhias religiosas quanto pela caridade leiga.²²

²¹ CARVALHO, Rogério Tobias de. **Imunidade Tributária e Contribuições para a Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 15.

²² FOUCAULT, Michel. **História da Loucura**. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 53.

A coleta de doações por parte da igreja surgiu a partir do século XVIII com as chamadas “obras pias”, que eram doações espontâneas oferecidas à Igreja Católica, ou relevantes serviços a esta prestados, para o seu crescimento e desenvolvimento na doutrina evangélica.

A esmola foi à primeira modalidade de assistência social aos pobres no Brasil colonial, seguida da criação de instituições asilares e tutelares.

As Santas Casas de Misericórdia foram, assim, o primeiro formato organizado de assistência no Brasil, conforme ensina Maria Luiza Mestriner.²³ Elas tiveram suas raízes trazidas de Lisboa e se instalaram no Brasil, primeiramente, na cidade de Santos, em 1543; pautavam-se na doação de esmolas, abrigo e alimentos aos necessitados e, ainda, forneciam caixões para seus enterros, visitavam os presos, promovendo-lhes conforto, apoio material e espiritual; além disso, celebravam missas em intenção dos nobres que custeavam tais serviços.²⁴

As Santas Casas acabaram por se tornar as instituições mais conhecidas da Igreja, apesar de a ajuda ser muito pequena e destinada a poucos. Na verdade, traziam mais importância a seus integrantes, concedendo *status* e privilégios, do que à população emergencial, que carecia de acolhida e amparo.

Para o atendimento aos desfavorecidos, surgiu a chamada “roda dos expostos” ou “roda dos enjeitados”²⁵; era um sistema trazido da Itália, instalado no Brasil, a partir de 1726, instituído pelas Santas Casas de Misericórdia, para receber, de forma sigilosa, os filhos abandonados pelas mães de famílias pobres, que entregavam as crianças aos cuidados das irmãs de caridade. A roda dos expostos acabou, também, sendo utilizada para ocultar relações “ilícitas de mulheres de condição social elevada, para as quais se colocava a questão da salvaguarda da honra”.²⁶

Em relação ao papel do Estado, este não assumia responsabilidades sociais. Tanto no período de colonização portuguesa, que perdurou de 1500 a 1822, quanto no período monárquico de 1822 a 1889, o Estado, que não se envolvia diretamente na administração das instituições filantrópicas, tão pouco destinava verbas para seu

²³ MESTRINER, Maria Luiza. **O Estado entre a Filantropia e a assistência social**. São Paulo: Cortez, 2008, p. 32.

²⁴ CORAZZA, Sandra Mara. A Roda do Infantil. **Revista Educação & Realidade**. Porto Alegre: UFRGS. v. 23, n. 1, jan./jun., 1998, p. 94.

²⁵ MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 56.

²⁶ LOBO, Lilia Ferreira. **Os infames da história**: pobres, escravos e deficientes no Brasil. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008, p. 291.

funcionamento. As responsabilidades sociais eram adotadas por instituições de caridade ou por iniciativas individuais.²⁷

Para Lilia Ferreira Lobo²⁸, “a caridade jamais teve a pretensão de erradicar a pobreza, mas viver dela nesta vida e na eterna.” Era necessário, para a dinâmica e para o contexto social, que existissem os pobres e os necessitados; assim, aqueles que contribuíam para amenizar seus efeitos poderiam tirar um tipo de vantagem, seja terrena ou espiritual. O sofrimento suscitado pela pobreza era concebido como um caminho para a salvação divina, tanto para o pobre, de modo que suas penúrias o elevassem ao reino dos céus, quanto para os nobres, que, ao socorrem os doentes e necessitados pela via do exercício da caridade poderiam, então, alcançar a própria salvação.²⁹

A partir da segunda metade do século XIX, adveio uma mudança nos rumos da assistência até então praticada no país. A filantropia e a caridade não eram mais capazes de administrar as questões que envolviam a classe pobre, os doentes, os inválidos e os enjeitados. A caridade, de modo individual e isolado, mostrava sua limitação na impossibilidade de prevenir e curar doenças e na sua inaptidão para recuperação de delinquentes e desocupados. Suas ações ficavam adstritas à espera resignada da morte e, posteriormente, à condução da alma à vida eterna.³⁰

O inicio do século XX, no Brasil, foi marcado por profundas mudanças de ordem política, econômica e social. Com o fim da Colônia e do Império, a Primeira República³¹ que perdurou de 1889 a 1930, foi arena de grandes episódios que marcaram e modificaram o panorama em vários setores: houve aumento considerável da população em razão da chegada de milhares de imigrantes europeus às terras brasileiras: a área da saúde encontra o desafio da profusão de epidemias e doenças; e, no âmbito do trabalho, sobreveio a mudança do modelo escravagista para o trabalho assalariado.

²⁷ CORAZZA, Sandra Mara. A Roda do Infantil. **Revista Educação & Realidade**, p. 87-141.

²⁸ LOBO, Lilia Ferreira. **Os infames da história**: pobres, escravos e deficientes no Brasil, p. 295.

²⁹ LOBO, Lilia Ferreira. **Os infames da história**: pobres, escravos e deficientes no Brasil, p. 282.

³⁰ TRONCA, Ítalo (org.). **A arte de administrar a pobreza**: assistência social institucionalizada no século XIX. Campinas: Pontes, 1987, 102.

³¹ MELLO, José Carlos. **Os Tempos de Getúlio Vargas**. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2011. “A Primeira República Brasileira, normalmente chamada de República Velha, foi o período da história do Brasil, que se estendeu da proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, até a Revolução de 1930, que depôs o 13º e último presidente da República Velha, Washington Luís. Nesse período o Brasil foi nomeado de Estados Unidos do Brasil, o mesmo nome da Constituição de 1891, também promulgada nesse período.”

Assim sendo, a concentração urbana, em face de todos os fatores acima elencados e, ainda, das precárias condições de trabalho e do elevado número de analfabetos produzidos em meio ao longo período de escravidão, ocasionou importante aumento nas condições de miserabilidade; provocou, em contrapartida a tais mudanças, elevados índices de mendicância, vadiagem, prostituição, alcoolismo e criminalidade.³²

Tornou-se, então, necessário novo olhar para os problemas emergentes da população que não se limitasse a uma simples condução pastoral; era preciso que desenvolvessem ações voltadas ao controle da vida social, pessoal, hábitos, costumes e maneira de agir do indivíduo de modo a gerenciar a miséria, prevenir as doenças e coibir atos de desordem.

Aproximando-se a segunda metade do século XIX, a filantropia caritativa não se constituía mais em prática social capaz de superar a crise emergente em face dos problemas suscitados pelos nascituros enjeitados, pelos portadores de lepra, pelos criminosos e alienados mentais, inclusive inválidos e velhos, que permaneciam indiferenciados frente aos mendigos. Por volta de 1850, a organização das sociedades de socorro mútuo entre imigrantes anuncia o advento de um novo capítulo na história da filantropia em São Paulo, porquanto, introduz de modo efetivo, uma política de assistência social elegendo o hospital como *locus* privilegiado de sua ação preventiva e terapêutica.³³

Deste modo, surgiu em meados do século XIX e na primeira metade do século XX, o fenômeno denominado pela melhor doutrina de “filantropia higiênica”³⁴, uma vez que as epidemias, as doenças contagiosas e a insalubridade das cidades se faziam presentes, atingindo, principalmente, a população pobre, sem amparo por parte do poder público.³⁵

A filantropia higiênica tinha por finalidade restaurar a ordem e cuidar da preservação da vida dos cidadãos, impedindo, especialmente, a propagação das doenças e epidemias, que, na época, causavam muitas mortes. Para Lilia Ferreira Lobo³⁶, “eram valores de preservação da vida que se faziam anunciar na cidade”.

A filantropia caritativa voltada para salvação das almas cede passo à filantropia higiênica preocupada com os rumos da vida biológica e com a

³² BEIGUELMAN, Paula. **A crise do escravismo e a grande imigração**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 23.

³³ TRONCA, Ítalo (org.). **A arte de administrar a pobreza**: assistência social institucionalizada no século XIX, p. 105.

³⁴ MESTRINER, Maria Luiza. **O Estado entre a Filantropia e a assistência social**. São Paulo: Cortez, 2008, p. 34.

³⁵ SPOSATI, Aldaíza Oliveira. **Vida urbana e gestão da pobreza**. São Paulo: Cortez, 1988, p. 78.

³⁶ LOBO, Lilia Ferreira. **Os infames da história**: pobres, escravos e deficientes no Brasil, p. 302.

precariedade da saúde na sociedade, conforme ensinam Sérgio Abreu e Myrian Castro³⁷:

A filantropia, o civilismo-cristão das elites e a medicina social deram-se as mãos para inaugurar um corte decisivo para com o passado da assistência social aos 'desafortunados', incentivando a introdução e prática de novas concepções pedagógico-sanitárias.

Neste período, as ordens religiosas permanecem existindo, porém, preocupadas com os efeitos que a miséria poderia produzir no seio da sociedade. A prática exclusivamente religiosa torna-se incipiente carecendo de dados científicos, que pudessem medir e revelar precisamente a realidade brasileira.

A ciência e seu método possibilitaram outras formas de governar a sociedade fazendo surgir novas práticas no terreno da assistência social. As verdades estatísticas e a influência da medicina permitiram que o exercício do poder pudesse se articular em tono da vida e não da morte. Esse momento dirigido pelo modelo científico surge em meio a uma política liberal³⁸ de governar que se caracteriza pela menor intervenção do Estado, o que não significa crer que o Estado não produzisse algumas intervenções naqueles campos e domínios tidos como precários da vida social. O Estado, em um pensamento liberal de governar, intervirá apenas naqueles âmbitos que se mostrarem muito necessários.

No início do século XX, a pobreza é vista como um tipo de inabilidade, de disfunção pessoal³⁹ e objeto da benemerência e da filantropia. Aos poucos, com o desenvolvimento da urbanização e com o nascimento da classe operária e de suas exigências e mobilizações, que aumentam a partir dos anos 1930 dentro das

³⁷ In: TRONCA, Ítalo (org.). **A arte de administrar a pobreza**: assistência social institucionalizada no século XIX, p. 103.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29. O autor assim contextualiza a política liberal: "Do século XVIII ao XX, o mundo atravessou duas grandes revoluções - a da liberdade e da igualdade – seguidas de mais duas, que se desenrolaram debaixo de nossas vistas e que estalaram durante as ultimas décadas. Uma é a revolução da fraternidade tendo por objeto Homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria-universo. A outra é a revolução do Estado Social, na concretização constitucional tanto da liberdade quanto da igualdade. [...] O atraso, a fome, a doença, o desemprego, a indigência, o analfabetismo, o medo, a insegurança e o sofrimento acometem milhões de pessoas, especialmente em nosso País, vítimas da violência social e das opressões de neocolonialismo capitalista, bem como da corrupção dos poderes públicos. Impetram essas massas e esses povos uma solução dirigida tanto à sobrevivência como à qualidade da vida digna. Cada revolução daquelas intentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado Liberal; a seguir, o Estado Socialista; depois, o Estado Social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem intencionado de suas declarações de direitos; e, de ultimo, o Estado social dos direitos fundamentais, este, sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção de os preceitos e regras que garantem estes direitos."

³⁹ SPOSATI, Aldaíza (org.). **A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras**: uma questão em análise, p. 41.

cidades, a “questão social”⁴⁰ passa a ser a mola propulsora de ações estatais de proteção ao trabalhador e sua família. Deste modo, a questão social é expressão do processo de "formação e desenvolvimento da classe operária e de seu ingresso no cenário político, exigindo seu reconhecimento como classe por parte do empresariado e do Estado.”⁴¹

A pobreza tratada como um desvio moral causava impactos na ordem social e, portanto, deveria ser combatida por meio de punições, castigos e intervenções. Para aqueles que colocavam em risco a ordem moral e social, para aqueles que não tinham em quem se amparar, considerados vagabundos, pedintes ou crianças e os jovens de famílias pobres, tidos como abandonados por suas famílias, a resposta da República era a criminalização.

Dos adultos, o destino era o encaminhamento às prisões e das crianças, era o encaminhamento às escolas correcionais ou de reforma e abrigos. No Código Penal de 1890, implementado pela República, os pobres eram responsabilizados e punidos criminalmente pelos atos de mendigar ou pedir esmolas e, em relação às crianças de famílias pobres, esse código promove condições legais para controlá-las, reduzindo a idade penal para nove anos, e os Códigos de Menores passam a regulamentar a destituição do poder familiar.⁴² Segundo ensinamentos de Aldaiza Sposati⁴³:

No caso brasileiro, é possível afirmar, salvo algumas exceções, que até 1930 a consciência possível em nosso país não apreendia a pobreza enquanto expressão da questão social. Quando esta se insinuava como uma questão para o Estado, era de imediato, enquadrada como ‘caso de polícia’ e tratada no interior de aparelhos repressivos.

Como visto, neste período, o Estado não se responsabilizava pelas questões sociais, e, portanto, a assistência aos pobres e miseráveis não se encontrava no raio

⁴⁰ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social:** repensando o Estado Providência. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, p. 23. “A expressão Questão Social foi criada no fim do século XIX, referindo-se inicialmente às disfunções da sociedade industrial emergente. Os dividendos do crescimento e as conquistas das lutas sociais tinham permitido transformar profundamente a condição do proletário daquela época.”

⁴¹ IAMAMOTO, Marilda. **Relações Sociais e Serviço Social no Brasil:** esboço de uma interpretação histórico/metodológica. 10. ed. São Paulo: Cortez, 1995, p. 77.

⁴² ARANTES, Esther Maria de M. Rostos de crianças no Brasil. In: Rizzini e Pilotti (orgs.). **A arte de governar crianças.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009, 192-196.

⁴³ **A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras:** uma questão em análise, p. 41.

de atuação do Estado, a não ser que fosse necessário interferir de forma repressiva. Para Maria Luiza Mestriner⁴⁴:

Durante a Primeira República, o Estado não intervinha. Era um Estado fraco. [...] O conceito de liberalismo - pautado na política do *laissez-faire, laissez-passer* - não permitia, por parte do Estado, uma intervenção direta nos problemas, ou um comportamento de proteção social que amenizasse a situação, mas apenas mecanismos de censura.

No século XX, após a Revolução de 30⁴⁵, Getúlio Vargas assume o poder. Tem início a chamada “era Vargas”⁴⁶ que marcou intensa mudança na estrutura econômica e social do país. Pode-se evidenciar que, neste período, quando do ajustamento da proteção social no Brasil, como “sistema programático e legalmente regulado”⁴⁷, a assistência social se configurou em ações volvidas àquela parcela populacional não inscrita no âmbito desse sistema, que, antes de 1988, reunia direitos decorrentes da entrada no mercado de trabalho.

Com base na obra de Elaine Rosseti Behring e Ivanete Boschetti⁴⁸, pode-se afirmar que o movimento de 1930 é caracterizado como o princípio da política social no Brasil, em que Getúlio chega ao poder em “um momento de inflexão no longo processo de constituição de relações sociais, tipicamente capitalistas, no Brasil”. Iniciou-se um processo de regulamentação das relações de trabalho no país, cujo objetivo principal era transformar a luta de classes em cooperação de classes, apontando uma estratégia legalista na tentativa de interferir autoritariamente, ainda que via legislação, a fim de se evitar conflitos sociais.

Neste período as ações sociais foram transformadas em políticas públicas⁴⁹ e as políticas sociais⁵⁰ foram introduzidas na sociedade brasileira, com a finalidade de

⁴⁴ O Estado entre a Filantropia e a assistência social. São Paulo: Cortez, 2008, p. 69.

⁴⁵ MELLO, José Carlos. **Os Tempos de Getúlio Vargas**. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2011. “A Revolução de 1930 foi o movimento armado, liderado pelos estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, que culminou com o golpe de Estado, o Golpe de 1930, que depôs o presidente da república Washington Luís em 24 de outubro de 1930, impediu a posse do presidente eleito Júlio Prestes e pôs fim à República Velha.”

⁴⁶ MELLO, José Carlos. **Os Tempos de Getúlio Vargas**. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2011. “Era Vargas é o período da história do Brasil entre 1930 e 1945, quando o país estava sob a liderança de Getúlio Dornelles Vargas e que compreende a Segunda e a Terceira República (Estado Novo). Essa época foi um divisor de águas na história brasileira, por causa das inúmeras alterações que Vargas fez no país, tanto sociais quanto econômicas.”

⁴⁷ PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Necessidades Humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 126.

⁴⁸ BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social**: fundamentos e história. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2009. p. 105.

⁴⁹ SALES, Mione Apolinário; MATOS Maurílio Castro de; LEAL, Maria Cristina (org.). **Política Social**,

monitorar as crises e os conflitos decorrentes da questão social gerada pela industrialização e pelas relações de trabalho. A década de 1930 foi palco de muitas concessões por parte do Estado.

Neste período⁵¹, foram instituídos o Ministério da Saúde e o Ministério da Educação, os Institutos de Aposentadorias e Pensões, os chamados IAPs; foi promulgada a Constituição de 1934, que consolidou os direitos sociais e políticos. Na mesma década se institui a carteira de trabalho e, na década subsequente, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, seguramente uma conquista para os trabalhadores, fazendo surgir o que a doutrina denominou de “Cidadania Regulada”.⁵²

Em 1947, foi criada a Legião Brasileira de Assistência - LBA - com o desígnio de atender as famílias dos pracinhas⁵³ combatentes da 2ª Guerra Mundial. Terminada a guerra, as ações da LBA foram sendo estendidas, à assistência às crianças e às suas mães necessitadas. Posteriormente, passou a desenvolver ações assistenciais organizadas em várias linhas programáticas, envolvendo a criação de creches, a assistência social complementar destinada à ajuda para a aquisição de materiais escolares e uniformes, assistência social geral de atividades sócio-educativas com famílias e grupos comunitários, formação de mão de obra,

família e juventude. São Paulo: Cortez, 2009, p.39. “A política pública considerada a partir do seu significado moderno (policy), referente aos processos de regulação econômica e social realizado pelo Estado, em articulação com a sociedade, desde que o Estado se tornou crescentemente interventor, nos fins do século XIX. De acordo com essa perspectiva, a política está ligada a conflitos de interesses, constituindo uma relação de antagonismo e reciprocidade ao mesmo tempo (contradição dialética) e ela pode ser caracterizada como pública exatamente por ser de todos, envolvendo ao mesmo tempo Estado e sociedade.”

⁵⁰ SALES, Mione Apolinário; MATOS Maurílio Castro de; LEAL, Maria Cristina (org.). **Política Social, família e juventude**, p. 40. “A política social é um tipo particular de política pública que, por sua vez, divide-se em: política de saúde, educação, habitação, assistência social.”

⁵¹ PEREIRA, Potyara Amazoneida. **Necessidades Humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 6. ed. São Paulo. Cortez, 2011, p. 134.

⁵² SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça**: a política social na ordem brasileira, Contribuições em ciências sociais. Rio de Janeiro: Editorial Campus, 1979, p. 68. “Por cidadania regulada entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras, são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei. A extensão da cidadania se faz, pois, via regulamentação de novas profissões e/ou ocupações, em primeiro lugar, e mediante ampliação do escopo dos direitos associados a estas profissões, antes que por extensão dos valores inerentes ao conceito de membro da comunidade. A cidadania está embutida na profissão e os direitos do cidadão restringem-se aos direitos do lugar que ocupa no processo produtivo, tal como reconhecido por lei.”

⁵³ Pracinha é um termo referente aos soldados veteranos do Exército Brasileiro que foram enviados para integrar as forças aliadas contra o nazismo e fascismo na Segunda Guerra Mundial. Os pracinhas, membros da Força Expedicionária Brasileira, lutaram na Itália e participaram de importantes batalhas, como a batalha de Monte Castello. Estes eram os soldados que estavam na linha de frente das batalhas.

legalização de documentos, atenção primária à saúde, distribuição de leite, assistência aos excepcionais e aos idosos entre outros.⁵⁴

Grande parcela dos benefícios sociais girava em torno do trabalho, conforme afirma Aldaíza Sposati⁵⁵, “no pensamento idealizado liberal permanecia a ideia moral pela qual atribuir benefícios ao trabalhador formal era um modo de disciplinar e incentivar a trabalhar o trabalhador informal, tido por vadio”. Contudo, a maior parte da população não possuía vínculo empregatício; limitava a poucos o acesso aos direitos sociais, ficando os desempregados relegados caridade das instituições filantrópicas.

Em 1960, foi promulgada a Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, que instituiu planos de benefícios e de custeio únicos para o conjunto dos trabalhadores não submetidos a regimes próprios de previdência, impondo-lhes filiação obrigatória decorrente do mero exercício de atividade remunerada. A lei uniformizou os benefícios e estabeleceu maior delimitação entre as políticas previdenciárias e assistenciais.

Nos anos que compreenderam 1964 a 1985, instalou-se no Brasil uma nova ditadura, agora sob o comando dos militares. Se no apogeu da Ditadura do Estado Novo pode-se perceber no Brasil a emergência das políticas de assistência social, na Ditadura Militar, concebeu-se o fortalecimento dessas políticas, o que induz a dizer que se viveu, nesse período histórico, uma espécie de retorno daquilo que José Murilo de Carvalho⁵⁶ denominou a “era dos direitos sociais”.

Em 1966, vários institutos de aposentadoria e pensão foram unificados no Instituto Nacional de Previdência Social – INPS; nesse mesmo ano, cria-se o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS para compensar a não estabilidade do emprego, que foi retirada pelos militares. Aos poucos a assistência social vai se ampliando e passa a atender também as classes da população que não mantinham uma relação trabalhista, deixando para trás a ideia de assistência como complemento da previdência.

A ampliação dos direitos sociais se intensifica, sobretudo, a partir de 1974 quando a assistência deixa de ser simples complementação da previdência para constituir-se como um campo próprio. A ação que inaugura este momento é a

⁵⁴ SPOSATI, Aldaíza (org.). **A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras**: uma questão em análise, p. 87.

⁵⁵ **A menina LOAS**: um processo de construção da assistência social. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007, p. 12.

⁵⁶ **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 190.

criação, neste mesmo ano, do Ministério da Previdência e Assistência Social que substitui o Ministério do Trabalho e da Previdência.

Em 1977, foi instituído o Sistema Nacional de Previdência Social e Assistência Social – SINPAS - pela Lei nº 6.439, de 01 de julho de 1977, com objetivo de integrar as ações governamentais no setor que era composto por seis órgãos básicos: INAMPS (assistência médica); IAPAS (administração previdenciária); INPS (benefícios previdenciários); LBA (assistência social); FUNABEM (assistência ao menor); e DATAPREV (processamento de dados).

Sob o aspecto organizacional, o novo modelo adotado prenunciava, ainda que timidamente, uma aproximação ao que viria a ser a fórmula tripartite de seguridade social criada com a Constituição da República de 1988, integrando-se, em um mesmo sistema nacional, as funções de saúde, previdência e assistência social. Pela primeira vez no Brasil, deu-se, à assistência social, no seu artigo 6º, o estatuto de direito social; deu-se, ainda, o estatuto de política pública não contributiva de seguridade social, concretizada por meio de ações da iniciativa dos poderes públicos e da sociedade e destinada a assegurar os direitos relativos à assistência social a quem dela necessitar, o que se encontra previsto nos artigos 194 e 203 da denominada Carta Cidadã⁵⁷. Deste modo, a assistência social no Brasil, edificada com *status* de “delegação político-programática no âmbito das políticas sociais”⁵⁸ e prevista no campo dos direitos sociais, é exclusividade do período pós 1988, quando de sua inserção no texto constitucional. A assistência social se instituiu como decorrência das complexas e contraditórias relações entre o

⁵⁷ A CONSTITUIÇÃO Cidadã 27 de julho de 1988. **Revista Stoé Independente**. São Paulo, n. 2158, 23 set.

2011. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/161883_A+CONSTITUICAO+CIDAD_A.20Acesso%20em%20202%20Mar.%202014. Acesso em: 2 Mar. 2014. “O então presidente da Câmara dos Deputados, Ulysses Guimarães, declarou em 27 de julho de 1988 a entrada em vigor da nova Constituição Federal – apropriadamente batizada de Constituição Cidadã porque era o Brasil, nessa época, um país recém-saído da ditadura militar na qual os princípios constitucionais foram trocados por porões de tortura dos oponentes políticos do militarismo. Um ano e meio após a sua formação, a Assembleia Nacional Constituinte, composta por 487 deputados e 72 senadores, chegava a um consenso sobre as normas jurídicas. Tida como uma das mais avançadas do mundo no âmbito das garantias individuais, como ISTOÉ qualificou à época a Carta Magna, ela define como crimes inafiançáveis a tortura e ações armadas contra o Estado Democrático. Outras conquistas importantes foram o direito à licença-maternidade e a garantia ao réu de não se autoincriminar, além da destinação de fatias dos recursos do Orçamento – que antes iam para a infraestrutura – para a educação, a cultura e a previdência. O texto constitucional concentra poderes no Executivo, abrindo assim a possibilidade de alterações de leis por meio do Judiciário, sem a necessidade do crivo do Congresso.”

⁵⁸ SPOSATI, Aldaíza. Assistência social: de ação individual a direito social. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n.10 – jul./dez.2007, p. 445.
Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-435-AldaizaSposati.pdf>>
Acesso em: 20 Fev. 2014.

Estado e Sociedade, que foram notadamente marcadas pela influência do colonialismo com a adoção da cultura europeia, seus costumes, valores e suas instituições sociais e pelos limites e possibilidades de proteção social nas sociedades capitalistas.

A história do Brasil é perpassada por dois fenômenos distintos marcados por significativas mudanças, que se entrelaçam e se comunicam: a assistência social, configurada eminentemente numa forma assistencialista no período que antecede à promulgação da Constituição de 1988, e a assistência social, prevista no texto constitucional como política social pública, configurada no modelo socioassistencial, a despeito das distinções legalmente constituídas; ambas, na opinião de Berenice Rojas Couto, trazem consigo as “marcas persistentes de sua origem”.⁵⁹

De tal modo, a carta cidadã reconheceu a miséria como uma questão de ordem pública e tratou a assistência social como um direito. A assistência social atravessou o campo caritativo e religioso e chegou ao texto constitucional como um direito social distinto daqueles garantidos aos trabalhadores, na totalidade da previdência social; por certo, provocou grande impacto na vida das pessoas idosas e das pessoas com deficiência após o acesso ao benefício assistencial de prestação continuada - BPC, como instrumento capaz de proteger, da situação de vulnerabilidade social, os beneficiados e suas famílias.

2.2.2 O movimento de inclusão social das pessoas com deficiência e idosos

Do conceito de incluir, pode-se entender que significa fazer parte; inclusão seria, portanto, a ação ou o resultado de incluir. Assim, a inclusão social das pessoas com deficiência⁶⁰ e dos idosos denota torná-las participantes da vida social, econômica e política em todos os seus vieses e matizes, garantindo-lhes pleno gozo

⁵⁹ **O Sistema Único de Assistência Social no Brasil:** uma realidade em movimento. São Paulo: Cortez, 2010, p. 47.

⁶⁰ SASSAKI, Romeu Kazumi. **Vida independente:** história, movimento, liderança, conceito, reabilitação, emprego e terminologia. São Paulo: Revista Nacional de Reabilitação, 2003, p. 1236. Nas palavras do professor Romeu Sasaki, o termo correto é pessoa com deficiência. “No Brasil, tornou-se bastante popular, acentuadamente entre 1986 e 1996, o uso do termo portador de deficiência (e suas flexões no feminino e no plural). Pessoas com deficiência vêm ponderando que elas não portam deficiência; que a deficiência que elas têm não é como coisas que às vezes portamos e às vezes não portamos (por exemplo, um documento de identidade, um guarda-chuva). O termo preferido passou a ser pessoa com deficiência. Aprovados após debate mundial, os termos ‘pessoa com deficiência’ e ‘pessoas com deficiência’ são utilizados no texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada em 13/12/06 pela Assembléia Geral da ONU.”

de seus direitos e o respeito por parte de toda sociedade, do Estado e do Poder Público.

A inclusão é um movimento que acontece gradativamente, com avanços e retrocessos; enfrenta, por vezes, costumes históricos recheados de preconceitos e pouca vontade política dificultando o combate à exclusão, distanciando a sociedade de um modelo ideal de justiça.

Contudo, esse movimento inclusivo pode também ser percebido mediante a legislação protetiva produzida pelo Estado, criando, assim, uma possibilidade de diminuição das desigualdades em face da efetivação de direitos positivados nas Constituições e leis infraconstitucionais. Deste modo, o que se propõe, é um excursionismo pela Carta Constitucional de 1988 e por algumas leis e convenções produzidas pelo Direito nacional e internacional respectivamente, sem a pretensão de esgotá-las ou restringi-las.

O movimento de inclusão social das pessoas com deficiência e idosos da comunidade internacional iniciou quando a Organização das Nações Unidas (ONU) moveu seu olhar, no segundo pós-guerra, para a reabilitação de pessoas que o combate mutilara e tornara deficientes. Simbolizando um compromisso moral e ético assumido pelos povos, nasceu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948, trazendo em seu bojo, logo no artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Tal Declaração desencadeou dois documentos jurídicos de grande valor; são eles: o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conhecidos como Pactos de Direitos Humanos, que foram ratificados pelo estado brasileiro em 1992; em seu preâmbulo, se reconhece que o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um usufruir de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos.

Assim, no Brasil, o reconhecimento da deficiência como questão de direitos humanos e objeto de justiça social é recente. Por tempos, a deficiência tem sido aventada como uma trágica anomalia em analogia ao corpo considerado normal, cuja responsabilidade e cuidado são exclusivos da família e de instituições filantrópicas. O grande desafio sempre foi deslocar o cuidado da esfera doméstica,

para uma questão de ordem pública saindo do âmbito privado, limitado ao lar, para o setor público, político e para o campo de atuação e proteção do direito.⁶¹

No apogeu das lutas políticas dos anos 80, os movimentos sociais dos deficientes ganham visibilidade e se avizinharam das tantas reivindicações por justiça social presentes na transição democrática brasileira, contando com a influência dos ideais defendidos no Ano Internacional das Pessoa com Deficiência, da ONU em 1981⁶²; seus precedentes foram a Declaração dos Direitos das Pessoas com Retardo Mental e a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, resoluções aprovadas pela Assembleia Geral da ONU em 1971 e 1975, respectivamente.

A Convenção nº 159, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes foi concluída em Genebra, em 1º de junho de 1983 e entrou em vigor no Brasil via Decreto nº 129, de 22 de maio de 1991; trouxe, por definição, que pessoa com deficiência são todas as pessoas cujas possibilidades de obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fique substancialmente reduzidas devido a uma deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada; considerando que a finalidade da reabilitação profissional é permitir que a pessoa com deficiência obtenha, conserve e progrida no emprego e que se promova, assim, a integração ou e reintegração dessa pessoa na sociedade.

A finalidade de tal política seria assegurar que existam medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas com deficiência promovendo oportunidades de emprego no mercado regular de trabalho, com base no princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores com deficiência e os trabalhadores em geral.

Todo esse movimento denota que as necessidades e os direitos das pessoas com deficiência têm tido espaço garantido na agenda das Nações Unidas.

Mais recentemente, foi promulgada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em

⁶¹ ANDRADE AGUIAR, Mariana Pinheiro Pessoa de. **O significado do benefício de prestação continuada da política de assistência social na vida das pessoas com deficiência:** Centro de Estudos Sociais Aplicados.

2012. 112f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual do Ceará. Curso de Mestrado Acadêmico em Políticas Públicas e Sociedade, Fortaleza. Disponível em:

<http://www.uecebr/politicassuece/dm/documents/mariana_pinheiro.pdf>. Acesso em 18 fev. 2014.

⁶² MAZILLI, Hugo Nigro. Trabalhador Eficiente. **Conferência de abertura do Seminário Internacional de Pessoa Portadora de Deficiência.** 04 abr. 2001. São Paulo: Ministério Público Do Trabalho, 2001. Disponível em <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub01.html>>. Acesso em 20 mar. 2013.

Nova York, em 30 de março de 2007, entrando em vigor no Brasil mediante decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009; o propósito apresentado no artigo 1º é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Nessa conjuntura, a deficiência passa a ser idealizada como questão de direitos humanos, possibilitando assim, importantes avanços na constitucionalização dos direitos destas pessoas.⁶³ Diretrizes constitucionais voltadas à garantia da cidadania das pessoas com deficiência via políticas públicas alusivas à acessibilidade, trabalho, educação e assistência social começaram a ser desenvolvidas ainda que de forma acanhada.

A Constituição da República de 1988 trouxe dispositivos legais de proteção especial às pessoas com deficiência e idosos; o artigo 7º, inciso XXXI proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador com deficiência; no artigo 23, que versa sobre as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, prevê, no inciso II, que compete a todos os entes federativos, sem qualquer distinção, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência. O que significa dizer, que a despeito do desenvolvimento e da criação de políticas públicas de cuidado do deficiente oriundas de qualquer campo de poder, de alguma forma esses cidadãos poderão exigir do poder público, pela via do judiciário, alguma espécie de cuidado de que necessite.

O artigo 24, inciso XIV determina a competência concorrente da União, Estados e Municípios em matéria de proteção e integração social das pessoas com deficiência; o artigo 37, inciso VIII assegura por lei a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas com deficiência. Este dispositivo foi regulamentado pelo artigo 5º, § 2º, da lei nº 8.112/90, estabelecendo que, dentre as vagas oferecidas em concursos públicos, deve ser reservado um percentual de até 20 % para as pessoas com deficiência.

O artigo 203 da Carta Magna institui os fins da assistência social e prevê que esta será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: a proteção à família e toda sua concepção,

⁶³ FIGUEIRA, E. **Caminhando em silêncio:** uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na História do Brasil. São Paulo : Giz, 2008. p. 182.

maternidade, infância, adolescência e velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; 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. Regulamentado pelo inciso V do referido artigo, tal benefício assistencial, tema desta pesquisa, posteriormente regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, podendo ser aqui definido em poucas palavras, posto que, será tratado minuciosamente em capítulo específico, como sendo a garantia à condições básicas de existência para pessoas idosas e pessoas com deficiência impossibilitadas para o trabalho.

O artigo 204 caput e inciso I determina que as ações governamentais na área da assistência serão realizadas com recurso do orçamento da seguridade social, além de outras fontes e organizadas com base na descentralização político-administrativa, competindo à União estabelecer normas gerais e coordenar os programas, ficando os Estados e Municípios responsáveis pela execução, que deverá contar também com o apoio de entidades benfeitoras e de assistência social.

O artigo 208, inciso III, impõe ao Estado o dever de dar atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência. O art. 227, § 1º, inciso II, ao tratar dos direitos da criança e do adolescente, dispõe sobre o dever do Estado de promover programas de assistência integral à saúde, dentre estes o de prevenção e atendimento especializado para estas pessoas, bem como de integração social. O § 2º do referido artigo, com a intenção de garantir o direito de acesso das pessoas com deficiência, prevê a feitura de lei que disponha sobre a construção de logradouros, edifícios públicos e veículos de transporte coletivo adequados. Tal dispositivo se complementa no artigo 244, que registra o dever de criação de lei que venha dispor sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos transportes coletivos atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas com deficiência. Neste mesmo sentido, a Lei Ordinária n.º 10.048/00, no artigo 4º, dispõe sobre construção dos logradouros, sanitários e edifícios públicos, destinados a facilitar o acesso e uso desses locais pelas pessoas com deficiência e, no artigo 5º, determina que a produção dos veículos de transporte coletivo seja

executada de forma planejada a fim de facilitar o acesso a seu interior das pessoas com deficiência. Destaca-se, também, a Lei nº 10.098/00, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

A inteligência do artigo 194 orienta que a seguridade social é composta de três importantes sistemas de proteção social, quais sejam saúde, assistência social e previdência social. A forma de financiamento se divide em sistemas contributivos e não contributivos. No sistema contributivo, uma forma de custeio, o segurado contribui diretamente, na esperança de auferir um benefício no futuro. No sistema não contributivo não se exige do beneficiário qualquer tipo de contribuição. Os objetivos norteadores da seguridade social estão previstos no parágrafo único se propõem a garantir entre outros, a universalidade da cobertura e do atendimento, de modo que, tanto a assistência social, quanto a saúde, são direitos garantidos de forma universal. O princípio da universalidade interpretado com base no artigo 203 traduz que a assistência social deverá ser prestada a quem não é capaz de prover suas necessidades básicas ou tê-la provida por sua família. Cada uma dessas características que regem as políticas da Seguridade Social “[...] associam ao mesmo tempo, universalidade e seletividade, centralização e descentralização, distributividade e redistributividade, gratuidade e contributividade.”⁶⁴ Em resumo, assim utilizadas, dependendo do público-alvo da política, a saúde é direito de todos, a previdência social atende aos que lhe são contributivos e assistência social é prestada a quem dela necessita.

Em complementação às diretrizes constitucionais, foi promulgada a Lei Federal nº 7.853 em 1989, disposta sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social; prevê sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência denominada (CORDE) e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, bem como a disciplina a atuação do Ministério Público. No artigo 2º, parágrafo único, determina ao Poder Público e seus órgãos assegurar às pessoas com deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, tais como, direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência

⁶⁴ BOSCHETTIA Ivanete. Assistência Social. In: **Capacitação em Serviço Social e Política Social**. Módulo 3, Brasília, UnB/CEAD, 2000, p. 139.

social, ao amparo à infância e à maternidade e quaisquer outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem bem-estar pessoal, social e econômico. No artigo 9º, tratamento prioritário e apropriado garantindo pleno exercício de seus direitos individuais e sociais sua completa integração social é mais uma vez previsto no âmbito exclusivo da Administração Pública Federal.

O Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, assegura no artigo nº 37, o direito da pessoa com deficiência de se inscrever em concurso público, em igualdade de condições com os demais candidatos, para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com as suas possibilidades.

E, ainda, no campo da legislação infraconstitucional, a Lei nº 7.405, de 1985, dispôs sobre o Símbolo Internacional de Acesso para utilização por pessoas com deficiência.

Na área trabalhista, de grande relevância é a lei nº 8.213 de 1991, conhecida com lei das cotas para deficientes, regulamentada pelo artigo 36, do decreto nº 3298/99, introduziu no artigo 93 a chamada reserva de mercado, obrigando as empresas com 100 ou mais empregados a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência.

Outra importante conquista é a concessão de passe livre às pessoas com deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual, trazida pela Lei nº 8.899/94, regulamentada pelo Decreto nº 3.691 de 19/12/2000 e a Portaria Interministerial - dos Transportes, da Justiça e da Saúde - nº 003, de 10/04/01, que disciplina tal concessão nos modais rodoviário, ferroviário e aquaviário; reservam-se aos portadores do Passe Livre dois assentos em cada veículo ou embarcação do serviço convencional de transporte interestadual de passageiros.

A Portaria nº 1.679, de 1999, do Ministério da Educação, dispõe sobre a observação dos requisitos de acessibilidade de pessoas com deficiência física e sensorial, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamento de instituições; leva-se em conta a necessidade de garantir a essas pessoas condições básicas de acesso ao ensino superior, de mobilidade e de utilização dos equipamentos e instalações das instituições de ensino.

Quando a pessoa com deficiência buscar seus direitos, terá andamento prioritário de processos judiciais e procedimentos administrativos, benefícios trazidos pela Lei nº 12.008/2009 e ainda, a Lei nº 12.955 de 2014, que acrescenta o § 9º ao

Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

Desta forma, a legislação brasileira tem construído uma rede de proteção e cuidado, que compreende uma importante camada populacional em situação de necessidades especiais sempre à mercê da tão falada efetividade.

O amparo ao idoso, que, atualmente, compreende pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, também encontra previsão em vários dispositivos constitucionais. A grande parte das Constituições dos Estados que integram a Organização das Nações Unidas foram organizadas com o olhar dirigido à Declaração Universal dos Direitos do Homem, garantindo, assim, entre outros, os princípios de liberdade, igualdade e dignidade, bases de qualquer política que se objetive edificar em relação à pessoa idosa.

Alexandre de Moraes⁶⁵ assim se posiciona:

Mais do que reconhecimento formal e obrigação do Estado para com os cidadãos da terceira idade, que contribuíram para seu crescimento e desenvolvimento, o absoluto respeito aos direitos humanos fundamentais dos idosos, tanto em seu aspecto individual como comunitário, espiritual e social, relaciona-se diretamente com a previsão constitucional de consagração da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento àqueles que construíram com amor, trabalho e esperança a história de nosso país tem efeito multiplicador de cidadania, ensinando às novas gerações a importância de respeito permanente aos direitos fundamentais, desde o nascimento até a terceira idade.

Começando pela Constituição Federal de 1988, no artigo 3º, inciso IV, ao tratar dos objetivos da República Federativa do Brasil, já se depara com a previsão de promover o bem de todos, dentre outros, sem preconceitos de idade, o que denota uma preocupação em especial do legislador com os mais velhos. No artigo 7º, onde estão consagrados os direitos do trabalhador, o inciso XXX, traz a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo inclusive de idade.

A faixa etária também tem relevo constitucional, no tocante à individualização da pena. É o que dispõe o art. 5º, inciso XLVIII, do qual deflui que o idoso deve cumprir pena em estabelecimento penal distinto.

⁶⁵ **Direito constitucional.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 805.

No artigo 201, inciso I, o comando normativo preleciona que a previdência social atenderá cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada. No artigo 203, já anteriormente referido, a Constituição tratou da assistência social, prevendo a concessão de ajuda a quem necessitar, independentemente de prévia contribuição. Na enumeração dos objetivos da assistência social figura, no inciso I, a proteção à velhice, prevendo-se, no inciso V, a concessão de um salário mínimo mensal ao idoso que comprovar não ter meios próprios de subsistência nem ter uma família que o possa amparar.

Pelo artigo 229, determinou-se a obrigação de os filhos maiores de idade ajudarem e ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O artigo 230 prevê o dever da família, da sociedade e do Estado de proteger as pessoas idosas, assegurando e garantindo-lhes participação na comunidade, dignidade, bem-estar e direito à vida; traduz no § 1º que tais programas de amparo serão executados preferencialmente em seus lares e no § 2º concede aos idosos a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

A Lei nº 8.842/94 dispõe sobre a Política nacional, diretos sociais do idoso e cria o Conselho Nacional do Idoso entre outras providências. Nos artigos 1º e 2º, respectivamente, tal lei prevê que a política nacional do idoso tenha por objetivo assegurar seus direitos sociais e criar condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade.

A questão de amparo à terceira idade, por certo, conclama uma ação pública conjunta de todas as esferas de poder, pois projetos implantados sem qualquer articulação pelos órgãos de educação, de assistência social e de saúde, contrariam a ideia do capítulo 3º, parágrafo único, da lei que se apresenta; determina que os Ministérios da saúde, educação, trabalho, previdência social, cultura, esporte e lazer devem elaborar proposta orçamentária, no âmbito de suas competências, visando ao financiamento de programas nacionais compatíveis com a Política Nacional do Idoso. Esta tem por finalidade a implementação de condições para promover a longevidade com qualidade de vida, buscando evitar discriminação de qualquer natureza em face do idoso. Antonio Rulli Neto⁶⁶ ao tratar em sua obra sobre os Princípios e Diretrizes da Política Nacional do Idoso, enfatiza que a Política Nacional do Idoso tem como princípios: (a) direito à cidadania: a família, a sociedade e o

⁶⁶ **Proteção legal do idoso no Brasil:** universalização da cidadania. São Paulo: Fiusa, 2003, p.103 – 104.

Estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania; (b) garantia da participação do idoso na comunidade; (c) defesa da dignidade; (d) direito ao bem-estar; (e) direito à vida; (f) dar conhecimento e informação a todos de que o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral. Constituem diretrizes da Política Nacional do Idoso a: (a) viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações; (b) participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos; (c) priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência; (d) descentralização político-administrativa; (e) capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços; (f) implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo; (g) estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento; (h) priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família; (i) apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.

A Lei nº 10.048/00, no artigo 1º, determina que as pessoas com deficiência e os idosos, dentre outros, terão atendimento prioritário; no artigo 2º, obriga repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos a dispensar atendimento prioritário, por meio de serviços individualizados que assegurem tratamento diferenciado e atendimento imediato às pessoas mencionadas; assegura-lhes, ainda, em todas as instituições financeiras, a prioridade de atendimento e, no artigo 3º, destina-lhes reserva de assentos nas empresas públicas de transporte e concessionárias de transporte coletivo.

Outro diploma legal, a Lei 8.742 de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social em decorrência art. 203, V, da Constituição Federal, assegura a assistência social à velhice; como ponto alto, por suas implicações econômicas, regula a prestação continuada no artigo nº 20, que consiste na garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não

possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

Após sete anos de tramitação no Congresso Nacional, foi sancionado o Estatuto do Idoso em 2003 via Lei nº 10.741/2003, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004 e tem como objetivo principal regular os direitos das pessoas idosas em todas as suas possibilidades. A aprovação do Estatuto do Idoso significa um progresso social, político e jurídico relevante na defesa dos direitos da população idosa⁶⁷.

A essência do estatuto está nas normas gerais que dispõem sobre a proteção integral das pessoas idosas: vida, saúde, trabalho, previdência social, assistência social, educação, cultura, lazer, moradia e voto. No artigo 2º, prevê que estes gozam de todos os direitos inerentes à pessoa humana; no artigo 8º, que o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social. Importante avanço está na previsão de sanção administrativa e criminalização de condutas por não cumprimento dos dispositivos legais, competindo ao Ministério Público fiscalização a garantia de cumprimento na norma, além do que, o artigo 4º determina que todos estão obrigados a prevenir a ameaça ou violação dos direitos do idoso. Aqueles que não cumprirem o dever jurídico legal serão responsabilizados, civil e criminalmente, a despeito de serem pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas.

Seria, ainda, de boa lembrança advertir acerca da íntima relação que guarda idade e deficiência, vez que, que como afirmou Rubem Alves, “um dia, todos seremos deficientes.”⁶⁸

⁶⁷ FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia (Org.). **Tratado de geriatria e gerontologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011, p. 82.

⁶⁸ Um trecho da Carta aos Pais de Rubem Alves: “Li, numa cartilha de curso primário, a seguinte estória: Viviam juntos o pai, a mãe, um filho de 5 anos, e o avô, velhinho, vista curta, mãos trêmulas. Às refeições, por causa de suas mãos fracas e trêmulas, ele começou a deixar cair peças de porcelana em que a comida era servida. A mãe ficou muito aborrecida com isso, porque ela gostava muito do seu jogo de porcelana. Assim, discretamente, disse ao marido: Seu pai não está mais em condições de usar pratos de porcelana. Veja quantos ele já quebrou! Isso precisa parar... O marido, triste com a condição do seu pai mas, ao mesmo tempo, sem desejar contrariar a mulher, resolveu tomar uma providência que ressolveria a situação. Foi a uma feira de artesanato e comprou uma gamela de madeira e talheres de bambu para substituir a porcelana. Na primeira refeição em que o avô comeu na gamela de madeira com garfo e colher da bambu o netinho estranhou. O pai explicou e o menino se calou. A partir desse dia ele começou a manifestar um interesse por artesanato que não tinha antes. Passava o dia tentando fazer um buraco no meio de uma peça de madeira com um martelo e um formão. O pai, entusiasmado com a revelação da vocação artística do filho, lhe perguntou: O que é que você está fazendo, filhinho? O menino, sem tirar os olhos da madeira, respondeu: Estou fazendo uma gamela para quando você ficar velho... **Pois é isso que pode acontecer: se os seus filhos não aprenderem a conviver numa boa com crianças e**

Diante do exposto, observa-se que a Constituição Federal de 1988 é um divisor de águas; no campo assistencial nacional, um conjunto de leis e políticas públicas direcionadas ao idoso e à pessoa com deficiência passa, então, a compor um sistema de proteção social e garantia dos direitos destes cidadãos, obrigando o Estado a assegurar-lhes o respeito, a liberdade e a dignidade.

2.3 O papel do Estado na proteção social

O papel do Estado na promoção do desenvolvimento social caminha de braços dados com a proteção social, rumo ao implemento de políticas públicas para a construção da cidadania.

Conforme preleciona Geraldo Di Giovanni⁶⁹, as sociedades sempre alocaram recursos ou esforços para realizar suas atividades de proteção social. Os sistemas de proteção social são caracterizados pelas formas, mais ou menos institucionalizadas, que as sociedades constituem para proteger parte ou conjunto de seus membros, com princípios reguladores e normas que fazem parte da vida das coletividades. A intervenção do Estado na proteção social abriu para assistência, saúde e previdência, a possibilidade de se constituir como política pública de seguridade social, como um direito do cidadão e como um dever do Estado; possibilita nova estruturação da realidade via de um conjunto de garantias, operacionalizadas por meio de ações políticas e econômicas destinadas à redução das desigualdades sociais. A evolução da assistência social brasileira passou por um longo caminho até ser reconhecida constitucionalmente como direito de todos e dever do Estado, pela Constituição de 1988.

adolescentes portadores de deficiências eles não saberão conviver com vocês quando vocês ficarem deficientes. Para poupar trabalho ao seu filho ou filha sugiro que visitem uma feira de artesanato. Lá encontrarão maravilhosas peças de madeira.” (grifou-se) Rubem Alves foi educador, escritor, psicanalista e professor emérito da Unicamp. Disponível em: http://www2.uol.com.br/aprendiz/n_colunas/r_alves/id120203.htm. >Acesso em 03/08/ 2014.

⁶⁹ DI GIOVANNI, Geraldo. Sistemas De Proteção Social: Uma Introdução Conceitual. In **Reforma do Estado e Políticas de Emprego no Brasil**. Campinas: Unicamp, 1998.

2.3.1 A justiça, um alvo a ser alcançado

A assistência social em seu sentido protetivo, trata-se de um pilar da justiça que permeia todo o sistema jurídico, político, econômico e social por excelência. A proteção social traduzida pela previsão normativa de direitos sociais, supremos e fundamentais, resguarda e tutela tais direitos, como valores e pilares fundamentais de uma sociedade.

No tempo, a proteção social dos cidadãos alcançou diversos níveis, desde as práticas de caridade e melhorias das condições de trabalho, até chegar a um mínimo existencial. Neste contexto surge o benefício assistencial da prestação continuada, implantado definitivamente em 1996, como um importante marco dentro da Assistência Social.

Passados 18 anos da sua efetiva implantação, a questão que se coloca é: O ideário constitucional de proteção assistencial foi concretizado? Se sim ou se não, um caminho foi traçado e a legislação protetiva continua em constante movimento e evolução social, sendo aprimorada, interpretada e complementada; carrega em seu contexto um emaranhado de discussões jurídicas, hábeis a invocar a intervenção da Suprema Corte.

Deste modo, denota-se que o caminho existe e deverá sempre ser percorrido com a finalidade última de se aproximar do desejável, já que, divorciado da proteção social, nenhum sistema estatal subsiste e se justifica.

2.3.2 A proteção social: atravessando o umbral da injustiça de Radbruch

Do tratamento misericordioso ou meramente benevolente das práticas caritativas à constitucionalização de um benefício assistencial pode ser um belo presságio para a crença de que a política social, calcada nos pilares da justiça social, pode, efetivamente, reduzir a pobreza e as desigualdades.

A proteção social aos menos favorecidos justifica-se não somente por incidir em linhas individuais, mas, também, na coletividade como um todo. O amparo social, através de benefícios de transferência de renda e outras políticas sociais, favorece o crescimento social e econômico, promove o desenvolvimento humano em escala individual e, de modo idêntico, gera vantagens em escala social na medida em que

equilibra a economia da sociedade, tornando-a mais harmônica, reduz as desigualdades sociais e a violência, além de promover a paz e o bem-estar coletivo.

Em 1946, Gustav Radbruch publicou resumido trabalho intitulado “Injustiça legal e Direito supralegal”, no qual, segundo grande parte da doutrina, como, por exemplo, H. L. A. Hart e Robert Alexy ele teria renegado suas ideias positivistas e adotado o jusnaturalismo, após ter vivido os horrores do nazismo e de suas práticas genocidas.

Hart⁷⁰ fala em conversão de Radbruch ao antipositivismo após conhecer o inferno sobre a terra; porém, critica com veemência a orientação de Radbruch após o nazismo, ainda que reconheça que ele tenha mudado.

Também Alexy⁷¹, que já se coloca numa posição favorável à nova orientação de Radbruch, fala que "antes do nacional-socialismo, Radbruch era positivista, depois, modificou sua concepção."

Nesse texto, ele proclamou a, hoje, mundialmente conhecida “fórmula de Radbruch”⁷², na tentativa de resolver os conflitos entre segurança jurídica e justiça: a primeira deriva da aplicação do direito posto e a segunda estaria num plano supralegal, de caráter jusnaturalista. A fórmula consiste no seguinte enunciado:

O conflito entre justiça e certeza jurídica pode ser bem resolvido do seguinte modo: o direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, tem prioridade mesmo quando o seu conteúdo é injusto e não for benéfico às pessoas, a menos que o conflito entre a lei e a justiça chegue a um grau intolerável em que a lei, como uma ‘lei defeituosa’, deva clamar por justiça⁷³.

Em suma, o conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser corretamente solucionado por dois critérios: a) o Direito Positivo, baseado na legislação e no poder do Estado, tem aplicação preferencial, mesmo quando seu conteúdo for injusto e não for benéfico às pessoas; b) a justiça deverá prevalecer

⁷⁰ HART, Herbert L. A. **Derecho y moral**. Contribuciones a su análisis. Editorial Depalma – Buenos Aires: Editorial Depalma, 1961, p. 615-616.

⁷¹ **Conceito e validade do Direito**. Tradução Gercélia Batista de Oliveria Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 51.

⁷² Não se tem notícia de que o autor tenha nomeado sua construção teórica de fórmula; este foi um trabalho da doutrina e da jurisprudência que, posteriormente, ocuparam-se de sua aplicação.

⁷³ BIX, Brian. Robert Alexy, a fórmula radbruchiana e a natureza da teoria do direito. Trad. Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira. **Revista Panóptica**, Vitória, v. 1, n. 12, p. 70-79, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08007.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2014. Brian Bix Professor dos Departamentos de Filosofia e de Direito da Universidade de Minnesota, Estados Unidos da América.

sobre a lei se esta se revelar insuportavelmente injusta, a tal ponto que revele uma norma injusta, fruto de um direito injusto.

Gustav Radbruch passou a compreender, na chamada segunda fase de seu pensamento, após a experiência nazista, que o mundo dos valores jurídicos é voltado para a concreção do direito na sociedade; conferindo ao ser humano aquilo que ele precisa em nível existencial, de modo que os direitos humanos deveriam, portanto, ser respeitados e efetivados pelo Estado, em razão de seu caráter absoluto e universal, no sentido de que as leis que não traziam em seu bojo tal consagração humanista e humanitária, poderiam, então, serem banidas do ordenamento jurídico.

Nas palavras do mestre⁷⁴, “precisamos voltar a refletir sobre os direitos do homem, que estão acima de todas as leis, sobre o Direito Natural, que recusa validade às leis contrárias à justiça.”

A adoção das concepções axiológicas do Direito Natural em detrimento da doutrina positivista leva ao entendimento de que, para Gustav Radbruch, haveria uma subordinação da lei à justiça; evoca um direito supralegal, clamando por princípios fundamentais que orientassem o direito e que iriam muito além do Direito Positivo. Afirma que há princípios fundamentais de direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda a lei que contrarie tais princípios poderá ser privada de validade.

Reconhece Gustav Radbruch⁷⁵ que o esforço de séculos conseguiu extrair destes um núcleo seguro e fixo que os agrupou nas chamadas declarações dos direitos do homem e do cidadão, fazendo-o com um consentimento universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático ceticismo poderia levantar quaisquer dúvidas.

Nas palavras do autor alemão, os direitos humanos estão protegidos em normas supra-estatais, as quais devem ser amplamente resguardadas pelo Direito Positivo sob pena de ser considerado inválido.

Contextualizando as palavras do autor à época, Gustav Radbruch, ao assentar seu pensamento na doutrina jusnaturalista, tinha como finalidade central a repressão aos desmandos do poder nazista e a proteção incondicional dos direitos humanos. O Direito Natural, por meio da instância de valor de justiça, era o fator de

⁷⁴ RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 10.

⁷⁵ **Cinco minutos de Filosofia do Direito**. Tradução de Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 418.

correção para o positivismo. Do ponto de vista jurídico, o professor de direito na Universidade de Heidelberg⁷⁶ acaba culpando o positivismo pelo pesadelo nazista:

Esta concepção de lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Tornam equivalentes, em última análise, o direito e a força, levando a crer que só onde estiver à segunda estará também o primeiro.

Para Gustav Radbruch⁷⁷ a ideia de direito, é aquilo que, segundo o seu sentido, está determinado a servir à ordem jurídica. Encontra-se a ideia de direito na justiça, cuja essência seria a justiça distributiva, como igualdade, como tratamento igual de homens e de relações iguais e correspondente tratamento desigual aos desiguais. Ao lado da justiça surge um segundo elemento da ideia de direito: a utilidade ou adequação a um fim e um terceiro elemento, não menos importante que os primeiros, que seria a segurança jurídica.

Para o jurista⁷⁸, a Alemanha mostrou, nos horrores da guerra, como o direito poderia perder a sua referência ideal quando a noção supraindividualista de “fim” teria produzido a negação total dos direitos individuais do homem; a ideia de “fim” sufocou a necessidade de Justiça. Seria necessário reconhecer, portanto, que a Justiça deveria estar acima tanto dos fins almejados quanto da segurança jurídica.

Deste modo, aproximando o direito e justiça, Gustav Radbruch⁷⁹ repudia todas as leis que carreguem alguma injustiça:

Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; medir a todos pelo mesmo metro. Quando se aprova o assassinato de adversários políticos e se ordena o de pessoas de outra raça, ao mesmo tempo que ato idêntico é punido com as penas mais cruéis e afrontosas se praticado contra correligionários, isso é a negação do direito e da Justiça. Quanto às leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.

⁷⁶ **Cinco minutos de Filosofia do Direito**, p. 415.

⁷⁷ **Filosofia do Direito**. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 107-108.

⁷⁸ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Tradução Wenceslao Roces. México: FCE, 2005, p. 43.

⁷⁹ **Cinco minutos de Filosofia do Direito**, p. 416.

Explicita Gustav Radbruch⁸⁰ que o bem comum também é finalidade do direito, ainda que, por força de circunstâncias, que fogem ao controle daqueles que tem comprometimento com a justiça, não se consiga retirar a juridicidade de normas injustas:

Certamente, ao lado da justiça o bem comum é também um dos fins do direito. Certamente, a lei, mesmo quando má, conserva ainda um valor: o valor de garantir a segurança do direito perante situações duvidosas. Certamente, a imperfeição humana não consente que sempre e em todos os casos se combinem harmoniosamente nas leis os três valores que todo o direito deve servir: o bem comum, a segurança jurídica e a justiça. Será muitas vezes, necessário ponderar se a uma lei má, nociva ou injusta, deverá ainda reconhecer-se validade por amor da segurança de direito; ou se, por virtude da sua nocividade ou injustiça, tal validade lhe deverá ser recusada. Mas uma coisa há que deve estar profundamente gravada na consciência do povo e de todos os juristas: pode haver leis tais, com um tal grau de injustiça e de nocividade para o bem comum, que toda a validade até o caráter de jurídicas não poderão jamais deixar de lhes ser negados.

Modernamente, Robert Alexy⁸¹ buscou reconduzir a fórmula de Radbruch à teoria dos direitos fundamentais, para qualificar moralmente o direito com a pretensão de correção sob o argumento que esta pode vir a ser atualizada a partir da colocação dos direitos humanos como um critério de correção da aplicabilidade e da valoração do direito positivo, e que a pretensão de correção implica, por consequência, uma pretensão de justificação ou de fundamentação de um enunciado normativo por quem o emite. A pretensão de correção não implica, no entanto, a comprovação ou não de uma única resposta correta para um determinado caso, mas tão somente uma ideia regulativa de que tal resposta correta pode ser alcançada com os melhores argumentos.⁸²

Em seus textos, Robert Alexy⁸³ utiliza-se de até quatro versões da fórmula, dependendo da extensão adotada. A forma mais breve e simplificada é "a injustiça

⁸⁰ **Cinco minutos Filosofia do Direito.** Amado, 1979, p. 416. Todavia, Robert Alexy (2004, p. 217) entende que a fórmula radbruchiana pressupõe um direito suprapositivo, no sentido de que a aplicação da fórmula conduz a uma fundamentação que se utiliza de princípios jurídicos que não estão positivados.

⁸¹ **Conceito e validade do Direito.** Tradução Gercélia Batista de Oliveria Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 34.

⁸² SILVA, Alexandre Garrido da. **Legitimação discursiva dos direitos humanos e da constituição: perspectivas teóricas e limites práticos.** 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/163.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

⁸³ **Una defensa de la fórmula de Radbruch.** Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 227-228.

extrema não é direito"; a mais extensa é: o conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria poder solucionar-se no sentido de que o direito positivo afiançado pela promulgação e a força, tenha também preferência quando seja injusto e inadequado quanto ao conteúdo, a não ser que a contradição entre lei positiva e justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei deva ceder como "direito injusto" ante a justiça.

Todavia, Robert Alexy⁸⁴ entende que a fórmula de Gustav Radbruch pressupõe um direito suprapositivo, no sentido de que a aplicação da fórmula conduz a uma fundamentação que se utiliza de princípios jurídicos, que podem não estar positivados.

Através do seu conceito de direito, Alexy tem a pretensão de superar o modelo positivista da tese da separação total entre direito e moral e, para tanto, acrescenta aos já conhecidos elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social, um novo e terceiro elemento, que possibilita a correção material do conteúdo jurídico, uma vez que o direito será permeado por elementos morais.

A expressão "umbral da injustiça" que identifica o limite da injustiça tolerável em nome da segurança jurídica é obra de Robert Alexy. Ele aduz que o que interessa, neste caso, seria saber se a violação de algum critério moral retira o caráter jurídico das normas jurídicas ou do próprio sistema normativo.

Uma resposta afirmativa a esta questão dependeria de se demonstrar que o caráter jurídico das normas ou dos sistemas normativos é afastado quando se ultrapassa um determinado "umbral de injustiça". Essa tese da perda da qualidade jurídica em caso de ultrapassagem do "umbral da injustiça" é por Alexy denominada o "argumento da injustiça".

O argumento da injustiça diz que o direito extremamente injusto não é direito. Consiste em uma ponderação específica (fórmula de Radbruch) que permitiria identificar uma injustiça intolerável. A não satisfação da pretensão de correção moral, quando muito grave, indicaria, na verdade, a sua não formulação.

O argumento da injustiça opera em situações extremas e patológicas. Em geral, havendo de um ordenamento jurídico-constitucional vigente, a Constituição, para resguardar sua supremacia, prevê regras e princípios que embasam o afastamento da aplicação de normas ou a desconsideração de sentenças injustas

⁸⁴ **Una defensa de la fórmula de Radbruch**, p. 217.

através de mecanismos nela previstos. São exemplos à revisão constitucional das normas e o duplo grau de jurisdição.

Mesmo quando a Constituição falha em seu próprio texto, porém, o cidadão permanece minimamente protegido pelo direito que mantém sua vinculação com a moral independente da observância daquela por parte da Constituição.

No entendimento de Radbruch e Alexy⁸⁵, leis extremamente injustas perdem sua característica de leis, não podendo ser aplicadas em discussões jurídicas; deveria haver, portanto, por parte do juiz, uma avaliação da pertinência lógica entre os valores de justiça e o direito posto emanado do Estado, de modo que a decisão judicial, caso a caso, pudesse refletir um sentido ético mínimo a fim de maximizar os direitos humanos fundamentais como conteúdo concreto e positivo a ser efetivado na concretização da positividade jurídica.

Rodolfo Luis Vigo⁸⁶ afiança que a segunda fase de Radbruch é um convite para uma compreensão humana do direito, no sentido de que seu reconhecimento dependa prioritariamente do sentido absoluto de justiça que possa qualificar. Daí a guinada do referido autor para o jusnaturalismo; para alguns, uma correção de rota e para outros a continuidade de uma linha conceitual que se aperfeiçoava e qualificava é sintoma muito nítido de que a apologia ao jusnaturalismo é recorrente em instantes que sucedem a ditaduras, o que poderia identificar no neoconstitucionalismo um roteiro histórico parecido.

A indagação sobre a legitimação dos direitos e dos princípios jurídicos conduz, fatalmente, a um ponto: sobre que tipo de moral seria compatível com o direito produzido no seio das sociedades pluralistas, entendendo que a justificação de uma ordem jurídica não pode ser encontrada nela própria.

A importância desse debate reside na reflexão acerca da tônica das decisões judiciais, principalmente nas questões afetas aos direitos fundamentais e seus meandros constitucionais, admitindo a possibilidade de se chegar a um consenso aberto e possível de se revisar, alicerçado em valores morais e jurídicos que servem ao homem e que tais decisões não tombem em fórmulas abstratas e vazias, mas, ao contrário, respeitem a existência de um núcleo duro indisponível, aceito e reconhecível por toda a sociedade que se convencionou chamar de Direito Natural e

⁸⁵ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveria Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 67.

⁸⁶ **La injusticia extrema no es derecho:** de Radbruch a Alexy, Buenos Aires: La Ley- Facultad de Derecho UBA, 2006.

que pode perfeitamente ser chamado de sistema de necessidades básicas e fundamentais inerentes ao homem.

O Benefício da Prestação Continuada é um instrumento de justiça social e de distribuição de renda àqueles em situação de extrema necessidade e privação.

Originalmente, foram definidos critérios legais e objetivos para comprovação e recebimento do benefício e que, em um primeiro momento, colocados à apreciação da Suprema Corte, foram confirmados, sob a fundamentação de que compete à lei dispor a forma de comprovação de renda e demais critérios que definam a camada eletiva populacional que faria jus ao benefício, não havendo, portanto, naquele momento, para o STF, qualquer possibilidade de inovar a interpretação.

Entretanto, superando este entendimento, o Tribunal Constitucional, em 2013, mudou seu posicionamento e passou a exercer um novo juízo sobre o tema; considerou inconstitucional o critério de renda familiar mensal *per capita*, para a concessão de benefício a idosos ou deficientes, previsto na lei, ponderando e avaliando que esse critério estaria defasado para caracterizar uma situação de miserabilidade.

A breve introdução feita em relação ao benefício assistencial, tema central do referido estudo, que será mais à frente aprofundado, pretendeu lançar luzes em direção à fórmula de Radbruch, bem como à releitura edificada por Robert Alexy, sopesando que tal entendimento pode e deve ser aplicado nas decisões pátrias, buscando diminuir o abismo existente entre as respostas judiciais, o equilíbrio e repúdio às injustiças.

Nesse sentido, a fórmula de Radbruch pode, de forma atemporal, ecoar como alerta para os julgadores, cuja primeira reflexão pode se pautar na máxima de Alexy “direito injusto não é direito”.

O caminho, querendo ou não, já foi escolhido: a moral não está divorciada do direito, foi constitucionalizada nas Cartas Magnas do pós-guerra e se traduz em pano de fundo dos Estados Constitucionais atuais.

Quando se confronta com um sistema jurídico que no seu todo fere de maneira insuportável a moral convencional; entre tudo e qualquer coisa, uma moral propositora de, no “mínimo”, mínimos sociais garantidores de uma vida digna em função de que as normas constitucionais exigem do Estado tratar a todos com igual respeito e consideração, a solução poderá se apresentar na linha do umbral da injustiça, recusar a todo custo, conferir dignidade jurídica a tal sistema.

3 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

A pobreza estabelece o isolamento, a restrição e a privação de direitos e liberdades e, por essa razão, desequilibra as relações sociais e econômicas de um Estado. Compete ao poder público promover políticas de combate à miserabilidade, garantindo à coletividade o mínimo necessário à sua dignidade e o seu desenvolvimento.

Para que cada ser humano possa ter uma vida digna, é preciso que tenha condições básicas de existência. Segundo Aldaísa Sposati⁸⁷ os mínimos sociais na legislação internacional compreendem: a) as garantias de renda mínima às pessoas pouco capacitadas para conseguir recursos através do trabalho (velhice, invalidez e deficiência); b) as garantias de renda mínima às pessoas que, mesmo com idade/situação ativa, não alcançam, por diversas situações, autonomia de renda per capita na sociedade de mercado; c) os suportes às demandas habitacionais; d) os suportes às situações sujeitadas à discriminação pela sociedade, por exemplo, cita a autora, ex-presidiários, ex-drogados, dentre outras exclusões sociais que caracterizam a vulnerabilidade de minorias.

A promoção dos mínimos carece da atuação efetiva do Estado assegurando tão somente a sobrevivência digna dos seus. A assistência social deve se sustentar em colunas de bem-estar e desenvolvimento, garantindo, aos que dela necessitam a provisão de suas necessidades e uma condição de vida com dignidade, com possibilidades de desenvolvimento econômico e humano, e favorecimento à inclusão social, o que confirma o papel do Estado em garantir os direitos sociais, indispensáveis ao exercício da cidadania.

A edificação do Benefício da Prestação Continuada (BPC), enquanto política pública de amparo aos sujeitos socialmente vulneráveis, sem dependência de vínculo trabalhista, foi um marco importante na sociedade brasileira, cujo objetivo seria suprir as necessidades dos idosos e pessoas com deficiência; garante-lhes o atendimento dos mínimos sociais e assegura caminhos viáveis para o exercício dos direitos fundamentais constitucionais como um trunfo num jogo de cartas.

⁸⁷ Benefício de prestação continuada como mínimo social. In: SPOSATI, Aldaíza (org.). **Proteção social de cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal**, p. 125-178.

3.1 Mínimos sociais como trunfos

A discussão sobre os mínimos sociais no Estado brasileiro desembocou na Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), em 1993; esta anunciou, em seu artigo primeiro, que “a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de seguridade social não contributiva”; que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Pode-se dizer, inclusive e com base em todo o exposto, que, desde 1988, o Brasil garante transferência de renda de base não contributiva a cidadãos (pessoas idosas e com deficiência) que necessitam desse direito social.

Nesta trajetória, o BPC, consagrado no artigo 20 da LOAS, importa em grande conquista política, concedendo a determinadas categorias de indivíduos um mínimo de proteção social através de uma prestação mensal.

As características individuais deste instituto, bem como seus limites e possibilidades serão tratados à frente, em maior profundidade; neste momento, o que se pretende é justificar o BPC como mínimo social, garantidor da sobrevivência digna de seus beneficiários a traduzir um mecanismo de proteção e justiça social.

Em breve incursão pelo direito português, Jorge Reis Novais⁸⁸ pontua que, em razão do objetivo de promover a justiça social, o Estado desonta como um Estado Social; preocupa-se com a distribuição e a redistribuição do produto social, com a garantia de condições de existência aos cidadãos e com a prestação de bens, serviços e infraestrutura material como condição para o exercício dos direitos fundamentais.

Defende que os direitos fundamentais, sobretudo os direitos sociais, devem ser garantidos pelo Estado na medida comportada pelas circunstâncias objetivas; essa prestação estatal comporta um conjunto de prestações sociais tendentes a promover uma vida digna e protegida, independentemente da capacidade ou viabilidade da integração individual no processo produtivo, dos imponderáveis das condições naturais ou das desigualdades setoriais ou regionais.⁸⁹

⁸⁸ **Contributo para uma teoria do Estado de Direito:** do Estado liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 193-194.

⁸⁹ **Contributo para uma teoria do Estado de Direito:** do Estado liberal ao Estado social e democrático de direito, p. 196.

Tornou-se famosa a metáfora dos direitos como trunfos, elaborada por Ronald Dworkin; em linhas gerais, a afirmação significa que uma meta coletiva de uma comunidade não é justificação suficiente para que esta mesma comunidade empregue a coercibilidade estatal para restringir ou lesar algum direito-trunfo.

O direito-trunfo, quando confrontado com a meta coletiva (argumento de política), em geral, vence; quando confrontado com um argumento de princípio seria necessário, considerados todos os aspectos, decidir qual grupo de argumentos receberá maior peso caso a caso. Nessa hipótese, haverá um caso difícil, no qual, dentre os direitos abstratos concorrentes, talhar-se-á um direito concreto.

Ronald Dworkin⁹⁰ distingue diversas categorias de direitos; não é qualquer direito que adquire autoridade de direito-trunfo, estes direitos criados por lei devem ser aplicados pelo Poder Judiciário não como uma questão de política, mas como uma questão de princípio, sob pena de ferir a igualdade.

Os direitos-trunfo são aqueles preexistentes, identificados em uma comunidade de princípios, uma comunidade personificada, cujo elo entre as pessoas é a fraternidade e não um mero acidente geográfico ou uma mera convenção.

A identificação de tais direitos ocorre com base na ligação substantiva com o seu fundamento, sua concepção liberal⁹¹ de igualdade, traduz igual respeito e consideração aceito por todos, com exame da distribuição dos direitos, não podendo, em regra, serem reconhecidos a um grupo e não a outros.

No caso dos Estados Unidos, alguns direitos-trunfo figuram, também, no texto da Constituição. Ronald Dworkin⁹² não oferece uma lista dos direitos-trunfo, também não concebe uma fórmula mecânica que permita a sua identificação. Reconhecer um direito-trunfo é uma tarefa interpretativa, para a qual é imprescindível assumir a comunicação entre a moralidade e o direito.

Jorge Reis Novais⁹³ reforça a ideia de Ronald Dworkin de que ter um direito fundamental, em um Estado de Direito, equivale a ter um trunfo num jogo de cartas;

⁹⁰ **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 266.

⁹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, 419-421

⁹² **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 456.

⁹³ **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 17. [...] ter um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o Governo democraticamente legitimado, o que, em regime político baseado na regra da maioria, deve significar, afinal, que ter um direito fundamental é ter um trunfo contra a maioria, mesmo quando esta decide segundo os procedimentos democráticos instituídos. A imagem dos direitos fundamentais como trunfos remete, nesse sentido, para a hipótese de uma tensão ou, até, uma oposição – dir-se-ia insuperável – entre os direitos fundamentais e o poder democrático, entre o

importaria posições jurídicas individuais em face do Estado e condições para regular o funcionamento da democracia; isto porque os direitos fundamentais servem para afastar qualquer pretensão estatal de impor ao indivíduo restrições em sua liberdade e autonomia individual em favor da obtenção de um bem de uma comunidade como um todo. Nas palavras do autor lusitano⁹⁴:

O princípio da dignidade da pessoa humana acaba, assim, por constituir o fundamento da concepção dos direitos como trunfos, porque é dessa igual dignidade de todos que resulta o direito de cada um conformar autonomamente a existência segundo as suas próprias concepções e planos de vida que têm à luz do Estado de Direito fundado na dignidade da pessoa humana, o mesmo valor de quaisquer outras concepções ou planos de vida, independentemente da maior ou menor adesão social que concitem. Daí resulta a inadmissibilidade de a maioria política, mesmo quando formada democraticamente, impor ao indivíduo concepções ou planos de vida com que ele não concorde, por mais valiosas que essas concepções sejam tidas pela maioria. Essa tentativa seria, não apenas moral e politicamente inaceitável, como, sobretudo, e para o que aqui nos importa, juridicamente vedada, já que constituiria uma restrição do livre desenvolvimento da personalidade inadmissível à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e, enquanto tal, constitucionalmente rejeitada.

A ideia de direitos fundamentais como trunfos é uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a sério os direitos constitucionalmente protegidos pelo legislador. A compreensão de direitos como trunfos significa a proteção de todos os direitos fundamentais do cidadão contra restrições provindas de tentativas de imposição de concepções particulares ou de doutrinas sustentadas no apoio de maiorias políticas, sociais, culturais ou religiosas.

É um recurso voltado à proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos ou grupos cuja exclusão e marginalidade não lhes permitam a possibilidade de influenciarem as escolhas governamentais e a capacidade de garantia dos seus direitos fundamentais pelos meios comuns de participação política assentadas na democracia.

O Estado de Direitos Fundamentais, segundo Jorge Reis Novais⁹⁵, exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual

⁹⁴ Estado de Direito e democracia.

⁹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. p. 28-31.

⁹⁵ **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria, p. 19.

dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito.

O princípio da dignidade humana provém de exigências de igualdade e liberdade individual, que conduzem de forma direta à adoção da regra da maioria como princípio elementar de funcionamento do sistema político, pelo que, à luz dessa construção, se não houver democracia não há verdadeiro Estado de Direito.⁹⁶

No entendimento de Novais, a metáfora dos trunfos tem a sua cunhagem em Dworkin, para quem o direito como trunfo significa que as posições jurídicas individuais, se amoldam ao direito natural de igual respeito e consideração, funcionando como trunfos contra preferências externas, especificamente contra qualquer pretensão estatal em impor ao indivíduo restrições da sua liberdade em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere como merecedoras de superior consideração.

Fala-se em direitos como trunfos que protegem os bens de liberdade e autonomia contra decisões políticas, ainda que estas decisões pretendessem de algum modo, justificar a necessidade de limitação da liberdade individual em nome da obtenção do bem da comunidade como um todo ou de uma concepção particular da vida boa.⁹⁷

O respeito ao texto constitucional e aos direitos fundamentais, bem como a necessidade do controle judicial de constitucionalidade é a chave mestra para a realização das garantias como forma de promoção da justiça social; neste sentido explica Eduardo Cambi⁹⁸:

Em uma sociedade justa e bem ordenada, as leis não podem comprometer realização dos direitos fundamentais. Sendo tais direitos fundamentais trunfos contra a maioria, não poderia essa maioria, mas um órgão independente e especializado deveria ter a competência para verificar a existência de ações ou omissões contrárias à Constituição. A jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia. Caso contrário, se a jurisdição constitucional não existisse ou não detivesse os poderes que tem, ficando a maioria democrática na incumbência de afirmar a prevalência concreta de direitos em colisão ter-se-ia que negar a ideia de que os direitos fundamentais são

⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria, p. 19.

⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria, p. 28.

⁹⁸ **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 205.

trunfos contra a maioria e questionar a própria razão de ser dos mesmos direitos fundamentais.

A preocupação doutrinária moderna com a justiça social leva, portanto, ao reconhecimento que, ao menos em níveis mínimos, os direitos sociais devem ser garantidos, pois seriam eles trunfos contra a maioria.

Os critérios de Ronald Dworkin⁹⁹ reposam na releitura do liberalismo, a partir do referencial de uma ética comunitária e da prevalência do princípio da igualdade, fundados nos pilares da Integridade e da indissolubilidade entre o direito e moral.

Mais especificamente no âmbito da dogmática constitucional brasileira, percebe-se uma tensão entre o direito à igualdade e o direito prestacional previsto no art. 203, V, da CF/88, disciplinado pelo art. 20 da lei 8742/93, que se consubstancia no Benefício da Prestação Continuada.

Recuperando as principais decisões do STF sobre tal benefício, o convite que se faz, na análise e observação dos julgados jurisprudenciais da Corte Suprema sobre o assunto, é a ponderação sobre quais seriam os fatores determinantes para uma decisão judicial justa, a começar pelo fato de que o julgador esteja atento aos limites das normas gerais e abstratas e sensíveis ao caso concreto, de modo que possa garantir ao cidadão tratamento com igual respeito e consideração.

Propõe-se, ademais, a possibilidade de se traçar um paralelo entre as necessidades básicas e os mínimos sociais a fim de que não se deixe de lado, o posicionamento de alguns autores¹⁰⁰, no sentido de que o modelo mais igualitário para a efetividade do princípio da universalidade seria levar em conta que as necessidades básicas podem representar, em última instância, a abertura ao caso concreto, o que pode não ocorrer na fixação de padrões abstratos como o mínimo social ou existencial.

⁹⁹ **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 200.

¹⁰⁰ Neste sentido: LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; PENALVA DA SILVA, Janaína Lima; DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Política Assistencial, Orçamento e Justiça no Benefício de Prestação Continuada.** In: DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; BARBOSA, Lívia (Org.). **Deficiência e Igualdade.** Brasília: Letras Livres/ Editora UnB, 2010

3.2 O benefício assistencial de prestação continuada – BPC

A assistência social assumiu novos contornos depois de ser inserida, pelo constituinte de 1988, no âmbito da Seguridade Social. Com isso, o assistencialismo foi reconhecido como política pública, integrando, juntamente com as políticas de saúde e previdência, o sistema de proteção social. O constituinte, atento à miséria e à desigualdade existentes no país, reconheceu a assistência como um direito social, inserindo-a no bojo da Carta Maior, passando a ser mais um dos direitos a serem providos pelo Estado.

O Benefício de Prestação Continuada é benefício, que compõe a política de assistência social brasileira, e é um direito assegurado constitucionalmente. A inclusão da garantia no texto constitucional encerrou a etapa da conquista do direito e inaugurou o momento de sua efetivação. Embora previsto na Constituição desde 1988, apenas em 1993 o benefício assistencial foi regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) e, somente em 1996 foi, de fato, implantado após a publicação do Decreto nº 1.744/1995, este revogado pelo Decreto nº 6.214 em 2007.

Inserido no contexto da Seguridade Social, a qual compreende um conjunto integrado de ações do Poder Público e da sociedade, foi proposto para garantir os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social, segundo previsão constitucional no artigo 194.

Em conformidade com a Constituição Federal de 1988, o tripé que compõe a seguridade social pode ser assim traduzido: a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser assegurada independente de contribuição, segundo artigo 196; a previdência se organiza sob a forma geral de filiação obrigatória, tem caráter contributivo em forma de custeio, beneficiando apenas e tão somente aqueles que contribuem (artigo 201); a assistência social será prestada a quem dela necessitar e independe de contribuição à seguridade social (artigo 203).

A concessão do Benefício de Prestação Continuada é, portanto, de caráter legal, está previsto no artigo 203, V da Lei Maior, sendo de cunho assistencial e não previdenciário motivo pelo qual não pode ser tido como aposentadoria, em razão do que, esta alude a um benefício caracteristicamente previdenciário concedido mediante uma fonte de custeio.

O BPC previsto no art. 20 da Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, com alterações trazidas pela Lei nº 12.435 e 12.470, ambas de 2011, é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso, com idade de sessenta e cinco anos ou mais, que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família. É um benefício assistencial não contributivo, não vitalício, individual e intransferível. Integra a proteção social básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social - SUAS, instituído pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, em consonância com o estabelecido pela Política Nacional de Assistência Social - PNAS.

O Regulamento do benefício (Decreto nº 6.214/07 alterado pelo Decreto nº 7.617, de 17 de novembro de 2011) declara que o BPC é constitutivo da PNAS e integrado às demais políticas setoriais; visa ao enfrentamento da pobreza, à garantia da proteção social, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à universalização dos direitos sociais, efetivando assim, os mínimos sociais para uma vida digna.

Atualmente, compete ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social, a implementação, coordenação-geral, regulação, financiamento, o monitoramento e a avaliação da prestação do benefício.

Por previsão do artigo 3º do decreto nº 6.214/07, ainda que o benefício não seja previdenciário, compete ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a sua operacionalização, ficando seu custeio a cargo do Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS). O Benefício de Prestação Continuada deverá, portanto, ser requerido junto às agências da Previdência Social ou aos órgãos autorizados para este fim e os formulários utilizados para o requerimento do benefício serão disponibilizados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, pelo INSS, pelos órgãos autorizados ou, diretamente, em meios eletrônicos oficiais.

O benefício será pago pela rede bancária autorizada e, nas localidades onde não houver estabelecimento bancário, o pagamento será efetuado por órgãos autorizados pelo INSS.

Sua concessão independe da interdição judicial do idoso ou da pessoa com deficiência, não está sujeito a desconto de qualquer contribuição e não gera direito ao pagamento de abono anual; é intransferível, não gerando direito à pensão por morte aos herdeiros ou sucessores.

3.2.1 Pré-requisitos para concessão do BPC ao idoso: a idade

Para os fins do reconhecimento do direito ao benefício é necessário o preenchimento de alguns pré-requisitos legais; deste modo, para fazer jus ao BPC, o idoso deverá comprovar: a) contar com sessenta e cinco anos de idade ou mais; b) renda mensal bruta familiar, dividida pelo número de seus integrantes, inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo; c) não possuir outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, salvo o de assistência médica.

Atualmente, a idade mínima exigida é 65 (sessenta e cinco) anos, em respeito ao artigo 34 da Lei nº 10741/2003, que se refere ao Estatuto do Idoso e, também, por expressa previsão do Decreto 6.214/07, inciso I do artigo 4º.

Para fins de identificação e comprovação da idade do idoso, poderá ser apresentada a certidão de nascimento ou a certidão de casamento ou o certificado de reservista ou carteira de identidade ou carteira de trabalho e previdência social, qualquer dos documentos supracitados servem como documentos oficiais de identificação e, portanto, de comprovação. No caso de brasileiro naturalizado, deverão ser apresentados o título declaratório de nacionalidade brasileira e a carteira de identidade ou carteira de trabalho e previdência social.

A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ao benefício.

3.2.2 Pré-requisitos para concessão do BPC à pessoa com deficiência

Para fazer jus ao Benefício de Prestação Continuada, a pessoa com deficiência deverá comprovar: a) a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, obstruam sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas; b) renda mensal bruta familiar do requerente, dividida pelo número de seus integrantes, inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo; c) não possuir outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, salvo o de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória, bem como a remuneração advinda de contrato de aprendizagem;

Os pré-requisitos de acesso ao benefício tanto para a pessoa com deficiência quanto para o idoso merecem toda atenção, posto que, se tratam de critérios de

seletividade que excluem do benefício assistencial determinados segmentos populacionais, carentes de condições de prover a própria subsistência devido, inclusive, à incapacidade para o trabalho, situação esta que promove a procura pelo Judiciário, razão pela qual se pretende analisar os pré-requisitos legais, acima elencados, a fim de melhor compreendê-los.

O art. 20 da Lei 8742/93 com redação dada pela Lei nº 12.435/11 traz a previsão legal e conceitua o Benefício de Prestação Continuada como a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. O § 2º, com redação dada pela Lei nº 12.470/11, prevê que para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. Considera-se impedimento de longo prazo aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de dois anos.

O conceito de incapacidade foi dado pelo artigo 4º no inciso III, do Decreto nº 6.214/07 alterado pelo Decreto nº 7.6170/11, concebida como fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.

A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação médica e social, da deficiência e do grau de impedimento a serem realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do INSS. A avaliação social considerará os fatores ambientais, sociais e pessoais, a avaliação médica considerará as deficiências nas funções e nas estruturas do corpo, e ambas considerarão a limitação do desempenho de atividades e a restrição da participação social, segundo suas especificidades.

A avaliação da deficiência e do grau de impedimento tem por objetivo comprovar a existência de impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial e aferir o grau de restrição para a participação plena e efetiva da pessoa com deficiência na sociedade. Pode o benefício ser concedido nos casos em que não seja possível prever a duração dos impedimentos, mas exista a possibilidade de que se estendam por longo prazo.

Na hipótese de não existirem serviços pertinentes para avaliação da deficiência e do grau de impedimento no município de residência do requerente ou beneficiário, fica assegurado o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura, devendo o INSS realizar o pagamento das despesas de transporte e diárias com recursos oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social. Caso o requerente ou beneficiário necessite de acompanhante, a viagem deste deverá ser autorizada pelo INSS e o valor da diária paga ao requerente ou beneficiário e seu acompanhante será igual ao valor da diária concedida aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social.

O benefício deverá ser revisto a cada dois anos para avaliação da continuidade das condições que lhe deram origem sendo que, o pagamento do benefício cessa no momento em que forem superadas tais condições ou em caso de morte do beneficiário. A cessação do benefício não impede nova concessão do benefício, desde que atendidos os requisitos legais.

Para Fabio Zambitte Ibrahim¹⁰¹, tal cessação ocorre da seguinte forma: quando superada as condições que lhes deram origem; por morte do beneficiário; por morte presumida do beneficiário, declarada em juízo; por ausência declarada do beneficiário, na forma da lei civil; por ausência do beneficiário deficiente ao exame pericial no caso de revisão de benefício; pela falta de apresentação da declaração de composição do núcleo familiar e renda pelo idoso ou pelo portador de deficiência, em momento pertinente a revisão de benefício.

O desenvolvimento das capacidades cognitivas, motoras ou educacionais e a realização de atividades não remuneradas de habilitação e reabilitação não constituem motivo de suspensão ou cessação do benefício da pessoa com deficiência; contudo, será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive, na condição de microempreendedor individual e no caso de se constatar irregularidade na sua concessão ou utilização, o benefício será cancelado.

Extinta a atividade empreendedora e a relação trabalhista e, quando for o caso, encerrado o prazo de pagamento do seguro-desemprego e não tendo o beneficiário adquirido direito a qualquer benefício previdenciário, poderá ser requerida a continuidade do pagamento do benefício suspenso, sem necessidade de

¹⁰¹ **Curso de direito previdenciário.** 16. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 15.

realização de perícia médica ou reavaliação da deficiência e do grau de incapacidade para esse fim, respeitado o período de dois anos para revisão.

A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício estando limitado por dois anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício.

3.2.3 O conceito legal de família

A família, a partir de 2011, é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

Da pessoa em situação de rua, será considerada família, 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 convivam com o requerente na mesma situação. Nestes casos, o endereço a ser adotado como referência, deverá ser do serviço da rede social e assistencial pelo qual esteja sendo acompanhado, ou, na falta deste, de pessoas com as quais mantém relação de proximidade, quais sejam aquelas pessoas indicadas pelo próprio requerente como pertencentes ao seu ciclo de convívio que podem facilmente localizá-lo.

O conceito de família afeta diretamente a comprovação do requisito socioeconômico; é importante, pois, destacar que, em se tratando de concessão de amparo ao idoso, o benefício da assistência já concedido a outro idoso do mesmo núcleo familiar seria desconsiderado para fins de renda familiar, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, mas, isso não ocorre com dois ou mais deficientes de uma mesma família; por isso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.963 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, em 18 de abril de 2013, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do idoso, em que, segundo entendimento do ministro relator no respectivo voto, o legislador deve tratar a matéria de forma sistemática, significando dizer que todos os benefícios da seguridade social (assistenciais e previdenciários) devem compor um

sistema consistente e coerente, com isso, podendo-se evitar incongruências na concessão de benefícios, cuja consequência mais óbvia é o tratamento anti-isônomico entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de assistência oficial.

Apenas para citar um exemplo, refira-se ao Estatuto do Idoso, que em seu art. 34 dispõe que “o benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a Loas”. Não se vislumbra qualquer justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos. Imagine-se a situação hipotética de dois casais, ambos pobres, sendo o primeiro composto por dois idosos e o segundo por um portador de deficiência e um idoso. Conforme a dicção literal do referido art. 34, quanto ao primeiro casal, ambos os idosos tem direito ao benefício assistencial de prestação continuada; entretanto, no segundo caso, o idoso casado com o deficiente não pode ser beneficiário do direito, se o seu parceiro portador de deficiência já recebe o benefício.¹⁰²

Para o referido julgador, isso claramente revela a falta de coerência do sistema, tendo em vista que a própria Constituição elegeu os portadores de deficiência e os idosos, em igualdade de condições, como beneficiários desse direito assistencial.

Registra, ainda, que, conforme o referido art. 34 do Estatuto do Idoso, o benefício previdenciário de aposentadoria, ainda que no valor de um salário mínimo, recebido por um idoso, também obstaculiza a percepção de benefício assistencial pelo idoso consorte, pois o valor da renda familiar *per capita* superaria $\frac{1}{4}$ do salário mínimo definido pela Lei 8.742/1993 como critério para aferir a hipossuficiência econômica, já que benefícios previdenciários recebidos por idosos não são excluídos do cálculo da renda familiar.

Na mesma oportunidade, em 18/04/2013, o parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, que prevê como critério para a concessão de benefício a idosos ou deficientes a renda familiar mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, foi declarada inconstitucional em sede de Recurso Especial, por considerar que esse critério está defasado para caracterizar a situação de miserabilidade. O novo entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.374 PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/RCL4374.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

requisito da renda *per capita* para fins de concessão do BPC será, por certo, abordado mais à frente, posto que se refere à perspectiva deste trabalho.

Por agora, resta claro que o conceito de família interfere diretamente no direito à concessão do benefício, em razão de que a renda mensal bruta familiar, como caráter eletivo, é caracterizada pela soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família, devendo este resultado ser inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

3.2.4 Beneficiários: controvérsias, riscos e desafios

O artigo 20, § 3º, da Lei Orgânica da Assistência Social considera incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa, a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a um quarto do salário-mínimo; ou seja, cuja renda mensal bruta familiar dividida pelo número de seus integrantes seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

A renda mensal bruta familiar, de acordo com a redação dada pelo Decreto nº 7.617/11 é a soma dos rendimentos brutos auferidos mensalmente pelos membros da família composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, *pro labore*, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada, lembrando que a inteligência do art. 34 do Estatuto do idoso, prevê que valor do BPC concedido ao idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família.

A comprovação da renda familiar mensal *per capita* deverá ser feita mediante Declaração da Composição e Renda Familiar, em formulário instituído para este fim, assinada pelo requerente ou seu representante legal, confrontada com os documentos pertinentes, ficando o declarante sujeito às penas previstas em lei no caso de omissão de informação ou declaração falsa.

É preciso que os componentes da família do requerente sejam comprovados mediante a apresentação de um dos seguintes documentos: a) carteira de trabalho e previdência social com as devidas atualizações; b) - contracheque de pagamento ou documento expedido pelo empregador; c) guia da Previdência Social - GPS, no caso

de Contribuinte Individual; ou d) extrato de pagamento de benefício ou declaração fornecida por outro regime de previdência social público ou previdência social privada.

O membro da família sem atividade remunerada ou que esteja impossibilitado de comprovar sua renda terá sua situação de rendimento informada na Declaração da Composição e Renda Familiar.

Compete ao INSS e aos órgãos autorizados pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, quando necessário, verificar junto a outras instituições, inclusive de previdência, a existência de benefício ou de renda em nome do requerente ou beneficiário e dos integrantes da família.

Na seara jurídica, a concessão do BPC, principalmente em relação ao critério de renda estipulado pelo legislador para efeito de concessão do referido benefício, sempre foi bastante controvertida, posto que, se encontra situada em rota de colisão com a política orçamentária, em importância ao montante gasto pelo Estado com a concessão e manutenção de tal benefício.

O Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC) atendeu a 3,8 milhões de beneficiários em 2012, sendo 2,0 milhões de pessoas com deficiência e 1,8 milhão de pessoas idosas, exigindo um aporte de recursos da ordem de R\$ 28,5 bilhões. Além disso, os beneficiários vêm sendo inseridos no CadÚnico e adquiriram direito à Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE). As pessoas com deficiência, beneficiárias do BPC, também contam com o BPC na Escola e o BPC Trabalho, iniciativas que visam ampliar a proteção e a inclusão social desse segmento.¹⁰³

No relatório¹⁰⁴ anual do Tribunal de Contas da União sobre as contas do Governo em 2013, este reforça que as funções Previdência e Assistência Social

¹⁰³ MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. **Relatório de Gestão do exercício de 2012**, apresentado aos órgãos de controle interno e externo como prestação de contas ordinária anual a que esta Unidade está obrigada nos termos do art. 70 da Constituição Federal, elaborado de acordo com as disposições da Instrução Normativa TCU nº 63/2010, da Decisão Normativa-TCU nº 119/2012 e da Portaria –TCU nº 150, de 03 de julho de 2012. Disponível em: < <http://www.mds.gov.br/acesso-a-informacao/processodecontas/unidades-doms/secretaria-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional-sesan/relatorio-de-gestao-snas-2012-final.pdf>>.

¹⁰⁴ O Relatório sobre as Contas do Governo de 2013 traz análises sobre aspectos chaves da estrutura de governança dos Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e da Previdência Social, especialmente no que tange aos chamados “mecanismos de porta de entrada” das políticas assistenciais e previdenciárias.

englobam programas e ações de Proteção Social, dentre esses, os programas temáticos de Previdência Social, do Fortalecimento do SUAS¹⁰⁵ e do Bolsa Família:

Sustentabilidade Fiscal da Proteção Social¹⁰⁶

Além de melhorias em suas estruturas de governança, tanto a Assistência Social como a Previdência Social devem se atentar à sua sustentabilidade fiscal. No âmbito da Assistência Social, o PBF¹⁰⁷, que iniciou em 2004 com 3,6 milhões de famílias, alcançou em 2013 o quantitativo de 13,5 milhões de famílias, pagando benefícios no valor total de aproximadamente de R\$ 2 bilhões/mês e R\$ 24 bilhões/ano (TC 013.804/2013-8 e Data Social 2.0/ Sagi/MDS). Já em relação ao BPC, que em 2012 atendeu a 3,8 milhões de beneficiários, exigindo um aporte de recursos da ordem de R\$ 28,5 bilhões, verificou-se o aumento das concessões judiciais do benefício, bem como a existência de propostas de alterações legislativas que poderão ter impacto fiscal importante (TC 024.813/2013-3 e TC 015.938/2013-1).

Nos Relatórios de Informações Sociais¹⁰⁸ do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, são lançados dados por Estado e cidades. Para ilustrar o trabalho, segue abaixo relatório com o universo do BPC no Estado de Minas Gerais e na Cidade de Uberlândia, por ser considerado um Município de porte Grande:

MINAS GERAIS		Data: 14/08/2014 Horário: 14:48:53	
Relatório de Informações BPC/RMV			
Área Territorial do Estado		586.528 km ²	
População Censo 2010		19.597.330	
BPC - Benefício de Prestação Continuada - (Período 06/2014)			
	Beneficiários	Valor Mensal	Acumulado
Pessoa(s) com deficiência	224.530	R\$ 162.012.008,47	R\$ 959.817.948,24
Idosos	172.688	R\$ 124.803.195,07	R\$ 742.775.565,84
RMV - Renda Mensal Vitalícia - (Período 08/2013)			
	Beneficiários	Valor Mensal	Acumulado
Pessoa(s) com deficiência	21.657	R\$ 14.632.122,77	R\$ 105.255.664,58

¹⁰⁵ O Sistema Único de Assistência Social (Suas) é um sistema público que organiza, de forma descentralizada, os serviços socioassistenciais no Brasil.

¹⁰⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Ficha-Síntese sobre as Contas do Governo da República.** Exercício de 2013. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/_docs/1/2646843.PDF>. Acesso em 14 jul. 2014. “Relatório sobre as Contas do Governo de 2013 traz análises sobre aspectos chaves da estrutura de governança dos Ministérios do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e da Previdência Social, especialmente no que tange aos chamados “mecanismos de porta de entrada” das políticas assistenciais e previdenciárias.”

¹⁰⁷ PBF é a sigla do Programa Bolsa Família.

¹⁰⁸ MINAS GERAIS. Relatórios de Informações Sociais Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Secretaria de Avaliação e gestão da Informação - SAGI.** Disponível em: <<http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RLv3/geral/index.php>>. Acesso em 02 ago 2014.

Idosos	5.359	R\$ 3.630.811,34	R\$ 27.007.918,53
--------	-------	------------------	-------------------

UBERLÂNDIA (MG)

Data: 14/08/2014
Horário: 16:01:40

Relatório de Informações BPC/RMV

Área Territorial do Município	4.116 km ²
População Censo 2010	604.013
Porte do município segundo estimativa populacional 2009	Grande

BPC - Benefício de Prestação Continuada - (Período 06/2014)

	Beneficiários	Valor Mensal	Acumulado
Pessoa(s) com deficiência	6.288	R\$ 4.533.869,32	
Idosos	8.511	R\$ 6.146.728,34	

RMV - Renda Mensal Vitalícia - (Período 06/2014)

	Beneficiários	Valor Mensal	Acumulado
Pessoa(s) com deficiência	472	R\$ 340.997,80	
Idosos	162	R\$ 117.288,00	

Em breve analise, percebe-se que os números apresentados são significativos e refletem no tamanho do orçamento destinado ao Programa. No campo das políticas públicas, a questão orçamentária revela-se, portanto, como de especial importância, em razão de que todo projeto a ser desenvolvido pelo Estado demanda investimento. Assim o cumprimento das políticas públicas carece, como ponto de partida, do conhecimento da forma pela qual o orçamento é elaborado e executado. Sem uma correta compreensão do funcionamento do ciclo orçamentário qualquer discussão em torno da elaboração e cumprimento das políticas públicas tende a se revelar absolutamente inócuas, posto que dificilmente, poderia ser efetivada sem recursos para tanto.

Deste modo, a questão relacionada à concretização dos programas assistenciais, neles, se incluindo o BPC, tem desaguado no Judiciário, como movimento voltado para a essencial implementação de políticas públicas, sobretudo daquelas relacionadas à concretização dos direitos sociais, que traz ao foco de discussão uma forma de administração do que se pode denominar justiça distributiva¹⁰⁹.

¹⁰⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009. p.

1132a. A justiça distributiva, segundo a concepção filosófica de Aristóteles, se presta a promover proporcionalmente a divisão de todos os bens públicos como a honra, a riqueza, e demais ativos que pertencem à comunidade política, entre aqueles que por seus méritos façam jus a divisão, de modo a prevalecer o equilíbrio. A justiça distributiva está calcada na ideia de divisão que revela a relação entre governante e governados. Neste contexto, a injustiça ocorre pela presença do

3.3 O limite de renda sob a apreciação do STF: uma construção histórica

As principais decisões do STF sobre o Benefício de Prestação Continuada, desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988, serão aqui analisadas, traçando o caminho interpretativo necessário ao entendimento do julgamento dos Recursos Extraordinários com repercussão geral reconhecida, quais sejam 567.985/MT, de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello; e 580.963/PR, relator Ministro Gilmar Mendes, ambos julgados em 18 de abril de 2013.

Esse processo de construção histórica da decisão judicial pretende seguir no caminho da existência de uma integração entre direitos fundamentais e democracia, baseada na ideia de que os indivíduos devem ter os seus interesses atendidos pelo Estado com igual consideração e respeito.

A tese da integração¹¹⁰ de Ronald Dworkin fundamenta-se na existência de uma conexão interna e de uma força de atração recíproca entre dois polos, Estado de Direito (liberdade pessoal do Estado de Direito) e Democracia (liberdade política própria do regime democrático). O conceito de Integridade é a peça-chave do pensamento do autor¹¹¹, conceituado como a exigência específica de moralidade política.

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. Tanto no caso individual quanto no político, admitimos a possibilidade de reconhecer que os atos das outras pessoas expressam uma concepção de equidade, justiça ou decência mesmo quando nós próprios não endossamos tal concepção. Essa capacidade é uma parte importante de nossa capacidade mais geral de tratar os outros com respeito, sendo, portanto, um requisito prévio de civilização.

A decisão de *hard cases*¹¹² não depende e não pode mesmo depender exclusivamente da norma positivada, mas de melhor interpretação da composição política e da doutrina jurídica.

elemento desigualdade, eis que a máxima aristotélica no que tange o estudo da justiça distributiva é “têm o que lhe cabe”, tendo obtido o que é igual.

¹¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direito Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora 2012, p.19, 20.

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 202.

¹¹² Casos difíceis.

No entendimento de Ronald Dworkin¹¹³, os juízes que adotam a tese da Integridade se dispõem a tomar a decisão em conformidade com aquela visão que mostre os princípios constitucionais como um todo coerente.

O modelo de direito como integridade afirma que a comunidade política está submetida não apenas às decisões políticas particulares explicitamente adotadas pelo legislativo e executivo, mas, também, pelo “sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam”¹¹⁴; e como tais princípios “implícitos” devem ser utilizados pelos juízes e tribunais para fundamentar suas decisões em casos difíceis, deste modelo de Integridade resulta uma jurisdição bastante ofensiva:

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz.¹¹⁵

Propõe-se aqui, portanto, uma incursão pelas decisões da Suprema Corte cujo objeto é o Benefício Assistencial da Prestação Continuada analisando as complexas relações entre Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais, sob o manto da integridade de Ronald Dworkin.

O primeiro litígio judicial referente ao BPC ocorreu em 08 de novembro de 1993, antes da publicação da LOAS, foi impetrado o Mandado de Injunção nº 448/RS ante o STF, no qual se demandava a regulamentação do inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, frente a morosidade na publicação da legislação normatizando o benefício.

No julgamento, o STF reconheceu a demora do Congresso Nacional na regulamentação de tal inciso confirmado a emergência da questão e a disposição da Suprema Corte em atuar pela garantia do direito à assistência social.

O benefício assistencial constitucional foi, então, regulamentado pela Lei Federal nº 8742, em 7 de dezembro de 1993, na forma da concessão de um salário mínimo ao idoso e à pessoa com deficiência cuja renda mensal *per capita* fosse inferior a ¼ do salário mínimo.

¹¹³ **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 200.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 255.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 263.

A lei estabeleceu que os dois segmentos de indivíduos elegíveis ao benefício eram aqueles em condições econômicas extremamente miseráveis, levando em conta o contexto familiar, a incapacidade para o trabalho e para a uma vida independente.

Todavia, a principal controvérsia jurídica, que sempre rondou o BPC, diz respeito ao critério de renda estipulado pelo legislador; tal dispositivo foi objeto da ADI 1232-1/DF, sob o argumento de que o mesmo restringia o direito garantido constitucionalmente no inciso V do art. 203.

3.3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232-1/DF: a lei - ruim com ela pior sem ela

Em meio a um critério tão limitativo, os tribunais de primeira instância, no exercício do controle difuso¹¹⁶ de constitucionalidade, relativizaram a aplicação do critério de renda previsto na LOAS, para garantir o direito ao benefício àqueles cidadãos com renda de até ½ (meio) salário mínimo.

Esse cenário de flexibilização da norma positivada, que favorecia, exclusivamente, a população beneficiária da assistência social normatizada, fez com que deflagrasse um número demasiado de ações nos Juizados Especiais Federais.

Deste modo, a Procuradoria-Geral da República interpôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.232, pleiteando a inconstitucionalidade do critério de ¼ do salário mínimo exigido para a concessão do BPC, cujo principal argumento era que o critério previsto na lei, limitava sobremaneira o direito garantido na norma constitucional e ainda excluía da rede de proteção grande número de pessoas que o constituinte quis proteger, assegurando condições mínimas de dignidade.

O autor da ADI requereu, com o pedido, medida cautelar de suspensão de eficácia do dispositivo impugnado (suspensão da aplicação do critério de ¼ de renda

¹¹⁶ O controle difuso é aquele que pode ser feito por todos os juízes, mas sempre quando estiverem analisando um caso concreto. O questionamento sobre a constitucionalidade da norma é feito via defesa ou exceção e acarreta uma questão incidental. Isso porque o juiz, antes de analisar o mérito da ação, deverá inicialmente decidir se considera a norma constitucional ou inconstitucional. Na primeira hipótese, aplicará a norma normalmente ao fato e julgará o mérito conforme o previsto na norma. No segundo, deixará de aplicar a norma, por reputá-la inconstitucional, ou seja, esta será afastada no momento da decisão. No entanto a norma, ainda que não aplicada pelo magistrado naquele caso concreto, continua no ordenamento jurídico, ou seja, quem não ingressou com ação judicial, para obter o afastamento da norma de seu caso concreto, deverá cumprir normalmente a norma. Isso porque a decisão aplica-se apenas às partes do processo.

estabelecido na lei até o julgamento do mérito da ADI), indeferido pelo Relator Ministro Maurício Corrêa sob a fundamentação à época, 22 de março de 1995, que seria axiomático no direito que a estipulação de pensão e de outros benefícios devesse levar em conta, fundamentalmente, dois fatores, quais sejam, de um lado, a necessidade do beneficiário e, de outro, a possibilidade de quem arca com o encargo, entendendo que a conjugação destes dois fatores é o que dá a medida justa do benefício.

Para o Relator do acordão, o legislador ordinário, bem ou mal, cumpriu o dever de editar a lei, estabelecendo um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional. Fechando sua decisão com a expressão “ruim com ela, pior sem ela”.

O que se denota da construção jurisprudencial é aplicação do binômio - necessidade *versus* possibilidade - oriunda do direito de família, mais especificamente das ações alimentícias, refletindo uma tensão entre a ideia de universalidade do direito e reserva do possível, intimamente ligada à questão orçamentária na definição das políticas públicas.

A universalidade reside num princípio, que demarca a direção a ser perseguida permanentemente, vinculando-se a condições sociais vividas no cotidiano dos indivíduos e da relação destes com o Estado.

A materialização da universalidade dos direitos sociais, por eles estarem inseridos em políticas sociais, requer condicioná-los ao desenvolvimento alcançado pelas forças produtivas e políticas de cada Estado conforme a organização da sociedade.

O princípio da universalidade interpretado com base no artigo 203 da Constituição Federal de 1988 revela que a assistência social deverá ser prestada a quem não é capaz de prover suas necessidades básicas ou tê-las providas por sua família.

Para Norberto Bobbio¹¹⁷, o princípio da universalidade encontra-se na base dos Direitos do Homem:

Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que

¹¹⁷ **A era dos direitos**, p. 9-10.

imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar este direito, outra é desfrutá-lo efetivamente.

A Constituição de 1988 estabeleceu e, portanto, desejou que a assistência social fosse um direito social universal; o grande desafio é que esta universalidade se reflita de forma concreta na vida das pessoas. O princípio da universalidade da cobertura institui a proteção contra todas as situações ou ocorrências que possam gerar necessidades; já a universalidade no atendimento refere-se aos titulares do direito à assistência social ou à saúde, no âmbito da seguridade social. Assim, a proteção de todos e de cada um é o desafio que o princípio da universalidade impõe ao aplicador do direito seja na política, seja no Judiciário.

A observação que se faz aqui, em relação à decisão proferida pelo Relator, é que o mesmo não leva em conta os argumentos sustentados pelo autor quanto à adequação da norma aos princípios da dignidade e da igualdade, desconsiderando por completo que o BPC pudesse significar a sobrevivência de milhares de brasileiros.

Uma decisão em conformidade com a tese da integridade buscaria, no sentido da norma, um ideal de igual respeito e consideração do Estado para todas as pessoas em situação de vulnerabilidade.

Em 27 de agosto de 1998, na decisão de mérito, a ADI 1232 foi julgada improcedente pelo STF; sendo improcedente, a lei atacada seria, portanto, válida.

O Relator Ministro Ilmar Galvão sustentou que uma interpretação, conforme a Constituição levaria à conclusão de que o critério limitador da renda previsto em lei, não seria o único apto a caracterizar a situação de insuficiência econômica da família do deficiente ou idoso. Votou no sentido de emprestar ao texto interpretação segundo a qual não limitaria os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado, requerente do benefício.

Em desacordo, votou o Ministro Nelson Jobim, que foi acompanhado pelos demais ministros da Corte:

[...] Compete à lei dispor da forma de comprovação. Se a legislação resolveu criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição.¹¹⁸

¹¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n° 1232, relatoria Min. Ilmar Galvão, DOU 27.08.1998.

Assim sendo, o Tribunal, na época, considerou que o critério de renda de ¼ do salário mínimo, previsto na legislação infraconstitucional, não afrontava a Constituição e que a forma de comprovação da condição de pobreza familiar seriam definições que somente a lei teria o condão de fixar. Sob tal argumento, a corte suprema do país absteve-se de avaliar a constitucionalidade do critério de renda definido na lei, recusando o enfrentamento direto da questão e optando pelo reconhecimento de que a lei apresenta uma hipótese de prestação objetiva do Estado em que se deve levar em conta a necessidade do beneficiário, e, em contrapartida, a possibilidade de quem arca com o encargo.

Em breve análise ao acórdão, conclui-se que o STF curva-se ao positivismo jurídico, conferindo primazia à lei posta pelo Estado como fonte preponderante do direito, fazendo ecoar a máxima de Montesquieu¹¹⁹, segundo a qual “o juiz é a boca da lei”; não há, portanto, campo para interpretações, adequações ou qualquer tipo de subjetivismo, ficando o magistrado preso ao texto legal e ao seu campo de incidência.

Afirmar que a lei é principal fonte do direito é retroceder aos mais sombrios tempos do legalismo liberal e enfraquecer o Estado Constitucional de Direito. O principal alvo da crítica dworkiniana é, desde o início, o positivismo jurídico ou, ainda, em sua versão mais dogmática ou interpretativa, chamada pelo autor de convencionalismo.

Embora, Ronald Dworkin seja um declarado opositor à teoria positivista do direito, não poderia ser classificado como jusnaturalista, na concepção de Albert Casamiglia, conforme se denota de seu texto de apresentação na edição espanhola da obra de Ronald Dworkin “*Derechos en Serio*”:

Dworkin não é um autor jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis. A teoria do autor americano não é uma caixa de torrentes transcendental que permite solucionar todos os problemas e que fundamenta a validade e a justiça do direito. [...] O autor americano tenta construir uma terceira via – entre o jusnaturalismo e o positivismo.¹²⁰

¹¹⁹ MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹²⁰ Apresentación. In: DWORKIN, Ronald. **Derechos en Serio**. Trad. Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

Suas obras causam alto impacto na corrente teórico-jurídica do século XX, cujas críticas são, na maioria, contra a teoria de Hart, ao tratar do positivismo jurídico, ainda que considere o melhor e mais refinado modelo que a escola jurídica positivista já produziu.

Ronald Dworkin foi aluno de Herbert Lionel Adolphus Hart e se tornou seu sucessor na Universidade de Oxford e seu principal crítico.

Desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart. Resolvi concentrar-me na sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart.¹²¹

O entusiástico debate entre os dois autores gerou, no mundo acadêmico, um extenso número de trabalhos analisando a dicotomia entre o direito como Integridade de Ronald Dworkin e positivismo de Herbert Hart.

O esforço inicial de Herbert Hart¹²² foi ao sentido de propiciar uma construção que superasse os positivistas como John Austin¹²³ e Hans Kelsen¹²⁴, e propor um conceito universal capaz de ser adequado a quaisquer sistemas jurídicos vigentes. Foi favorável à separação entre direito e moral, tendo afirmado em sua teoria descriptiva que se pode aceitar a presença de princípios que podem ser invocados pelo julgador no momento da decisão. Todavia, tais princípios devem ser

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 27.

¹²² **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara São Paulo: Martins Fontes, 2012.

¹²³ CALSAMIGLIA, Albert. **El Concepto de Integridad en Dworkin**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001, núm. 12 (1992), p.155-176. p. 155. O posicionamento positivista, principalmente aquele transmitido por Austin e seus seguidores, é o de encarar o direito como um produto acabado e que o cientista do direito tem como objetivo apenas o de descrever esse direito, a ciência jurídica deve ser neutra e, portanto, independente de juízos morais e interesses políticos.

¹²⁴ **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 71-106. Kelsen constrói uma ciência do direito autônoma, separada da moral, da justiça e demais considerações da vida social. Seu objetivo era obter assim um conhecimento preciso do Direito, esvaziado de qualquer elemento externo como aspectos psicológicos, filosóficos, sociológicos, políticos ou éticos que estejam a ele conectados. A teoria pura do Direito não pretende ser a única ciência do Direito possível ou legítima, o Direito pode ser objeto de diversas ciências, mas a diferença é que a teoria pura demanda ser exclusiva como ciência normativa do Direito. Nesse sentido, a orientação geral da sua Teoria Pura do Direito e da Teoria Analítica do Direito de Austin são as mesmas, ambas ocupam-se da análise ou da elucidação do significado do Direito positivo, até porque nenhuma destas disciplinas ocupa-se da apreciação política ou moral do Direito, nem da descrição ou explicação sociológica do Direito ou do fenômeno legal. Para Kelsen a diferença está no fato da Teoria Pura ser mais consistente e, por isso, evitar certos erros cometidos, por exemplo, por Austin na análise dos direitos e deveres e da relação entre Direito e Estado. Hart, por sua vez, não adere a tese positivista de que as regras jurídicas são a única fonte do Direito, afinal o direito também é produto da sociedade, que é sustentada em condutas morais.

decorrentes da moral convencional e considerados como jurídicos pela regra de reconhecimento. Assim podem ser utilizados de forma discricionária pelo juiz, que não está sujeito a padrões na decisão, bem como não possui obrigação jurídica de invocá-los para resolver um determinado caso difícil.

Na busca de analisar esses critérios de avaliação das proposições jurídicas e os demais aspectos da teoria positivista, Ronald Dworkin¹²⁵ cita, em sua obra, o inglês John Austin, século XIX, que entendia que a validade de uma proposição jurídica é determinada pelo critério de esta transmitir corretamente a vontade de uma pessoa ou grupo soberano.

O objeto de estudo de John Austin é o direito positivo, no sentido de leis que são impostas como vontade de superiores políticos, que representam a figura do soberano, que para ele seria caracterizado por aqueles que costumam ser obedecidos e que não obedecem a ninguém. Toda lei positiva é posta por uma pessoa ou um corpo soberano, o qual o grupo deve obediência e sujeição. O soberano possui autoridade máxima para legislar e regular as condutas sociais. É a figura do soberano que identifica a ordem jurídica, que delimita o campo político interno do externo. Essa teoria foi objeto de intensos debates e questionamentos, principalmente quanto à legitimidade da figura do soberano. Entretanto, conforme Ronald Dworkin¹²⁶:

[...] ainda que a teoria de Austin se mostrasse deficiente em várias questões de detalhe, o que resultou na sugestão de muitas emendas e aperfeiçoamentos, sua ideia central de que o direito é uma questão de decisões históricas tomadas por aqueles que detêm o poder político, nunca perdeu totalmente sua força sobre a doutrina.

Para Herbert Hart¹²⁷, lembrado, aqui, de forma bem resumida, o direito resulta da combinação de regras primárias de obrigação e secundárias de reconhecimento. A regra de reconhecimento é parte das regras secundárias, juntamente com as regras primárias que são as regras de obrigação, de tipo básico ocupam o lugar central do direito. As regras secundárias servem como remédio para os três defeitos diagnosticados dentro da estrutura social simples das regras primárias, quais sejam: a incerteza, o caráter estático e a ineficácia.

¹²⁵ O império do direito, p. 41.

¹²⁶ **O império do direito**, p. 42.

¹²⁷ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara São Paulo: Martins Fontes, 2012, 169.

Sobre a regra do reconhecimento, especificamente, Herbert Hart considerou a forma mais simples de remédio para a incerteza do regime das regras primárias. Ao conferir a marca dotada de autoridade, introduz, embora de forma embrionária, a ideia de sistema jurídico, posto que as regras deixariam de ser apenas um conjunto discreto e desconexo, mas, estariam, de um modo simples, unificadas.

A introdução a esse remédio corretivo é a passagem do mundo pré-jurídico para o mundo jurídico¹²⁸ resultando num conjunto de elementos que formam um sistema jurídico.

A regra de reconhecimento é um traço da sofisticação do positivismo alcançado por Herbert Hart, que intencionou ser capaz de identificar os muitos elementos do normativismo jurídico.

A teoria estabelece que a norma deva ser identificada por meio de uma atitude de aceitação legal por um juiz ou por funcionários públicos, ou ainda, alguém com tal legitimidade. Não significa que cada norma deva ser conscientemente e formalmente aceita ou aprovada; no entanto, cada sentença normativa deve ser identificada pelos critérios aceitos pela regra de reconhecimento, conforme ilustra o professor Adrian Sgarbi¹²⁹, “para se obter resposta à pergunta qual é a regra de reconhecimento de dada ordem jurídica, deve-se perquirir com que critérios determinado ordenamento jurídico funciona efetivamente”.

Segundo Herbert Hart e, em geral, na teoria positivista, as regras só são válidas porque passaram por esta regra de reconhecimento, ou como Ronald Dworkin¹³⁰ gosta de denominar, porque passaram por um “teste de *pedigree*” que determinou a sua legitimidade. Esse teste serve para diferenciar as regras válidas, criadas por instituições competentes na forma de leis ou precedentes de decisões judiciais, de regras jurídicas “espúrias”, que seriam as argumentações utilizadas pelos litigantes ou advogados, sem o devido embasamento legal.

Em Ronald Dworkin e seu modelo de Integridade, o direito de uma comunidade deve ser visto pelos juízes que o interpretam, nos casos concretos, não como um conjunto solto e incoerente de decisões políticas passadas; ainda que ideal de Integridade não forneça diretamente respostas aos casos concretos, fornece uma recomendação aos juízes para que concebam o direito como um todo.

¹²⁸ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara São Paulo: Martins Fontes, 2012, 103.

¹²⁹ **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 135.

¹³⁰ **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 64.

Assim, as decisões judiciais estão limitadas pelo dever de justificar suas opções com uma teoria coerente, a qual também deve poder ser justificada.

Uma decisão judicial não pode ser o resultado de meras preferências pessoais arbitrárias, “devem ser justificadas como a expressão de princípios gerais e duráveis”.¹³¹ Esta é a exigência de que o Estado atue no tratamento de seus cidadãos, de acordo com um único e coerente conjunto de princípios e não de modo arbitrário.

Em temas sensíveis, como os benefícios assistenciais, mais especificamente o BPC, que demanda um tratamento igualitário de grupos politicamente minoritários, os legisladores podem estar sujeitos à pressão desproporcional de grupos privados politicamente poderosos, que subjugam minorias politicamente impotentes.

Em face disso, nessas hipóteses “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”.¹³²

Desigualdades de poder efetivo podem justificar, por razões de equidade, que a democracia seja fortalecida com a entrega, aos tribunais, de algum poder sobre uma “classe pequena e especial de decisões políticas”¹³³

Deste modo, ao modelo de regras, Ronald Dworkin contrapõe o modelo de princípios, que é o modelo da comunidade que aceita a Integridade como ideal político, ou seja, no qual os cidadãos entendem que são governados não apenas por regras, mas por princípios.

A decisão na ADIN 1232, julgada pelo Tribunal Pleno em 27/8/1998, reflete o cunho positivista adotado pela Corte, ao considerar que o critério de renda de ¼ do salário mínimo previsto no § 3º do artigo 20 da Lei Federal nº 8.742/1993, não afrontava a Constituição, prevalecendo que o critério e a forma de comprovação da condição de miserabilidade seriam definições que somente a lei poderia determinar; conferindo, portanto, à lei, soberania na definição do critério em discussão, fundamentada no entendimento de que os critérios de elegibilidade para a concessão do BPC só poderiam ser produzidos na esfera da política.

Ainda assim, o Judiciário continuou a ser provocado, por cidadãos brasileiros em situação de miséria, a fim da concessão do benefício, crendo que embora

¹³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 294-295.

¹³² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 27.

¹³³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, p. 30.

tivessem uma renda familiar acima da definida pela lei, careciam da prestação assistencial do Estado.

O problema não era da “própria lei”, como asseverou o eminentíssimo juiz, mas de um contingente de pessoas marginalizadas pelo critério objetivo da lei, que precisavam garantir o suprimento de necessidades básicas. (ROSA, QUAL?)

Em que pese o Supremo Tribunal Federal tenha declarado constitucional o critério previsto no art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social, os Tribunais de base continuaram a admitir e a decidir com fulcro neste entendimento, que tal critério não era único caminho para se aferir a miserabilidade do grupo familiar do candidato ao benefício de prestação continuada.

Em análise de casos concretos de miséria e incapacidade, os juízes, nas situações em que restava comprovada a miserabilidade do indivíduo por outros meios, continuaram concedendo o benefício a quem ultrapassava o limite legal, mesmo diante do julgamento da ADI nº 1.232.

Defendiam que o critério objetivo da renda foi estabelecido para facilitar a aferição da miserabilidade, não podendo servir de empecilho à análise desta condição por outros meios. A depender das peculiaridades de cada caso, poderia, portanto, restar comprovado que, apesar de a renda familiar *per capita* ser igual ou superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, a família do solicitante do benefício não possuía condições de prover o seu sustento, estando evidenciada a condição de hipossuficiência econômica, abrindo espaço para que a miserabilidade fosse comprovada por outros meios, tais como despesas com medicamentos, tratamentos ambulatoriais, aluguel para moradia, entre outros.

Isto não significaria, porém, violar o critério estabelecido no art. 20 § 3º da Lei nº 8.742/93, mas, apenas, conferir uma interpretação extensiva, conforme o caso, flexibilizando os meios de se constatar a miserabilidade.

Em uma manifestação de respeito à superioridade da percepção interpretativa do direito, pautados nos limites da racionalidade, provisoria e mutabilidade dos sentidos da norma, os juízes desafiaram o STF; em vez de declarar inconstitucional o dispositivo normativo da LOAS no caso concreto, o que não seria mais possível em razão do julgamento da ADI nº 1.232, fixaram o entendimento de que, embora o critério da lei fosse constitucional, ele não seria o único e, assim, nos casos de comprovada carência e necessidade, o BPC poderia ser concedido mesmo àqueles com renda mensal familiar *per capita* de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo.

Neste sentido, foi publicada em 14/04/2004 a Súmula nº 11 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, trazendo em seu enunciado que a renda mensal, *per capita*, familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo não impediria a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.

Em abril de 2006, a referida Súmula foi cancelada nos autos do Pedido de Uniformização nº 2004.70.95.009545-6¹³⁴, passando a se considerar naquele colegiado que o único critério para aferição da miserabilidade seria a observância da renda *per capita* familiar não superior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, nos exatos termos do artigo 20 § 3º da Lei nº 8.742/1993, não comportando temperamentos ou adequações caso a caso.

No entanto, posteriormente, tendo em vista, os precedentes do Supremo Tribunal Federal, a ser discutido à frente, no sentido de que seria possível comprovar a situação de miséria por outros meios, a Turma Nacional de Uniformização voltou a flexibilizar o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

No 3º Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais - FONAJEF, realizado em São Paulo de 04 a 06 de outubro de 2006, foi editado o Enunciado nº 50, sobre o critério da renda *per capita* previsto na Lei Orgânica da Assistência Social, reforçando que a comprovação da condição socioeconômica do autor pode ser feita por laudo técnico confeccionado por assistente social, por auto de constatação lavrado por oficial de Justiça ou através da oitiva de testemunhas.

Neste contexto, a realidade que se desenhou, ao logo do tempo, no Brasil, pode ser comparada ao “samba do crioulo doido”¹³⁵ em que os juízes e Tribunais não sabiam que rumo tomar; as decisões judiciais que declaravam, incidentalmente, ser inconstitucional o § 3º do art. 20 da lei nº 8742/93, estavam indo em desencontro ao Supremo Tribunal Federal, que já havia se posicionado no sentido do dispositivo ser constitucional.

¹³⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. BOLETIM INTERNO Nº 03/ 2006. **PROCESSO: 2004.70.95.009545-6.** ORIGEM: PR – SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=383>

¹³⁵ SERGIO, Renato. **Dupla exposição:** Stanislaw Sérgio Ponte Porto Preta. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999, p. 238-241. O Samba do Crioulo Doido é uma paródia composta pelo escritor e jornalista Sérgio Porto, sob pseudônimo de Stanislaw Ponte Preta, em 1968, para o Teatro de Revista, em que procura ironizar a obrigatoriedade imposta às escolas de samba de retratarem nos seus sambas de enredo somente fatos históricos. A expressão é usada, no Brasil, para se referir a coisas sem sentido, bagunça, situação confusa em que ninguém se entende, em que ninguém sabe que rumo tomar.

Assim, para muitos, se formava neste caso, coisa julgada constitucional; além de violar o § 3º do art. 20 da Lei nº 8742/93, o desrespeito à decisão prolatada na ADI nº 1232-DF pelo STF, implicaria agressão ao parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9868/99¹³⁶ e ao § 2º do art. 102 da CF/88¹³⁷, que aduzem que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade teria efeito vinculante.

Por outro lado, alguns julgadores, fundamentados na decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1232-DF e de seu efeito vinculante, não reconheciam, a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8742/93 e não concediam o benefício se o critério de renda não coadunasse precisamente com a previsão legal.

Deste modo e com base no entendimento da Corte ao julgar Rcl 1.880-AgR / SP, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, publicada em 19/03/2004, que decidiu que todos aqueles que fossem atingidos por decisões contrárias ao entendimento firmado pelo STF no julgamento de mérito proferido em ação direta de inconstitucionalidade eram considerados como parte legítima para propositura de reclamação; inúmeras reclamações, contra as decisões de primeiro grau chegaram ao Pleno interpostas pelo INSS, órgão gestor responsável pela administração do BPC, baseadas na alegação de descumprimento da decisão proferida na ADI nº 1.232. Até que, em 13 de maio de 2004, no julgamento do agravo regimental na Reclamação nº 2.303 (Rcl nº 2.303-AgR/RS) de relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Pleno do Supremo Tribunal Federal foi novamente provocado a se manifestar sobre o tema.

3.3.2 A Rcl nº 2.303-AgR/RS: A reserva do possível e o custo dos direitos

Destarte, em 2004 o assunto voltou à pauta do Supremo, como mencionado acima, face aos julgados que favoreciam o recebimento do benefício a quem tinha

¹³⁶ Art. 28. [...] Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

¹³⁷ Art. 102. [...] § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal... (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

renda familiar *per capita* de $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, sob a motivação que a decisão da ADI nº 1.232 não estava sendo cumprida, já que nas decisões isoladas, em casos concretos, os juízes acabavam por relativizar o critério de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, identificando condições econômicas miseráveis que deviam ser levadas em conta e exigiam a garantia do direito à assistência social.

Desde o julgamento da ADI nº 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal passou a julgar procedentes as reclamações ajuizadas pelo INSS contra decisões proferidas em instâncias inferiores que, a par do critério legal de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, concediam o benefício caso fosse comprovada a necessidade em razão das peculiaridades do caso concreto, ainda que a renda familiar ultrapassasse o limite legal.

A exemplo, no julgamento da Rcl nº 2.303-AgR/RS o STF reafirmou que o critério de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo seria objetivo e não poderia jamais ser combinado com outros fatores sugestivos da miserabilidade do cidadão e de seu grupo familiar; cabendo portanto, ao legislador e, não ao magistrado, na solução do caso concreto, a criação de outros requisitos para a aferição do estado de pobreza daquele que pleiteava o benefício assistencial.

No caso concreto, do agravo em comento, em que pese a renda do requerente atingisse o patamar de $\frac{1}{2}$ salário mínimo, o magistrado na 1ª instância, identificou condições econômicas precárias que demandavam a garantia do direito ao benefício assistencial; entendeu que, apesar de o critério legal ter sido declarado constitucional pela Corte, esse critério não seria o único, poderia ser relativizado, caso a caso em razão da comprovação do estado de miserabilidade em que vivia o requerente e seu clã.

No julgamento do Supremo, decidiu-se mais uma vez, por maioria dos votos, que o critério de renda legalmente determinado e julgado constitucional na ADI nº 1.232 seria, sim, o único.

A ministra Ellen Gracie evidenciou em suas manifestações preocupação clara com o impacto orçamentário da flexibilização do critério de renda para $\frac{1}{2}$ salário mínimo *per capita*.

No respectivo agravo, o Ministro Ayres Britto também se posicionou de forma divergente à decisão proferida na ADI 1232, entendendo que o critério objetivo da lei não seria impeditivo de uma comprovação em concreto da necessidade de assistência.

[...] É bem de ver que o diploma legal de n. 8.742 nem sequer devia eleger critério dimensionador da pobreza ocasional do idoso ou da pessoa portadora de deficiência. E não devia eleger nenhum critério ou parâmetro de aferição objetiva de pobreza porque não habilitado pela Constituição para tal mister. Quero dizer: o critério objetivo de carência material do socialmente assistível já está na Constituição e esse critério é o fato mesmo de, num dado instante, o idoso ou deficiente econômico demonstrar que não possui meios de prover à própria manutenção, nem tê-la provida pela respectiva família. Tudo se resolve é no caso em concreto, porque a serventia da lei se resume em dispor sobre o processo de comprovação de tal carência assistencial e não mais que isso.

Para o Ministro Ayres Britto o objetivo da Constituição seria possibilitar ao deficiente físico e ao idoso a percepção de um salário minimamente operante como fator de promoção humana e reintegração à vida comunitária e, por conseguinte, criar um meio impeditivo da continuidade de um estado miserável de vida.

Para Ellen Gracie, a adoção de tal entendimento daria, ao juiz do Juizado Especial Federal, o direito de criar e aumentar benefício, o que não seria, de modo algum, de sua competência, deixando, inclusive, de indicar a fonte de custeio, exigência que se faz àqueles que têm competência legislativa.

[...] Isso porque, ao deixar inteiramente a critério do magistrado a aferição desse estado de necessidade e desta verificação de pobreza, foge-se, portanto, daquilo que foi fixado em lei como um parâmetro atuário, ou seja, aquilo que o orçamento da Previdência e Assistência Social comporta. Existe um universo correspondente de habitantes do País. Dentro dele se calcula que uma determinada parcela não tenha rendimentos que superem a 1/4 do salário mínimo e, nestas condições, apenas para beneficiar essas pessoas e não outras, a lei definiu o benefício que já era previsto pela Constituição Federal.

O Ministro Gilmar Mendes também se posicionou a favor da garantia do respeito ao princípio do prévio custeio, alegando que, ainda que se separe a situação da previdência, da posição de assistência social, isso, por óbvio, repercutiria sobre o quadro da seguridade, alertando para necessidade de que eventuais despesas novas deveriam ter uma fonte de custeio clara, inclusive, na hipótese de tal criação se fazer por lei.

O princípio do prévio custeio está previsto no art.195, §5º da Constituição Federal de 1988 e anuncia que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O impacto financeiro que uma eventual margem de flexibilidade na avaliação da renda causaria aos cofres públicos se sobrepõe ao argumento de que o direito à assistência social estaria sendo restringido inconstitucionalmente pela fixação do critério de renda legal.

A palavra de ordem, naquele momento, portanto, consubstanciou que o orçamento público teria limites que precisavam ser mensurados previamente e o arbítrio legislativo na fixação de um limite objetivo não poderia ser modificado.

O argumento orçamentário fundamentou a decisão da Corte; a partir daí, o espaço interpretativo dos julgadores se reduziu ainda mais e o critério legal de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo foi mais uma vez confirmado, ainda que se fixando novos contornos e elucidando as dimensões da decisão proferida na ADI nº 1232.

A ideia de judicialização¹³⁸ denota que algumas questões de larga repercussão política ou social estariam sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e, não, pelas instâncias tradicionais tais como o Congresso Nacional e o Poder Executivo; as principais críticas à judicialização dos direitos sociais são o respeito ao processo de legitimidade democrática, o princípio da tripartição e a reserva do possível.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos sociais como direitos fundamentais, estes passaram a ter assegurada sua força normativa, na condição de direitos dotados de exigibilidade. Entretanto, a partir da constatação de que os direitos sociais têm um custo, como os direitos fundamentais de um modo geral, sua concretização pressupõe a existência de meios e, também, recursos financeiros.

Neste sentido, surge, com grande importância, a noção de reserva do possível, originalmente adotada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, e que diz respeito às possibilidades e limites de se exigir da

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista (Syn)thesis. UERJ. ISSN 2358-4130 - v. 5, n. 1 (2012). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 22 out. 2014. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.

sociedade e do Estado prestações sociais, com vistas à satisfação de direitos fundamentais. Considerando o dever do Estado de realizar, na maior medida possível os direitos fundamentais, torna-se essencial o exame dos limites postos pela assim chamada reserva do possível.

De acordo com Fabiana Okchestein Kelbert¹³⁹, à reserva do possível tem servido de argumento para justificar o descumprimento das normas que preveem direitos sociais constitucionalmente assegurados, de modo que sua aplicação, sem um estudo mais aprofundado, lança ares de argumento retórico e carente de justificação no sistema constitucional vigente.

Originária da jurisprudência alemã, a reserva do possível foi considerada um limite à realização do direito à escolha do local de ensino naquele país, por meio da paradigmática decisão nº 33 do Tribunal Constitucional Federal, onde ficou consignado que algumas prestações estatais ficam sujeitas a uma reserva do possível, de modo que o indivíduo só pode esperar da sociedade prestações que se afigurem razoáveis. Essa conclusão mostrou-se afinada com os ditames do modelo de Estado Democrático e Social de Direito, ao qual a Alemanha aderiu. Naquele país, como decorrência do pós-guerra, os direitos fundamentais assumiram posição de destaque na Lei Fundamental, onde passaram a figurar no primeiro título, encabeçado pela proteção da dignidade da pessoa humana, considerada intangível.¹⁴⁰

Deste modo, os direitos sociais surgiram como garantia da dignidade humana e como condição para o exercício da liberdade individual, promovendo o princípio do Estado Social de assegurar a todos os indivíduos a universalidade de direitos, os quais devem ser satisfeitos na máxima medida possível, considerando a sociedade e seu contexto.

A Constituição Federal de 1988, influenciada pelo direito alemão, assentiu a um modelo que assegura a máxima proteção aos direitos fundamentais, e incluiu no título dos direitos e garantias fundamentais um amplo rol de direitos sociais.

Como já abordado, essa inclusão não foi poupada de críticas, uma vez que a mera positivação dos direitos sociais no texto constitucional não teria o condão de realizá-los plenamente. Dentre as oposições mais rotineiramente assinaladas, surge a problemática da eficácia das normas que preveem direitos sociais, consideradas

¹³⁹ **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 17.

¹⁴⁰ KELBERT, Fabiana Okchestein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**, p. 17.

programáticas, o que impediria a concretização dos direitos sociais sem interposição legislativa.

Além disso, o caráter essencialmente prestacional dos direitos sociais, implica a existência de recursos estatais para sua efetivação. Notadamente nesse ponto é que a reserva do possível assume maior importância, uma vez que não há como negar que a escassez de recursos efetivamente se apresenta como obstáculo à realização de todos os direitos sociais.

A realização dos direitos sociais em face da reserva do possível torna-se problema quando resumida a mera ausência de recursos. Preocupações com os custos dos direitos e com os impactos financeiros da garantia de direitos são trazidas nas decisões como razões contra a garantia judicial dos direitos sociais.

Na decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie, no julgamento do agravo regimental, Rcl nº 2.303-AgR/RS, trazida acima, ficou patente a inquietação com o impacto financeiro de eventual decisão sobre a política assistencial e a reserva do possível, de tal modo os limites orçamentários são chamados como quesitos respeitáveis na discussão dos direitos sociais.

3.3.3 Todos os direitos são positivos: conhecendo o pensamento de Cass Sunstein e Stephen Holmes

Os americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes¹⁴¹ difundiram uma afirmação categórica que tem provocado grande discussão na doutrina brasileira, qual seja, “todos os direitos são positivos”. Nessa concepção, todos os direitos exigem uma prestação do Estado no sentido econômico, todos os direitos têm custo, seja na realização de prestações sociais de fato, seja na criação de estruturas institucionais que permitam o exercício destes direitos.

Como exemplo trazem o caso de um incêndio ocorrido em agosto de 1995, em Westhampton, em que o direito de propriedade, por tradição, reconhecido como um direito de defesa, ou direito negativo, somente foi garantido mediante uma

¹⁴¹ HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: Por que la libertad depende de los impuestos. Trad. Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012, p. 13 - 48.

atividade prestacional dos poderes públicos, que garantiram as forças necessárias para conter o fogo e preservar os imóveis em perigo.¹⁴²

Enfatizaram, portanto, que todos os direitos, desde os tradicionalmente concebidos como direitos a prestações, até os direitos de liberdade ou de defesa, implicariam a realização de despesas públicas por parte do Estado para que sejam realizados e para que sejam exercidos por toda a população.

A própria classificação de direitos puramente negativos, que demandariam a abstenção do Estado e, por isso, seriam economicamente indiferentes e os direitos positivos que pressupõem prestações do Estado, no sentido de efetuar despesas, foi tida pelos autores como inadequada e inútil.

Em detalhado estudo realizado sobre matéria relativa ao custo dos direitos, Flávio Galdino¹⁴³ defendeu a total abolição da noção de direitos positivos e negativos, para que se assuma em todos os direitos fundamentais uma dimensão positiva. Todo direito pressupõe uma atuação do Estado, seja mediante provocação via Poder Judiciário, seja espontaneamente por meio da atuação do poder de polícia, ou das instituições administrativas. Concluindo após leitura acurada dos referidos autores que:

na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita.¹⁴⁴

Os americanos partem da ideia de que os bens são escassos e, portanto, eles não permitem que todos os direitos sejam realizados igualitariamente para todos os cidadãos. Logo, realizar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto outros não.

Dando especial atenção aos direitos sociais prestacionais, por óbvio, que seu custo ostenta particular relevância na esfera da eficácia e efetivação, dependendo, em última e quiçá, primeira análise, da conjuntura econômica;

¹⁴² HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos:** Por que la libertad depende de los impuestos, p.14.

¹⁴³ GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos.** In Paulo Lobo Torres (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.164.

¹⁴⁴ GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**, p. 188.

inclusive, porque o que se discute aqui é a possibilidade que o Judiciário tem de impor ao poder público, a satisfação das prestações reclamadas pelos cidadãos detentores de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

Vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações, a importante questão é saber se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada, lembrando que o mesmo é dependente da real resistência dos meios para cumprir com sua obrigação.¹⁴⁵

Outrossim, não seria novidade alguma a limitada capacidade do Estado de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais e a limitação dos recursos estabelece, segundo alguns, um limite fático à efetivação desses direitos.¹⁴⁶

A reserva do possível, no entendimento de Mariana Filchtiner Figueiredo¹⁴⁷, apresenta uma dimensão tríplice: abrange a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras; e, já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também a questão da sua razoabilidade.

José Carlos Vieira de Andrade¹⁴⁸ sustenta que, por estar em causa uma verdadeira opção quanto à afetação material dos recursos, também há de ser tomada uma decisão sobre a aplicação destes, que, por sua vez, depende da conjuntura socioeconômica global; parte-se, neste sentido, da premissa de que a Constituição não oferece, ela mesma, os critérios para esta decisão, deixando-a a cargo dos órgãos políticos, de modo especial ao legislador, competente para a definição das linhas gerais das políticas na esfera socioeconômica.

¹⁴⁵ LOPES, José Reinaldo Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 131.

¹⁴⁶ **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.10.

¹⁴⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.28.

¹⁴⁸ **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 200.

Por esta razão a realização dos direitos sociais, na sua condição de direitos subjetivos a prestações, na lição de José Joaquim Gomes Canotilho costuma ser encarada como sendo sempre também um autêntico problema em termos de competências constitucionais, pois, segundo assevera o autor:

Ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais.¹⁴⁹

A crise de efetividade vivenciada pelos direitos fundamentais está, na maior ou menor medida, diretamente atrelada à insuficiência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. Quanto mais escassa a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, buscando o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, bem como da administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa.

Além disso, adquire caráter emergencial a profícua conscientização, por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais; mas que, ao fazê-lo, haverão de agir com a máxima cautela e responsabilidade, dada à íntima conexão das decisões com a discussão em torno da reserva do possível, na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial de direitos fundamentais e não apenas dos direitos sociais; valendo destacar que, também, resta envolvida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível, competindo ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.

Como preleciona Eros Roberto Grau¹⁵⁰, a reserva do possível não pode se limitar a cofres públicos cheios, sob pena de esvaziamento da efetividade dos direitos sociais.

¹⁴⁹ **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 369.

¹⁵⁰ Realismo e Utopia Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.). **Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.125.

A reserva do possível não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica.

Importa que se tenha em mente que quem governa num Estado Democrático Constitucional de Direito é a Constituição, de tal modo, que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do constituinte, pelo menos no que diz respeito aos seus elementos essenciais, que serão os limites da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade vinculada do administrador e dos órgãos jurisdicionais.

No que se refere à atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar sua autolimitação funcional que deve estar de todo modo, em sintonia com a sua necessária legitimação para agir, de maneira proativa, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos fundamentais.¹⁵¹

Na lição de Jorge Reis Novais¹⁵² a reserva do possível deve viger como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos, o que, por sua vez, aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar, o mínimo existencial.

3.3.4 Outros critérios para aferição da miserabilidade no âmbito da Assistência Social

Nos Juizados Especiais federais, quando as condições concretas caracterizavam condição de miserabilidade, aumentadas de gastos advindos de condições problemáticas de saúde, despesas com medicamentos, tratamentos ambulatoriais, aluguel para moradia, entre outros, os juízes continuaram concedendo o benefício mesmo quando a renda familiar *per capita* ultrapassava o patamar de $\frac{1}{4}$ de salário mínimo.

¹⁵¹ MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁵² **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 295.

Com a edição das Leis nº 9.533/97, 10.219/01, 10.689/2003 e 10.836/2004 que instituíram, respectivamente, o Programa de Garantia de Renda Mínima (PGRM) (que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas), o Bolsa Escola, o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA) e o Bolsa Família, alguns doutrinadores e magistrados passaram a defender que o critério para aferição da miserabilidade para fins de concessão do benefício assistencial passaria a ser, por analogia, alterado para uma renda, agora, inferior a $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo.

As leis acima citadas, ao regulamentarem os requisitos para concessão dos benefícios assistenciais da renda mínima e do acesso à alimentação, previram como critério para aferição da hipossuficiência econômica a renda familiar *per capita* inferior a $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo.¹⁵³

Buscou-se, então, uma saída interpretativa, sob o argumento da isonomia e do diálogo das fontes¹⁵⁴, que não haveria razão para, dentro da Assistência Social, haver critérios diferenciados para considerar-se uma família miserável e outra não, a depender do tipo de benefício postulado.

Outra vez, a instância ordinária desafiou a Suprema Corte, não só quanto ao caso concreto, mas também colocando em cheque o consenso de que a última palavra em termos de interpretação constitucional seria da mais alta instância judicial.

As decisões proferidas pelos respectivos ministros da Suprema Corte do país nas Reclamações impetradas, posteriores ao julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 2.303-6/RS, pautaram-se em diversos argumentos.

Em 07 de abril de 2005, o plenário do STF julgou procedente, por maioria, a RCL nº 2.323/PR, ajuizada pela União contra decisão da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária de Londrina/PR. A decisão de 1ª instância reconheceu, em antecipação de

¹⁵³ Artigo 5º da Lei nº 9.533/97: Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente: I – renda familiar *per capita* inferior a meio salário mínimo.

Artigo 2º § 2º da Lei nº 10.689/2003: Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo.

¹⁵⁴ A ideia de que as leis devem ser aplicadas de forma isolada umas das outras é afastada pela teoria do diálogo das fontes, segundo a qual o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária. A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Heidelberg e trazida ao Brasil por Cláudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

tutela, o direito a um salário mínimo mensal, referente ao benefício previsto no artigo 203, inciso V da Constituição Federal, a todas as pessoas com deficiência e idosos da região que comprovassem uma renda mensal inferior à $\frac{1}{2}$ (metade) do salário mínimo.

O ato atacado afrontou, segundo a União, orientação do Supremo em julgamento anterior. De acordo com o relator do processo, Ministro Eros Roberto Grau, o juízo de primeira instância alterou o disposto na Lei 8742/93 ao conceder o benefício previdenciário por outro parâmetro que não o determinado pela norma, qual seja, renda familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário, entendendo que a decisão judicial ampliou o direito, estabelecendo o critério de renda inferior a $\frac{1}{2}$ salário mínimo.

O Ministro acrescentou, ainda, que o art. 20 da LOAS já havia sido considerado constitucional no julgamento da ADI 1232 e no seu entendimento a decisão impugnada ignorou o comando da lei, estendendo o benefício previdenciário a pessoas que não fazem jus a ele. Nesse sentido, o Ministro julgou procedente o pedido formulado pela União por entender que a decisão proferida em primeiro grau, afastou orientação da Corte e invadiu a competência do legislador. Deste modo, suspendeu a eficácia da referida decisão.

O Ministro Marco Aurélio divergiu do relator e votou pela improcedência do pedido, insistindo mais uma vez na tese de que o comando constitucional deve ser superior à lei, afirmando que:

É certo que existe no art. 203, V, uma cláusula final remetendo ao que dispuser a lei, mas há de se considerar o princípio da realidade. A lei evidentemente, não pode colocar em segundo plano a premissa do direito à assistência social.

O Ministro acima citado entendeu que a decisão proferida não afrontou a decisão do STF porque, para ele, um novo diploma cogitou da concessão de certo benefício assistencial, no valor de $\frac{1}{2}$ salário mínimo; como consequência, o art. 20 da Lei. 8742/93, examinado na ADI, estaria superado.

Os Ministros Celso de Mello, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski fixaram entendimento no sentido de negar seguimento às Reclamações ajuizadas pelo INSS, com o fundamento de que esta via processual não seria adequada para se reexaminar o conjunto fático-probatório em que se baseavam a decisão reclamada para atestar o estado de miserabilidade do indivíduo e conceder-lhe o benefício assistencial sem seguir os parâmetros do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93;

decisões proferidas nas Rcl nº 4.422/RS de relatoria do Ministro Celso de Mello, publicada em 30/06/2006; Rcl nº 4.133/RS, Relator Ministro Carlos Britto, publicada em 30/06/2006 e Rcl nº 4.366/PE, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, publicação em 01 /06/2006.

O Ministro Sepúlveda Pertence enfatizava, quando em análise de decisões que concederam o benefício com base em legislação superveniente à Lei 8.742/93, que as decisões reclamadas não teriam declarado a constitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, mas dado interpretação a tal dispositivo em conjunto com a legislação posterior, a qual não foi objeto da ADI nº 1.232; neste sentido Rcl nº 4.280/RS, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, publicação em 30.6.2006.

Somando-se a estas, as decisões do Ministro Marco Aurélio, que sempre deixou claro seu posicionamento no sentido da insuficiência dos critérios definidos pelo § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, para fiel cumprimento do art. 203, inciso V, da Constituição.

Na Rcl nº 4.164/RS, de sua relatoria, julgada em 19 de maio de 2006, o Ministro Marco Aurélio Mello negou seguimento à Reclamação por considerar correta a decisão de 1ª instância que havia dado nova interpretação à regra da pobreza, diante da analogia com as legislações mais recentes sobre assistência.

Por fim, uma decisão paradigmática no sentido de uma argumentação principiológica, fundada no respeito ao princípio da dignidade humana, foi proferida pela Ministra Cármem Lúcia Antunes Rocha, na Reclamação nº 3.805/SP, julgada em 9 de outubro de 2006, que certificou o exame dos votos proferidos na ADI 1232 revelou que o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do art. 20 e seu § 3º da Lei nº 8.742/93, não apresentava constitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício; mas afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do art. 203, inc. V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente.

Considerou perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional, pelo Ministro Sepúlveda Pertence, naquela ocasião, no sentido de que o legislador deveria estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição.

Concluiu que o Supremo Tribunal Federal teve por constitucional a norma do art. 20 da Lei nº 8.742/93, mas não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma.

No entendimento da Ministra Carmem Lúcia, a constitucionalidade da norma legal, assim, não significaria a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde e à obrigação estatal de prestar a assistência social a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social, tenham, de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A Relatora lembra ter sido realizado no juízo o estudo social pela equipe técnica da Comarca constatando que a autora fazia uso contínuo de medicamentos, e quando estes não se encontram, por qualquer motivo, disponíveis na rede pública, teria, portanto que adquiri-los, somada a esta situação a comprovação de que a mãe da autora vivia com a pensão de um salário mínimo deixada pelo marido e também ajudava um dos filhos que igualmente não teria boa saúde mental. Apregoa que diante de tal quadro, vê-se que os rendimentos da família, face aos encargos decorrentes de medicamentos, que devem ser constantemente adquiridos para o tratamento da autora, são insuficientes para esta viver condignamente.

[...] Quer o INSS, ora Reclamante, se considere ser a definição do benefício concedido pela sentença reclamada incompatível com o quanto decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. Não é o que se tem no caso. Também afirma que haveria incompatibilidade entre aquela decisão e a norma do § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742/93. Afirma: e a miséria constatada pelo juiz é incompatível com a dignidade da pessoa humana, princípio garantido no art. 1º, inc. III, da Constituição da República; e a política definida a ignorar a miserabilidade de brasileiros é incompatível com os princípios postos no art. 3º e seus incisos da Constituição; e a negativa do Poder Judiciário em reconhecer, no caso concreto, a situação comprovada e as alternativas que a Constituição oferece para não deixar morrer à mingua algum brasileiro são incompatíveis com a garantia da jurisdição, a todos assegurada como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República). [...]

No mesmo sentido, se posicionou o Ministro Gilmar Mendes, em 1º de fevereiro de 2007, no julgamento da Reclamação nº 4.374/PE, aduzindo que da análise do percurso do Benefício Assistencial da Prestação Continuada no STF, tudo

levava a crer que, paulatinamente, a interpretação da Lei nº 8.742/93 em face da Constituição estaria sofrendo câmbios substanciais no Tribunal, não se podendo negar que a superveniência de legislação, que estabeleceu novos critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, estaria a revelar que o próprio legislador tem reinterpretado o art. 203 da Constituição da República. Os inúmeros casos concretos que são objeto do conhecimento dos juízes e tribunais por todo o país e chegava à Corte pela via da Reclamação ou do Recurso Extraordinário demonstravam que os critérios objetivos estabelecidos pela Lei nº 8.742/93 seriam insuficientes para atestar que o idoso ou o deficiente não possuiam meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Constatada tal insuficiência, os juízes e tribunais nada mais teriam feito e não teriam mesmo nada a fazer, a não ser comprovar a condição de miserabilidade do indivíduo, que pleiteia o benefício por outros meios de prova. Para o Ministro Gilmar Mendes, não se declara a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93, mas apenas se reconhece a possibilidade de que esse parâmetro objetivo seja conjugado, no caso concreto, com outros fatores indicativos do estado de penúria do cidadão e, em alguns casos, o caminho seria interpretação sistemática da legislação superveniente que estabeleceu critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais.

Aduz referido Ministro, ao final, que um entendimento contrário ressaltaria uma constitucionalidade por omissão do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, diante da insuficiência de critérios para se aferir se o deficiente ou o idoso não seriam portadores de meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, como exige o art. 203, inciso V, da Constituição; e ainda, que toda reinterpretiação do art. 203 da Constituição, que vinha sendo realizada tanto pelo legislador quanto pela Corte, poderia ser reveladora de um processo de constitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93.

De todo exposto, observa-se que a dignidade humana é utilizada como fundamento para a extensão do benefício a indivíduos que não atendiam ao critério da renda definida na lei. O princípio, então, atuou como uma razão a favor do dever do Estado de tratar todos os seus cidadãos com igual consideração e respeito.

Ronald Dworkin tem como um dos pontos fundamentais de sua teoria a concepção de igualdade. Para ele, existem liberdades básicas, cujo fundamento é o princípio do igual respeito e consideração (concepção liberal da igualdade). Ao ligar

a ideia de um direito geral de liberdade à concepção de direitos, Ronald Dworkin¹⁵⁵ refere:

Portanto, se cabe ao direito à liberdade desempenhar o papel talhado para ele no debate político, ele precisa ser um direito em um sentido muito mais forte [...]. No sentido forte que descrevi, uma reivindicação bem-sucedida a um direito tem a seguinte consequência. Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim.

Para Ronald Dworkin, imaginar a existência de um direito geral de liberdade significa adotar um conceito fraco de direito. O direito fraco é aquele que admite restrição mediante uma justificação, quer baseada em argumentos políticos quer de princípios.

Os direitos-trunfo não são direitos fracos, pelo contrário, são, justamente, os direitos fortes, que somente podem ser restringidos mediante específica justificação de princípio, justificação esta, que assuma, após todas as considerações possíveis no caso concreto, maior peso.

A titularidade, pelos indivíduos, de direitos fortes preexistentes, como é o caso do Direito a Assistência Social garantido constitucionalmente e viabilizado por meio do BPC, não seriam, nesta linha de pensamento, produtos de uma convenção nem de uma concessão dos poderes instituídos; seriam, sim, resistentes a quaisquer argumentos de metas coletivas e resistentes ainda, ao argumento de princípios que não possuam tudo considerado, mais força do que eles. Esta é a ideia que emana do igual respeito e consideração.

Destarte, os direitos-trunfo não apenas derivam do igual respeito e consideração, como compõem o seu invólucro protetor. Nas palavras de Wayne Morrison¹⁵⁶, “a posse de direitos permite que as pessoas sejam tratadas como iguais”. Nesse lume, a integridade é um conceito ligado às razões que constituem a essência das normas jurídicas e se conecta diretamente com os conceitos de justiça, de imparcialidade e de igualdade. Ao lado da justiça e do devido processo legal, existe uma terceira virtude, denominada “integridade”, que se refere ao compromisso de que o governo tem que atuar de modo coerente e fundamentado em princípios,

¹⁵⁵ **Levando os Direitos a Sério**, p. 413-414.

¹⁵⁶ **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006. P,517.

para com todos os seus cidadãos, a fim de estender a cada um os referidos padrões fundamentais de justiça e equidade.¹⁵⁷

A virtude da integridade como fundamento da justiça, no sentido mais amplo, também é colaboradora na fraternidade entre os povos, no sentido de reconhecimento recíproco das decisões políticas advindas da ação da integridade no interior do direito. Juntamente com a liberdade, a igualdade e a fraternidade, modernamente classificada como solidariedade, são os pilares da ordem jurídica.

A fraternidade nasce como uma forma de superação das divergências entre liberdade e igualdade, onde um povo radicado em ideais de solidariedade está aberto à ideia de uma sociedade regida pelo modelo da integridade.

3.3.5 Superação do legalismo simplificador e adoção de diretrizes principiológicas via tutela constitucional de hipossuficientes nos Recursos Extraordinários nº 567985 e nº 580963: entendendo a decisão da Suprema Corte

Recentemente, o BPC voltou aos palcos do Supremo Tribunal Federal em dois importantes julgados, que tiveram reconhecida repercussão geral do tema, os Recursos Extraordinários nº 567985 e nº 580963.

No primeiro, RE 580.963, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 18/4/2013, Plenário, DJE de 14/11/2013, decidiu-se que o disposto pelo art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso teria o condão de excluir os benefícios assistenciais recebidos por deficientes ou benefícios de cunho previdenciário também no valor de um salário mínimo. O argumento utilizado foi a 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.

No segundo, RE 567985, Relator Ministro Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/04/2013, Acórdão Eletrônico DJe-194 PUBLIC 03/10/2013, assentou-se no referido acordão que a decisão do STF, proferida na já mencionada ADI 1232, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS. Como a lei

¹⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**, p. 201-202.

permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e para 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 à Alimentação; a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/1997, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. Com já demonstrado, o STF, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do 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). Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993".

Assim sendo, o Plenário, por maioria, negou provimento aos Recursos Extraordinários julgados em conjunto, interpostos pelo INSS e declarou-se a inconstitucionalidade *incidenter tantum* do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93 e do parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/2003. O que significa que a declaração de inconstitucionalidade ocorreu em relação às partes que litigaram no processo onde incidentalmente se deu a declaração de inconstitucionalidade,

Prevaleceu o voto do Min. Gilmar Mendes, relator do RE 580963/PR, que ressaltou haver esvaziamento da decisão tomada na ADI 1232/DF — na qual assentada à constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 —, especialmente por verificar que inúmeras reclamações ajuizadas teriam sido indeferidas a partir de condições específicas, a demonstrar a adoção de outros parâmetros para a definição de miserabilidade. Aduziu que o juiz, diante do caso concreto, poderia fazer a análise da situação. O Ministro Celso de Mello acresceu que, conquanto excepcional, seria legítima a possibilidade de intervenção jurisdicional dos juízes e tribunais na conformação de determinadas políticas públicas, quando o próprio Estado deixasse de adimplir suas obrigações constitucionais, sem que isso pudesse configurar transgressão ao postulado da separação de Poderes.

O Ministro Gilmar Mendes aludiu que a Corte deveria revisitar a controvérsia, tendo em conta discrepâncias, haja vista a existência de ação direta de inconstitucionalidade, com efeito vinculante e, ao mesmo tempo, pronunciamentos em reclamações, julgadas de alguma forma improcedentes, com a validação de decisões contrárias ao que naquela decidido. Enfatizou que a questão seria relevante sob dois prismas: 1º) a evolução ocorrida; e 2º) a concessão de outros benefícios com a adoção de critérios distintos de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

O Ministro Luiz Fux considerou que, nos casos em que a renda *per capita* superasse até 5% do limite legal em comento, os juízes teriam flexibilidade para conceder a benesse, compreendido como grupo familiar os integrantes que contribuíssem para a sobrevivência doméstica.

No tocante ao parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, o Min. Gilmar Mendes reputou violado o princípio da isonomia. Realçou que, no referido estatuto, abrira-se exceção para o recebimento de dois benefícios assistenciais de idoso, mas não permitira a percepção conjunta de benefício de idoso com o de deficiente ou de qualquer outro previdenciário. Asseverou que o legislador incorrera em equívoco, pois, em situação absolutamente idêntica, deveria ser possível a exclusão do cômputo do benefício, independentemente de sua origem.

No RE 567985/MT, ficaram vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio, relator, que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso.

O Ministro Teori Zavascki salientou que a norma teria sido declarada constitucional em controle concentrado¹⁵⁸ e que juízo em sentido contrário dependeria da caracterização de pressuposto de inconstitucionalidade superveniente, incorrente na espécie. Além disso, se presentes mudanças na legislação infraconstitucional, tratar-se-ia de revogação de lei.

¹⁵⁸ No controle concentrado da Constituição Federal a competência para julgar é exclusiva do Supremo Tribunal Federal. A provocação deve ser feita, via ação, por um dos legitimados previstos no artigo 103, CF (Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional). A norma será analisada abstratamente, em tese, sendo o controle de sua constitucionalidade o próprio mérito da ação. A decisão, nesse caso, será aplicável para todos e vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração direta e indireta das esferas federal, estadual e municipal (não vincula a função legislativa). Dessa forma, é como se a norma fosse retirada do ordenamento jurídico, pois a partir dessa decisão não será mais aplicável para ninguém.

O Ministro Ricardo Lewandowski acrescentou que a matéria em discussão envolveria políticas públicas, com imbricações no plano plurianual. De outro lado, vencidos, no RE 580963/PR, os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que, por não vislumbrarem constitucionalidade no art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003, deram provimento ao recurso.

O Ministro Teori Zavascki, no presente apelo extremo, fizera ressalva no sentido de que a decisão do juízo de origem estaria em consonância com o posicionamento por ele manifestado.

Por fim, não se alcançou o *quorum* de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão no sentido de que os preceitos impugnados tivessem validade até 31.12.2015, consoante requerido pela Advocacia-Geral da União.

Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármem Lúcia e Celso de Mello. O Min. Gilmar Mendes rememorou a constitucionalidade por omissão relativamente ao art. 203, V, da CF e afirmou a razoabilidade do prazo proposto. Rebateu que devolver-se-ia ao Legislativo a possibilidade de conformar todo esse sistema, para redefinir a política pública do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, a suprimir as constitucionalidades apontadas.

A Min. Rosa Weber adicionou ser salutar que o Supremo, ainda que sem sanção, indicasse um norte temporal. O Min. Luiz Fux ressaltou que o STF, em outras oportunidades, já exortara o legislador para que ele cumprisse a Constituição. O Min. Celso de Mello esclareceu que o objetivo seria preservar uma dada situação, visto que, se declarada, pura e simplesmente, a constitucionalidade, ter-se-ia supressão do ordenamento positivo da própria regra. Criar-se-ia, dessa maneira, vazio legislativo que poderia ser lesivo aos interesses desses grupos vulneráveis referidos no inciso V do art. 203 da CF.

Em divergência, votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa (Presidente) e Dias Toffoli. Este último apenas no que se refere ao RE 580963/PR. O Min. Teori Zavascki mencionou que, se o Supremo fixasse prazo, deveria também estabelecer consequência pelo seu descumprimento. O Min. Ricardo Lewandowski observou que o postulado da dignidade humana não poderia ficar suspenso por esse período e que o STF deveria prestigiar a autonomia do Congresso Nacional para fixar a própria pauta.

O Presidente sublinhou que estipular prazo ao legislador abalaria a credibilidade da Corte, porque, se não respeitado, a problemática retornaria ao Tribunal. O Min. Marco Aurélio abstivera-se de votar sobre esse tópico, pois não concluirá pela inconstitucionalidade dos dispositivos.

Assim sendo, depois de calorosa discussão, o que se fez foi ratificar a ideia de que os critérios eleitos pelo legislador no que concerne ao limite de ¼ do salário mínimo são insuficientes para caracterizar a condição de miserabilidade eleita pela LOAS, devendo o magistrado apurar no caso concreto tal condição.

Registre-se, mais uma vez, que não se obteve *quorum* qualificado (2/3) para modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade para que a norma tivesse vigência postergada até 31/12/2015, prazo que, na concepção de parte dos Ministros, seria razoável para que o Legislativo suprisse a lacuna deixada pela declaração de inconstitucionalidade.

Em análise a todo contexto decisório, observa-se que posicionamento constitucional contemporâneo tem evoluído, graças à superação de um legalismo simplificador e à adoção de diretrizes principiológicas de um regime democrático. O que se pode perceber com a jurisdição constitucional é o reforço do ideal de uma Constituição viva que se renova diariamente diante da complexidade das sociedades contemporâneas.

Uma das questões basilares que se encontra no raciocínio teórico da atualidade é a relação entre democracia e direitos fundamentais. Para o desvendamento desse problema paradigmático, robustos estudos e análises da forma e dos contornos da interpretação constitucional e da validade dos Tribunais Constitucionais no desenvolvimento dos ideais de representação argumentativa.

A própria composição do STF sofreu várias alterações ao longos dos anos; desde o julgamento da ADI nº 1.232 em 1998, se vão 17 anos. Os ministros nomeados mais recentemente são mais alinhados a uma interpretação da Constituição nos moldes da teoria dos direitos fundamentais, em direção a uma teoria do direito de matriz principiológica.

Todavia, existe uma intensa crítica à supremacia judicial e à atuação das Cortes Constitucionais, principalmente com relação a sua origem não democrática, contramajoritária, em razão da falta de legitimidade para representar a sociedade.

Contudo, o cenário (neo)constitucionalista propõe a representação não somente pela via política, como também pela via argumentativa, desempenhada pelas Cortes Constitucionais.

Não se pode olvidar que a concretização da estrutura da jurisdição constitucional coincidiu com o lento e gradual processo de redemocratização brasileira, fruto do fim da ditadura militar, impulsionado pela promulgação da Constituição de 1988, que consagrou um intenso rol taxativo de direitos e garantias fundamentais, os quais incumbiam, ao poder judiciário, a proteção e consolidação dos seus efeitos, garantindo amparo de grupos não representados politicamente ou de temas relacionados ao interesse público difuso.

Essa “virtuosa ascensão institucional do poder judiciário brasileiro”, expressão cunhada por Luís Roberto Barroso¹⁵⁹, deve-se em grande parte ao processo de judicialização¹⁶⁰ de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória. Dessa forma, a Corte Constitucional passou a ser não só garantidora da legalidade, mas complementadora das normas constitucionais, proporcionando-lhes efetividade.

Nada obstante, para reflexão, impõem-se algumas perguntas: Em que medida o Supremo Tribunal Federal poderia avançar, como avançou, na interpretação da Lei Orgânica da Assistência Social, em relação ao critério de renda definido pelo legislador para a concessão do Benefício de Prestação Continuada, tendo em vista os desígnios da política assistencial do Estado e a opção do poder constituinte por um Estado Democrático de Direito? Quais as consequências destas decisões? Se a

¹⁵⁹ Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista (Syn)thesis. UERJ. ISSN 2358-4130 - v. 5, n. 1 (2012). Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 22 out. 2014. A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

lei fixara o limite de um ¼ do salário mínimo, essa opção legislativa, poderia ser alterada sob pena de se desconsiderar o orçamento público?

A aplicação dos direitos sociais em uma comunidade política que aceita a igualdade como virtude soberana, revela a igualdade como princípio constitucional e ordena, por exemplo, que pessoas com deficiência devem receber recursos do Estado em determinadas hipóteses, uma vez que a dificuldade que enfrentam em razão da grande fragilidade, aliada à pobreza em que vivem, torna mais difícil, para eles, o alcance de uma vida digna.

A Constituição é um projeto em movimento e a efetivação dos direitos sociais depende de novas interpretações e a igualdade se torna cada vez mais ambiciosa; ela exige, inclusive e principalmente, que a ideia de mínimo existencial seja superada, em um forte movimento da Assistência Social na promoção da integração dos indivíduos ao mercado de trabalho, priorizando a oferta de serviços sociais, com ênfase na capacitação profissional dos beneficiários, propiciando a eles condições de alcançarem autonomia e a tão almejada dignidade.

Há, portanto, nítida colisão entre princípios constitucionais fundamentais. De um lado, o princípio da legalidade, da política orçamentária e o equilíbrio financeiro de um sistema de Assistência Social que deve ser economicamente profícuo para poder custear a sobrevivência de milhares de brasileiros em situação de miséria.

De outro, a materialização do princípio da dignidade como centro do Estado Democrático de Direito, o que possibilitaria que o Poder Judiciário, caso a caso, verificasse se existem outros elementos aptos a demonstrar a situação de miserabilidade suscitada, além do requisito objetivo da renda *per capita*.

O papel da jurisdição constitucional na implementação das políticas públicas de Assistência Social, destinadas às pessoas marginalizadas pela lei, é de suma importância, tendo em vista que o benefício do artigo 203, V, da Constituição Federal é um direito fundamental constitucional num Estado Democrático de Direito, em que, se a justiça não é alcançada, a lei é letra morta, que não cumpre a finalidade de proteção da dignidade dos cidadãos.

Busca-se, a seguir, entender a decisão da Suprema Corte.

No caso do Benefício Assistencial de Prestação Continuada, em um primeiro momento, o STF vinha seguindo linha de raciocínio que priorizava a decisão objetiva do legislador e a própria decisão da Corte que reconhecia a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/1993 em sede de controle abstrato; e depois, no

entanto, passou a decidir em favor da solução dada pelo magistrado ao caso concreto, ignorando o critério tarifado trazido pelo legislador.

Quando do julgamento do recente e já mencionado RE nº 567.985, o Ministro Gilmar Mendes definiu a contradição vivida pela Corte:

Nós estamos vivendo um momento – vamos dizer assim, perdoe-me a palavra – de uma certa esquizofrenia institucional, porque, de um lado, dizemos que temos a ADI com efeito vinculante, ao mesmo tempo, nas reclamações, nós estamos julgando-as de alguma forma improcedentes, ou indeferindo a liminar, e validando as decisões contrárias ao que foi decidido na ADI.

Na verdade, a rigor, não há como simplesmente desconsiderar o critério fixado pelo legislador, cuja constitucionalidade foi inclusive reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de típica situação de conflito entre valores constitucionalmente protegidos, cuja solução já foi dada *in abstrato* pelo Legislativo, que instituiu regras (não princípios) para seu deferimento.

Nesses casos, ao Judiciário só restaria duas alternativas, quais sejam, declarar a inconstitucionalidade do ato normativo em questão; ou respeitar a opção legislativa em observância ao princípio formal da competência decisória do legislador.

Ocorre que o que aconteceu foi uma declaração de inconstitucionalidade parcial, que se deu sem pronúncia de nulidade, o que equivale dizer que seus efeitos são *ex nunc*, ou seja, não retroagirão. Sendo assim, cabe ao STF ainda proceder à modulação dos efeitos dessa decisão, eis que, se a norma não foi tida por nula, o judiciário tem que dizer a partir de quando ela não estará mais vigorando.

E quanto a esse aspecto, o STF ainda não chegou a um termo, ficando a questão ainda pendente de decisão, eis que não foi atingido o *quorum* para essa modulação, havendo a tendência de se considerar a validade da norma até 31/12/2015 (foram até agora proferidos 05 votos a favor dessa aplicação), conforme excerto que segue:

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e declarou incidenter tantum a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93. Vencidos, parcialmente, o Ministro Marco Aurélio (Relator), que apenas negava provimento ao recurso, sem declarar a inconstitucionalidade da norma referida, e os Ministros Teori Zavascki e Ricardo Lewandowski, que davam provimento ao recurso. Não foi alcançado o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão para que a norma tivesse validade até 31/12/2015. Votaram pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber,

Luiz Fux, Cármem Lúcia e Celso de Mello. Votaram contra a modulação os Ministros Teori Zavascki, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente). O Relator absteve-se de votar quanto à modulação. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redigirá o acórdão o Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 18.04.2013.

Deste modo, como fica a análise desse requisito nos âmbitos judicial e administrativo até que o STF module os efeitos dessa decisão? E como ficam os efeitos financeiros dos benefícios requeridos anteriormente a essa mudança de posicionamento do STF?

Primeiramente destaca-se que, desde a edição da Lei nº 8.742/1993, em razão de sua presunção de constitucionalidade, passando pela ADI 1.232-1/DF que declarou a constitucionalidade com efeitos *erga omnes* e até abril/2013, com a mudança de posicionamento do STF, era válido e apropriado se exigir a observância do requisito objetivo da renda *per capita*.

Portanto, a primeira conclusão que se pinça para os benefícios requeridos até abril/2013 é que não se poderia falar em ato ilegal da Administração Pública na negativa dos benefícios que não atendiam ao critério objetivo de renda *per capita* inferior a ¼ do salário mínimo. O INSS, administrador do benefício, tinha a seu favor a presunção de constitucionalidade da norma e uma decisão em ADI com efeitos *erga omnes*. Mais segurança jurídica do que isso impossível. Ainda assim, mesmo após os recentes julgados pode-se afirmar que continua eivada de licitude a exigência de observância desse requisito, já que o STF ainda não modulou os efeitos dessa decisão.

Para embasar a afirmação, cita-se a solução adotada no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, que tratou sobre o sistema de precatórios e onde o STF, embora tenha declarado a inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (que dispunha sobre a incidência dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança), ainda não modulou os efeitos da decisão; como bem pode ocorrer com a matéria aqui tratada referente à exigência do critério objetivo renda *per capita* na concessão do benefício assistencial.

Segundo apontado pelo Ministro Luiz Fux, Redator para Acórdão na ADI 4.357, devem os Tribunais dar imediato cumprimento aos pagamentos em curso, segundo sistemática vigente à época, haja vista a possibilidade de haver a modulação temporal no julgamento, *verbis*:

Destarte, determino, ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro. Expeça-se ofício aos Presidentes de todos os Tribunais de Justiça do País. (STF, ADI 4.357/DF, Min. LUIZ FUX, DJe de 15/04/2013).

Em síntese, o que se decidiu em sede de medida acautelatória foi que, não obstante a decisão do STF pela declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, ela não tinha aplicação imediata, eis que precisaria primeiro da modulação de seus efeitos para saber acerca de sua aplicação no tempo. Sendo assim, e em razão da presunção de constitucionalidade que goza a lei, determinou-se que, para não haver paralisação da atividade jurisdicional, que se continuasse aplicando a lei que fora declarada inconstitucional pelo próprio STF. E esse entendimento foi ratificado em Reclamação posterior (Medida Cautelar na Reclamação 16.745/SC) onde foi deferida liminar, pelo Ministro Teori Zavascki, para determinar o sobrerestamento do AI 1.417.464-AgR/RS, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, que aplicava, de imediato, a decisão proferida nas referidas ações ditas de inconstitucionalidade.

Adotando esse paradigma, pode-se afiançar que ainda não pode ser afastada a exigência de observância do requisito renda per capita para concessão do benefício assistencial, sobretudo em virtude da proposta até o momento vencedora de emprestar à decisão que declarou o dispositivo parcialmente inconstitucional efeitos para o futuro, possibilitando que a norma tivesse validade até 31/12/2015.

Mesmo que assim não se entenda, o mínimo que se poderia, então, exigir na aplicação dessa decisão, é que ela só surta efeitos a partir de 18/04/2013, eis que já foi declarado seu efeito *ex nunc* e anteriormente a essa data havia a presunção de constitucionalidade do dispositivo, ratificado por uma ADI com efeito para todos.

Os benefícios assistenciais, requeridos anteriormente à data de 18/04/2013, e que não cumpriram o critério objetivo de $\frac{1}{4}$ da renda familiar, devem continuar a ser indeferidos; cabendo aos requerentes proceder a novo pedido administrativo, deste modo, com a possibilidade de eventual flexibilização da exigência do critério objetivo.

As decisões judiciais que, porventura, julguem procedentes os pedidos de concessão dos benefícios assistenciais requeridos anteriormente à decisão em comento, sem o cumprimento do critério objetivo de renda per capita, devem limitar

os efeitos financeiros da decisão a partir de 18.04.2013, data da inovação no mundo jurídico com a mudança de rumo dada pelo STF.

4 DIREITO A TER DIREITOS CAPAZES DE SEREM EFETIVADOS ENQUANTO IDEAL DE IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO

A crise de efetividade das políticas públicas e, necessariamente, dos direitos fundamentais sociais está, por certo, intimamente ligada à maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas. Quanto maior a escassez de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação; esta irá desaguar no processo de administração das políticas públicas em geral, seja no campo de atuação do legislador, seja na esfera administrativa ou, ainda, e inclusive, na ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados.

4.1 Normas: princípios e regras

Na ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados, encontra-se o choque de interesses constitucionais, que é uma das características primordiais das chamadas sociedades pluralistas; se a Constituição quiser preservar sua força regulatória, em uma sociedade pluralista, não pode ser vista como um texto acabado ou definitivo, mas sim como projeto em contínuo desenvolvimento.¹⁶¹

A reflexão de Gustavo Zagrebelsky¹⁶² sobre o papel da Constituição na sociedade moderna caminha no mesmo sentido; para ele, as sociedades pluralistas atuais são sociedades marcadas pela presença da diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes; contudo, nenhum grupo tem força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado. As sociedades dotadas, em

¹⁶¹ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 4.

¹⁶² ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta S.A., 1999, p. 13.

seu conjunto, de certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.

No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente.¹⁶³

Não se pode decidir uma determinada questão sem perceber a diferença estrutural das normas ou dos fenômenos envolvidos. A decisão deve estribar-se em critério forte de razoabilidade e proporcionalidade.

Para Humberto Ávila¹⁶⁴, a proporcionalidade determina que um meio deva ser adequado e necessário; entre todos os meios adequados prevalece aquele menos restritivo em relação de proporcionalidade relativamente ao fim instituído pela norma.

A condição negativa consubstancia-se no sub-elemento da proporcionalidade em sentido estrito (elemento da proibição de excesso), que exige que o meio e o fim devam estar em uma relação de proporção. A condição positiva traduz-se na ponderação dos interesses, que estão (estaticamente) em posição de contraposição, os quais devem ser ponderados de tal forma que a coordenação entre os bens jurídicos constitucionalmente protegidos possa atribuir máxima realização a cada um deles.

Essa é a chamada concordância prática da qual se ocupou Konrad Hesse¹⁶⁵ com clareza: “A fixação de limites deve ser proporcional no respectivo caso concreto;

¹⁶³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia, p. 16.

¹⁶⁴ ÁVILA, Humberto. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ -Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001.pág. 27.

¹⁶⁵ HECK, Luís Afonso. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20 ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 28. O princípio da concordância prática afirma que a aplicação de uma norma constitucional deve realizar-se em conexão com a totalidade das normas constitucionais; as normas constitucionais devem ser interpretadas em uma unidade de modo a evitar contradições entre elas. Hesse ao definir o princípio da concordância prática, afirma expressamente que, na solução de problemas jurídicos, os bens constitucionalmente protegidos devem ser coordenados uns com os outros, de tal forma que todos ganhem realidade. Na sequência, completa seu pensamento afirmando que onde surjam colisões, não se pode, mediante uma precipitada ponderação de bens ou muito menos uma abstrata ponderação de valores, realizar um bem jurídico constitucionalmente protegido a custa do outro. O princípio da concordância prática impõe uma determinação de limites a esses bens jurídicos em colisão de tal forma que, em consonância com o princípio da proporcionalidade, ambos ganhem uma realização ótima. A proporcionalidade nestes casos representa, segundo o autor, uma relação entre grandezas variáveis e apenas se justifica aquela que melhor realiza a tarefa de otimização.

elas não podem ir além do necessário para que possa ser estabelecida a concordância de ambos os bens jurídicos".

A ponderação de bens vem justamente buscar a realização positiva da chamada "concordância prática" a que se refere Konrad Hesse.

Tais avanços, aqui apresentados de forma bem singela e resumida, proporcionam a queda do método subsuntivo, um dos sustentáculos mecânicos do positivismo legalista e colocam em cena a ponderação de interesses, pautada no princípio da proporcionalidade e na divisão do gênero norma jurídica em princípios e regras.

Em Ronald Dworkin¹⁶⁶, as regras são mandamentos prescritíveis aplicados mediante subsunção. Dados os fatos regulamentados por uma regra, ou ela é considerada válida, incidindo pelo sistema "tudo ou nada" ou é considerada inválida e afastada do ordenamento. Em Norberto Bobbio¹⁶⁷ o conflito entre regras é resolvido pelos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia.

Já os princípios possuem alta carga valorativa a ser otimizada no caso concreto. Por isso, são mandamentos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas existentes. O eventual conflito entre princípios é solucionado pelo princípio da proporcionalidade e seus três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.¹⁶⁸

Em resumo, uma medida é adequada quando o ato analisado se presta à realização, ainda que parcial, do fim almejado. É necessária quando não haja meio diverso que atenda a realização do mesmo fim e, ao mesmo tempo, afete menos os direitos fundamentais contrapostos. Por fim, é proporcional em sentido estrito quando os fins obtidos são de peso proporcionalmente equivalente aos meios adotados, ou quando o sacrifício de um dos princípios é equivalente ao grau de satisfação do outro.

¹⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p. 92.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.118.

4.2 O dever do Estado de proporcionar o mínimo existencial

O título já expressa um posicionamento. A despeito de todo arcabouço de decisões do Tribunal Constitucional brasileiro acerca do Benefício de Prestação Continuada apresentado até aqui, faz-se necessário, também, para fechar e amarrar as pontas, afirmar a existência do dever do Estado de proporcionar um mínimo existencial.

Tal afirmação pode ser fundamentada em uma paradigmática decisão proferida pelo Tribunal Federal da Alemanha¹⁶⁹, em 1954, acerca da necessidade de se garantir condições materiais mínimas para a existência das pessoas.

Constata-se que o tema, apesar de receber abordagens distintas, aparece nas proposições de todo aquele que versa, em última análise, sobre a própria existência humana. Sem intenção de excluir outras possibilidades, no presente estudo serão trazidas algumas contribuições teóricas elaboradas por John Rawls e Michael Walzer; na obra desses dois autores pode-se encontrar fundamento para a defesa de um mínimo existencial.

Desde já, adverte-se que a intenção não é trazer todos os aspectos dos estudos pinçados, o que seria um objetivo inalcançável. Tampouco este será o espaço para assentar as críticas realizadas a cada posicionamento. O propósito é apenas localizar, nos dois arcabouços teóricos, a concepção de um mínimo existencial, a fim de constatar que a preocupação com as condições para a existência das pessoas permeia em distintas matrizes filosóficas.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde**: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 20. De acordo com o Professor Ingo Wolfgang Sarlet, o primeiro jurista alemão no período pós-guerra a identificar um direito ao mínimo existencial foi Otto Bachof. A formulação baseava-se no princípio da dignidade humana, partindo da ideia de que a sua realização plena não dependia apenas da proteção da liberdade, mas, igualmente, de um mínimo de segurança social, uma vez que o indivíduo desprovido de recursos materiais que lhe permitissem viver adequadamente não teria sua dignidade respeitada; em 1954, o Tribunal Federal Alemão reconheceu a um cidadão carente o direito subjetivo a recursos materiais propiciados pelo Estado, fundamentando sua decisão no princípio da dignidade humana, e nos direitos à vida e à liberdade.

4.2.1 John Rawls: O mínimo social e o princípio da diferença

Os estudos de John Rawls são de grande importância para analisar as razões de existência do Estado, sua legitimidade e seu compromisso com a justiça. Em 1971, o livro “Uma teoria da justiça” fez ressurgir o debate sobre a teoria do contrato social, reavivando a teoria política contratualista com uma visão substantiva de justiça. Trata-se de uma argumentação derivada das proposições de Kant, Locke e Rousseau. Na primeira parte da obra, John Rawls afiança que, embora a sociedade seja um empreendimento cooperativo, é também marcada por um conflito de interesses.

Assim, para a comunidade humana ser viável, exige-se o estabelecimento de princípios que ordenem a sociedade através de uma concepção de justiça. Nesse sentido, os princípios de justiça “fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social”.¹⁷⁰

Para John Rawls, uma sociedade bem ordenada é aquela regulada por uma concepção pública de justiça, voltada a promover o bem dos seus membros. Refere-se a uma sociedade na qual todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça e às instituições sociais básicas, proporcionam a total satisfação destes princípios. Seria uma concepção de justiça partilhada, sobre a qual se estabelece o vínculo de uma convivência cívica. Trata-se de uma concepção de justiça que constitui a carta fundamental de uma associação humana bem-ordenada.

Os princípios de justiça são as primeiras escolhas a serem feitas, pois influenciarão toda a estrutura básica da sociedade¹⁷¹ e essas decorrem do consenso original. Na posição original, equivalente a um “estado de natureza”, as pessoas são livres e iguais. A liberdade se traduz em uma independência e ausência de coação e a igualdade significa igual oportunidade de argumentar e igual valor, sem concepções morais anteriores capazes de patrocinar interesses egoístas. Possuem

¹⁷⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 05.

¹⁷¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: ática, 2000, p. 309. A estrutura básica é entendida como a maneira pela qual as instituições sociais se encaixam num sistema, e a forma pela qual essas instituições distribuem os direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios gerados pela cooperação social. desse modo, a constituição política, as formas legalmente reconhecidas de propriedade e a organização da economia, assim como a natureza da família, são todas parte da estrutura básica.

uma autonomia racional e um senso de justiça para descobrir os melhores princípios para si e para a cooperação social.

Para assegurar a ideia de igualdade, John Rawls afirma que, na posição original, as pessoas devem estar encobertas por um véu, que ele chama de “véu da ignorância”; nessa situação hipotética, que neutraliza o fato do pluralismo (significando que, em qualquer democracia, há uma enorme diversidade de interesses e pessoas, da mesma forma que variadas perspectivas através das quais as pessoas observam e compreendem o mundo) “ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o status social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes.”¹⁷² São pessoas em condições de igualdade, racionais e que têm as mesmas condições nas propostas e escolhas dos princípios.

Os princípios de justiça, sobre os quais há consenso na situação inicial e que formam a justiça como equidade para John Rawls, seriam dois: o primeiro exige a igualdade da atribuição de deveres e direitos básicos; enquanto o segundo afirma que as desigualdades econômicas e sociais, por exemplo, desigualdades de riqueza e autoridade, são justas apenas se resultam em benefícios compensatórios para cada um e, particularmente, para os membros menos favorecidos da sociedade.

O enunciado dos princípios assim se apresenta:

O primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.¹⁷³

O primeiro princípio, que é o princípio da liberdade, tem primazia sobre o segundo e, por isso, John Rawls é considerado um liberal. As liberdades básicas¹⁷⁴ referidas são: a liberdade de pensamento e a liberdade de consciência; as liberdades políticas e a liberdade de associação; as liberdades incluídas na noção de liberdade e de Integridade da pessoa; e, finalmente, os direitos e liberdades protegidos pelo Estado de direito.

¹⁷² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 13.

¹⁷³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 16.

¹⁷⁴ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 45.

Tais liberdades básicas devem ser distribuídas igualmente, a fim de alcançar-se a maximização da liberdade individual. Admite-se diferenciação apenas para beneficiar os menos favorecidos.

O segundo princípio denomina-se princípio da diferença; a ideia é de que a ordem social não deve estabelecer e assegurar as perspectivas mais atraentes dos que estão em melhores condições a não ser que, fazendo isso, traga também vantagens para os menos afortunados.

O princípio da diferença interpreta-se da seguinte maneira:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.¹⁷⁵

Esse princípio relaciona-se com a distribuição dos bens na sociedade e determina que a todos deva ser garantida uma posição de igual oportunidade. Revela-se uma ferramenta de reparação das desigualdades não merecidas, devendo se oferecer um tratamento especializado àquelas pessoas oriundas de posições sociais desfavoráveis e àqueles com menos dons e habilidades de berço.

John Rawls admite haver tendência ao acúmulo de riqueza e poder, distorcendo a igualdade de oportunidades. Propõe, então, que o Estado supervisione a atividade econômica, de modo a preservar a igualdade equitativa de oportunidades, inclusive garantindo um mínimo social:

[...] suponho que há uma igualdade de oportunidades que é equitativa (em oposição a uma igualdade formal). Isso significa que, além de manter as formas habituais de despesas sociais básicas, o governo tenta assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público. Também reforça e assegura a igualdade de oportunidades nas atividades econômicas e na livre escolha de trabalho. Isso se consegue por meio da fiscalização de empresas e associações privadas e pela prevenção do estabelecimento de medidas monopolizantes e de barreiras que dificultem o acesso às posições mais procuradas. Por último, o governo garante um mínimo social, seja através de um salário-família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo).¹⁷⁶

¹⁷⁵ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. p. 80.

¹⁷⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 303-304.

Neste sentido, Ana Paula de Barcellos¹⁷⁷ preleciona que posição equitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que John Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença, mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele mínimo existencial inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura.

John Rawls acena para um mínimo social também ao tratar do problema da justiça entre gerações, defendendo que a geração presente deveria realizar uma poupança para capacitar a geração futura, estendendo as perspectivas dos menos favorecidos e garantindo-lhes um mínimo social. Cada geração deve, não apenas preservar os ganhos de cultura e de civilização e manter intactas aquelas instituições justas que foram estabelecidas, mas também poupar a cada período de tempo o valor adequado para a acumulação efetiva de capital real.

O mínimo social, montante do investimento, “deve ser fixado no ponto que, levando-se em conta os salários, maximize as expectativas do grupo menos favorecido.”¹⁷⁸

Ainda que garantido o mínimo social para a satisfação das necessidades básicas, trata-se de capítulo a ser escrito por uma legislação justa. Isso porque as liberdades básicas podem ser garantidas a toda pessoa; mas, as posições econômicas e sociais, não.¹⁷⁹

O mínimo social implica a distribuição de bens e entradas econômicas; agraga-se ao segundo princípio de justiça, que regula as questões de desigualdades sociais e econômicas, fazendo com que o mínimo social caia na esfera de competências do legislador.

A noção de mínimo social assume um papel de destaque na obra “O Liberalismo político”, publicada em 1993, em que expressa com clareza:

O primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos

¹⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 114.

¹⁷⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**, p. 315.

¹⁷⁹ HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. Curitiba, 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequence=1>>. Acesso em mar 2014, p. 18.

cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades.¹⁸⁰

Somente assegurando o mínimo social os indivíduos podem compreender e fruir direitos e liberdades. A ideia de John Rawls é que abaixo de certo nível de bem-estar material e social, e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais.

A distinção entre o mínimo social para a satisfação das necessidades básicas e o princípio da diferença é tratada por John Rawls¹⁸¹ na mesma obra conforme descreve Ana Paula de Barcellos

O mínimo social, passa a ser “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo, ao passo que o desenvolvimento do princípio da diferença continua sendo de competência do legislador. A consequência jurídica desta diferenciação é o reconhecimento da natureza constitucional da garantia do mínimo existencial¹⁸²”

Pela sua essencialidade para o exercício da liberdade, o mínimo social é situado fora da estrutura dos dois princípios, como um pressuposto lógico da construção. Nesse sentido, cada homem deve dispor de um conjunto mínimo de condições materiais para que a decisão no estado original seja verdadeiramente equitativa.

Embora o mínimo social passasse a ser um conteúdo constitucional essencial, o que denota estar deduzido da competência dispositiva do legislador e ser obrigatório seu reconhecimento pelos juízes, Rawls não deixa claro se se trata de um direito fundamental; não resta claro, em razão dos conteúdos constitucionais essenciais de uma ordem democrática e constitucional, quem teria um direito fundamental ao referido mínimo social.

Tom Campbell¹⁸³, analisando a contribuição de John Rawls, afirma que um ponto positivo na teoria é a relação entre justiça e bem-estar, pois a justiça mantém

¹⁸⁰ RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 49

¹⁸¹ RAWLS, John. **O liberalismo político**, p. 279

¹⁸² BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 115.

¹⁸³ CAMPBELL, Tom. **La justicia**: los principales debates contemporáneos. Trad. Silvina Álvarez.

laços firmes com o tratamento das pessoas mais necessitadas. O princípio da diferença cuida para que as desigualdades sejam permitidas apenas para beneficiar pessoas menos favorecidas, no sentido de um espírito igualitário cunhado na solidariedade.

Do acima exposto e em resumo, a evolução do pensamento de John Rawls, que se pretende destacar aqui, parte de uma consideração da justiça distributiva globalmente considerada (o princípio da diferença e seus elementos: maximização do bem estar dos menos favorecidos, posições e funções abertas a todos e igualdade equitativa de oportunidades) que constitui, do ponto de vista jurídico, fins estabelecidos pelo constituinte e dirigido ao legislador.

Já na segunda fase, Rawls distingue, dentro do princípio da diferença, um conteúdo mínimo, ao qual conferirá *status* de direito subjetivo constitucional, embora não utilize essa expressão nem especifique qual o conteúdo material deste mínimo.

O mínimo existencial deixa de ser um fim a se atingir pela atuação do legislador para se transformar em um direito constitucionalmente protegido, independente de intervenção legislativa. As prestações que representam um algo a mais a este mínimo continuam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberá promover as políticas de justiça social, que realizem, de forma mais ampla, a justiça distributiva.

Vale ressaltar que, no Brasil, na mesma linha de John Rawls, Ricardo Lobo Torres¹⁸⁴ desenvolveu um conceito análogo em que entende o mínimo existencial como o conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade.

Para Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial é percebido como parcela mínima das condições materiais sem a qual o homem não sobrevive e se encontra efetivamente distinto dos direitos econômicos e sociais. O mínimo existencial em sua percepção é direito pré-constitucional decorrente do direito básico de liberdade, tem validade *erga omnes*, atinge todos os indivíduos e é diretamente sindicável. Os direitos econômicos e sociais, por outro lado, fundamentam-se não na ideia de liberdade, mas na de justiça social, e dependem da concessão do legislador.

Encerrando a ideia, percebe-se que o referido mínimo social e o mínimo existencial são, portanto, equivalentes e que, na teoria da justiça de John Rawls, cabe ao Estado, a garantia de um mínimo existencial, sendo este compreendido

Barcelona: Gedisa, 2002, 128-130.

¹⁸⁴ TORRES. Ricardo lobo. **Direitos humanos e a tributação**. Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 121 e ss.

como elemento constitucional essencial, distinto do princípio da diferença. A percepção da imprescindibilidade do mínimo existencial para o exercício da liberdade transforma-o em pressuposto lógico da construção teórica.

As políticas públicas sociais implementadas a partir de 1988, no Brasil, beneficiam milhares cidadãos e se constituem políticas de proteção social, que objetivam garantir um mínimo de dignidade, sendo aceitos por toda sociedade brasileira e reconhecidos a nível internacional.

Nesse aspecto, podem as políticas públicas ser classificadas como uma concepção política de justiça do pensamento de John Rawls, haja vista que buscam assegurar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade brasileira, de forma equitativa e de igualdade de oportunidades.

O programa de Benefício de Prestação Continuada (BPC) pode ser, assim, classificado dentro de uma concepção de justiça distributiva rawlsiana, beneficiando mais de 2 milhões de pessoas com deficiência e mais 3 milhões e oitocentos mil idosos, perfazendo a importância de mais de 18 bilhões de reais em pagamentos de benefícios à população.¹⁸⁵

O Estado Constitucional tem como objetivo garantir os direitos sociais, com fundamento em políticas públicas cuja finalidade é acabar com as desigualdades sociais, permitindo o exercício dos direitos sociais de forma ampliada e coletiva. A garantia dos direitos assegurados constitucionalmente é dever do Estado como meio de promoção da justiça social e com a finalidade de proteção dos direitos fundamentais constitucionais, que se resume em uma vida digna ao cidadão brasileiro, na redução das desigualdades sociais e na construção de uma sociedade justa e solidária.

Portanto, o Estado tem o dever de atender às políticas públicas delineadas no Estado Constitucional, mediante programas que concretizem a liberdade, segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a efetiva realização dos direitos fundamentais, em especial, a assistência aos desamparados.

¹⁸⁵ Fonte: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – Mês Julho 2013: Pessoas com deficiência: 2.083.644; Pessoas idosas: 3.873.052; Recurso Pagos no ano: R\$ 18.123.281.276.

4.2.2 A moralidade mínima de Michael Walzer: um conjunto de direitos básicos

Michael Walzer é classificado em geral como um comunitarista. A escola comunitarista desenvolveu-se de forma especial a partir do final da década de 70, no contexto da crítica do modelo liberal-assistencialista norte-americano e as suas consequências em termos de custo para a sociedade. A ideologia comunitarista centra seus interesses nas comunidades e na sociedade e não no indivíduo. Eles creem que as comunidades são à base de todas as soluções para um mundo melhor e que o liberalismo não vem conferindo a importância que elas merecem, devido ao individualismo defendido pelo sistema liberal.

Enquanto filosofia política, a filosofia de Michael Walzer opõe-se ao liberalismo filosófico, pois crê que a vida boa deve ser uma perspectiva de cada contexto específico e a partir da prática cotidiana dos indivíduos.

Michael Walzer foi um dos principais teóricos a rebater a teoria da justiça rawlsiana; entretanto, aproxima-se de Rawls, na medida em que, também, procura descrever uma sociedade mais justa, embora sob uma ótica diversa.

Também para Michael Walzer, a diferença entre os homens é natural na sociedade, não sendo em si mesma injusta; a justiça no âmbito da sociedade está na ausência de subordinação ou dominação; mais precisamente, seu objetivo é descrever uma sociedade em que nenhum bem social serve ou pode servir como instrumento de dominação.

Uma sociedade igualitária não pode pretender que todos sejam iguais e possuam as mesmas coisas, porque esse é um objetivo inalcançável. Em termos políticos e morais, todos são iguais quando estão livres dos mecanismos de dominação e podem, livremente, viver segundo os seus interesses e capacidades. Nesses termos, tem-se uma forma de igualdade complexa, que reconhece e respeita as diferenças entre os seres humanos e cuja pretensão de igualdade tem como cerne o reconhecimento de igual consideração e respeito.

Michael Walzer combate à ideia de um ideal único de justiça para os povos, pois cada grupo possui suas próprias razões e seus próprios interesses. Se se desdobrasse a justiça em suas diversas esferas, ter-se-ia uma compreensão bem mais satisfatória das diversas demandas das pessoas, seja o trabalho, o lazer, o poder político, a educação etc. Nesse sentido, a análise de qualquer um desses

aspectos não pode vir de outro lugar que não seja entre os cidadãos que compartilham suas vidas. A responsabilidade de um indivíduo é sempre com alguma outra pessoa e sempre aprendida com alguma outra pessoa.

Michael Walzer constrói a base de sua filosofia a partir da ideia de esferas da justiça ou bens sociais compartilhados, como possibilidade real de bem-estar ou mesmo de justiça num espaço geográfico delimitado, qual seja, a comunidade.

As contribuições de Michael Walzer também indicam a defesa de um núcleo mínimo de direitos inerentes à sobrevivência do homem. O autor se preocupa com a organização de uma sociedade justa, caracterizada pela ausência de subordinação ou dominação. Enfatiza a comunidade em detrimento do indivíduo, questionando a validade de concepções universais de sujeito e de justiça que ignoram a multiplicidade das identidades presentes na sociedade.

Na obra *Esferas da Justiça*¹⁸⁶, publicada originalmente em 1983, Michael Walzer defende que os princípios da justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais, o inevitável produto do particularismo histórico e cultural.

Para entender como devem ser distribuídos os bens sociais, é preciso passar, rapidamente, pela teoria dos bens elaborada por Michael Walzer¹⁸⁷, composta de seis premissas, a saber: a) os bens de que trata a justiça distributiva são sociais, não podendo ser compreendidos individualmente; b) os indivíduos assumem identidades concretas advindas de suas relações com os bens sociais; c) não há um conjunto de bens essenciais para todos os mundos morais e materiais, pois os bens recebem significados distintos em cada comunidade. d) os significados dos bens determinam a forma de sua distribuição; e) sendo históricos os significados, as formas de distribuição igualmente mudam ao longo do tempo; f) os bens sociais constituem esferas distributivas com critérios e princípios próprios.

Para lidar com a multiplicidade de bens e de critérios de distribuição, Michael Walzer, na obra “Esferas da justiça” constrói a teoria da igualdade complexa, a partir de uma concepção de homem diferente da concepção liberal.

Cada bem social (poder político, honra, dinheiro, saúde, lazer, trabalho e educação, por exemplo) deve ser distribuído conforme as concepções

¹⁸⁶ WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 05.

¹⁸⁷ **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade, p. 06-10.

compartilhadas na comunidade; culturas diferentes elaboram significados diversos acerca dos bens sociais e os distribuem através de distintos princípios e agentes.¹⁸⁸

Um conjunto de bens sociais forma uma esfera autônoma, dotada de critério peculiar de distribuição. A justiça é a distribuição distinta desses bens considerando o particular valor que possuem. Não considerar os diferentes critérios das diferentes esferas de bens sociais significa tirania.

O autor busca evitar que uma esfera domine as demais. A igualdade complexa, então, estabelece a vedação de domínio dos diferentes processos distributivos, pois a posse de um bem não pode contaminar as demais esferas da justiça.

Em termos formais, a igualdade complexa significa que a situação de nenhum cidadão em uma esfera ou com relação a um bem social pode definir sua situação em qualquer outra esfera, com relação a qualquer outro bem.

Para evitar a dominação e, consequentemente, a injustiça, deve-se impedir a conversibilidade dos bens, mantendo as esferas e seu critério de distribuição autônomo. Afinal, a injustiça “aparece quando um bem social predominantemente viola a autonomia destas esferas e rompe com a significação do processo distributivo.”¹⁸⁹

Michael Walzer indica três critérios de distribuição de bens: a troca em um mercado livre (através do dinheiro), o mérito e a necessidade¹⁹⁰. Há, ainda, um quarto critério caracterizado, em verdade, como a ausência de critério, que abrange bens aos quais o acesso deve ser irrestrito e geral.

Ao enunciar os critérios de acesso às diferentes esferas no âmbito das democracias liberais ocidentais, Michael Walzer identifica a necessidade como um critério à assistência social e a igualdade simples como via de acesso à educação básica.¹⁹¹

Indica-se que a esfera da segurança e do bem-estar social, que envolve prestações comunitárias (água, alimentos, saúde pública e sistema de justiça) rege-se pelo princípio da necessidade: seja qual for à decisão final, sejam quais forem os

¹⁸⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 123.

¹⁸⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 126.

¹⁹⁰ WALZER, Michael. **Esferas da justiça:** uma defesa do pluralismo e da igualdade, p.25-32.

¹⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais e o princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 154.

motivos, fornece-se segurança porque os cidadãos precisam dela. E já que, em certo nível, todos precisam dela, o critério da necessidade continua sendo padrão fundamental, mesmo que não seja possível definir prioridade e grau.

A obra de Michael Walzer enfatiza a dimensão social ou coletiva do indivíduo, que se forma no âmbito da comunidade política com a qual o indivíduo compartilha memórias, valores e perspectivas de futuro. Todavia, na obra *Thick and Thin Moral argument at home and abroad*, de 1994, a marca do relativismo é amenizada. Apesar das múltiplas culturas, identifica-se uma moralidade mínima entre os membros das diversas comunidades; afinal, todos são humanos.

De tal modo, são diferenciadas duas porções de argumentos morais, a primeira é a moralidade mínima ou nuclear, associada ao aspecto universal do indivíduo, que é sua própria humanidade. Ao lado desta, há a moralidade máxima ou plena, que decorre da vida comunitária.

A moralidade mínima relaciona-se a valores comuns compartilhados por qualquer ser humano, independentemente de sua cultura. Esse universalismo moral deve ser entendido em termos mínimos; uma vez que os elementos comuns são limitados, em face da pluralidade e da singularidade dos modos organizacionais e dos significados sociais atribuídos aos bens. Por sua vez, a moralidade densa vincula-se aos valores de pessoas que compartilham uma história e uma cultura; trata-se da densificação dos valores comuns.

O universalismo minimalista trata apenas de características reiteradas das moralidades particulares densas ou máximas ou da abstração de práticas reiteradas. Então, a moralidade mínima não é imposta, visto decorrer de entendimentos partilhados repetidos nas comunidades. Por essa razão, o maximalismo antecede o minimalismo, pois os significados minimalistas estão arraigados na moralidade máxima. A moralidade mínima deve ser entendida em conexão com o particularismo, visto que revela a existência de uma justaposição de aspectos comuns das moralidades densas.

Portanto, há um núcleo de valores comuns, mas que deve ser compreendido em conjunto com sua forma de realização nas diferentes culturas. Os direitos humanos compõem a moralidade mínima, mas não se pode esquecer que é na qualidade de membro de uma determinada comunidade que os indivíduos gozam de seus direitos. Desta forma, a distinção entre moralidade mínima e máxima concilia direitos universais com uma posição particularista. Esse dualismo passa a ser

elemento interno marcante da moralidade, que advém da própria caracterização da sociedade humana (que é universal por ser humana e particular por ser sociedade).

Michael Walzer não trata expressa ou diretamente de um mínimo existencial: entretanto, em vários momentos, em seus textos, acaba por reconhecer que há um conjunto de direitos mínimos do homem decorrentes de sua humanidade: daí sua universalidade; sem esses direitos mínimos o indivíduo perde a capacidade de se tornar membro da comunidade e de compartilhar o que quer que seja com os demais homens.

Ainda, é possível utilizar a conciliação do universal com o particular, proposta por Michael Walzer, no tratamento do mínimo existencial. Protege-se um conjunto universal de bens, mas o modo de realizar tal proteção depende de cada contexto.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos¹⁹²:

Embora Walzer não trate de forma sistemática da moralidade mínima acaba por identificá-la com um conjunto de direitos básicos do homem, dentre os quais estariam às condições materiais elementares que possibilitam aos indivíduos participar efetivamente da comunidade. Essa moralidade mínima funcionaria como um limite ao poder deliberativo da sociedade.

A conclusão a que se chega é que tanto para John Rawls quanto para Michael Walzer, ainda que tenham partido de pontos distintos e percorrido uma estrada diferente, em algum momento da caminhada reconhecem que assegurar o mínimo existencial é indispensável seja qual for a forma de organização social que se pretenda atingir.

O desafio posto por Michael Walzer na sustentação de sua igualdade complexa constitui em saber quantos bens é preciso criar para que as relações entre os indivíduos possam ser as mais igualitárias possíveis. Nas sociedades pluralistas, o ideal de igualdade política merece uma reflexão. As pessoas não são apenas fisicamente diferentes, mas também possuem origens, interesses, capacidades, necessidades e valores diferentes; e o papel das sociedades democráticas é permitir que as pessoas desenvolvam-se na diversidade sem violência.

A igualdade complexa de Michael Walzer não almeja criar um sistema único de distribuição de bens, mas pretende reconhecer e enfrentar o que, talvez, seja a

¹⁹² BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais e o Princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 157.

questão mais urgente no mundo de hoje: que a igualdade não consiste no nivelamento do ser humano, mas na necessidade que ele tem de ser reconhecido como merecedor de igual consideração e respeito pelos seus semelhantes. A igualdade é uma igualdade de reconhecimento, apesar das diferenças.

4.2.3 O mínimo existencial no direito brasileiro

Foi Ricardo Lobo Torres quem, na nova fase de discussão sobre direitos fundamentais inaugurada no Brasil na década de 1970, pioneiramente, versou sobre o mínimo existencial no direito brasileiro, no ano de 1989. A inspiração para escrever sobre o tema encontrou apoio no direito alemão e nos estudos de John Rawls, já referidos. Ingo Sarlet, Ana Paula de Barcellos, Paulo Gilberto Cogo Leivas, Virgílio Afonso da Silva, entre outros, são autores, no âmbito do direito constitucional, que também adotam o mínimo existencial como norma também aplicável ao Brasil.

Como já referido, Ricardo Lobo Torres entende o mínimo existencial como o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, classificado como regra, já que não possui a estrutura axiológica dos princípios e é direito definitivo, sem possibilidade de ponderação. O mínimo existencial seria indispensável a uma vida digna, representando o núcleo irredutível dos direitos fundamentais; seu conteúdo essencial seria a parcela indisponível desses direitos, limite à atuação estatal.

Para Ricardo Lobo Torres, existe um direito a condições mínimas de existência humana digna, cujo conteúdo não pode ser definido a priori ou mensurada.¹⁹³ Esse direito integra o rol dos direitos humanos, exibindo as seguintes características: é pré-constitucional; constitui direito público subjetivo; tem validade *erga omnes*; não se esgota em catálogo preexistente e é dotado de historicidade.¹⁹⁴

Por não ser expressamente positivado, o mínimo existencial decorre de princípios como a igualdade (na perspectiva libertária) e o respeito à dignidade humana, dentre outros, além da cláusula do Estado Social de Direito. Trata-se de direito de *status negativus*, na medida em que tem por objeto a proteção contra

¹⁹³ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989, p. 29.

¹⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, p. 32.

ingerências do Estado na autodeterminação do indivíduo, e de *status positivus libertatis*, pois a liberdade depende também de prestações estatais positivas.

No entendimento de Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial vincula-se à liberdade, e não propriamente à justiça. “Sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.”¹⁹⁵ Relaciona-se também com a felicidade do homem, no sentido de desfrutar de uma boa qualidade de vida.

Vale ressaltar que o mínimo existencial está compreendido no núcleo dos direitos fundamentais, mas “não é qualquer conteúdo essencial que se transforma em mínimo existencial, se lhe falta à nota específica de direito à existência digna”.¹⁹⁶

Ana Paula de Barcellos¹⁹⁷ apresenta uma proposta de concretização do mínimo existencial com quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental: “A educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”. A autora sustenta que o mínimo existencial tem natureza de regra e que sua proposta é fruto de uma ponderação prévia que evita novos processos ponderativos. Ela considera o mínimo existencial¹⁹⁸ o núcleo, a esfera dotada de eficácia positiva do princípio da dignidade humana, tornando menos indefinido esse fundamento do Estado. Se não podem ser resolvidas de uma só vez as mazelas sociais, ao menos um mínimo de direitos deve ser garantido.

Paulo Gilberto Cogo Leivas¹⁹⁹ discorda da fixação do conteúdo do direito ao mínimo social e considera-o um princípio e não uma regra, já que não tem previsão expressa na Constituição; o autor segue a ideia de necessidades básicas; tais necessidades básicas são utilizadas para esboçar os contornos do que seria o conceito de mínimo existencial, qual seja a garantia das necessidades de saúde e autonomia.

Sob outro ângulo, portanto, notado por Paulo Gilberto Cogo Leivas²⁰⁰, considerando haver necessidades humanas básicas, cuja satisfação não foi garantida no texto constitucional, observa que a Constituição não precisa ser

¹⁹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, p. 30.

¹⁹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 89.

¹⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 288.

¹⁹⁸ BARCELOS, Ana Paula DE. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**, p. 278.

¹⁹⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²⁰⁰ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**, 2006, p. 106.

extremamente analítica (mais do que já é), atribuindo proteção jurídica a todas as necessidades humanas básicas nominalmente. O detalhamento exagerado das disposições constitucionais poderia até mesmo engessar a atuação política e as reivindicações sociais. Se a redação imprecisa das normas de direitos sociais pode dificultar sua efetivação, por outro lado, favorece a proteção de ampla gama de interesses. Há direitos implícitos no texto constitucional; e o mínimo existencial pode ser invocado para satisfazê-los. Por exemplo, dormir, beber água e alimentar, as necessidades referidas por Paulo Gilberto Cogo Leivas, estão associadas ao direito à saúde. O direito à alimentação também está previsto na norma que garante um salário mínimo a todo trabalhador (art. 7º, IV, da CF), naquela que determina que se assegure, com prioridade, a nutrição de crianças e adolescentes (art. 227 da CF), e em diversos tratados internacionais que o Brasil se comprometeu a respeitar.

O trabalho do citado autor é exemplo de uma abordagem principiológica do mínimo existencial; a expressão pode ser ressignificada de forma a denotar a garantia do direito devido a cada caso, sem que mínimos e máximos atuem como parâmetros. O trabalho de Paulo Gilberto Cogo Leivas segue nesse sentido.

Outra relevância da acolhida do conceito jurídico de mínimo existencial, segundo Cármem Lúcia Antunes Rocha, está em sua conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana. Como se trata de princípio bastante abstrato, sua previsão constitucional não foi suficiente para que o disposto na norma merecesse a devida atenção e efetivação.

Pelo acolhimento do conceito de mínimo existencial, a ser garantido como direito para a efetivação desse princípio [dignidade da pessoa humana], tem-se por estabelecido um espaço juridicamente assegurado e posto a cumprimento obrigatório, de tal modo que o seu não acatamento pode ser objeto de responsabilização do Estado.²⁰¹

Assim, o conceito de mínimo existencial “dotou de conteúdo objetivo o quanto compete ao Estado e à sociedade garantir a todos para o cumprimento do princípio da dignidade humana.”²⁰²

²⁰¹ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista latino-americana de estudos constitucionais* , p. 445.

²⁰² ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 2005, p. 446.

Tanto Ricardo Lobo Torres quanto Ana Paula de Barcellos atribuem os mínimos sociais à obra *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls; isto no sentido de que o princípio da diferença exige a fixação de um patamar mínimo de bens e serviços a que cada um teria direito independentemente do cenário geral de riquezas da sociedade, sendo o viés igualitário-distributivo uma das características centrais da teoria de John Rawls.

Daniel Sarmento sustenta que o direito ao mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida e possui duas dimensões: a dimensão negativa, na qual o mínimo atua como um limite de dignidade; e a dimensão positiva, que envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. O autor²⁰³ também sinaliza uma abordagem principiológica quando afirma que “[...] a inserção ou não de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial não pode ser realizada *in abstracto*, ignorando a condição específica do titular do direito”.

Por outro lado, Daniel Sarmento acredita que o mínimo existencial também se sujeita à reserva do possível e à ponderação, não podendo ser assegurado sem considerações sobre seu custo. Embora afirme que o mínimo existencial “tende a desequilibrar a ponderação de interesses para favorecer a concessão do direito vindicado”²⁰⁴, o autor afirma não existir um direito definitivo à garantia do mínimo existencial.

A abordagem de Daniel Sarmento exemplifica um compromisso mais fiel e coerente com o processo ponderativo de aplicação do direito. A teoria do mínimo existencial é levada a sério pelo autor²⁰⁵ quando ele afirma que as prestações que não compõem o mínimo têm menor chance de êxito, “já que quando elas estiverem em questão, o direito social comparecerá à ponderação com peso reduzido”.

Para Daniel Sarmento, no processo ponderativo, quanto mais essencial a necessidade material envolvida, maior peso terá o mínimo. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião reflete uma proposta interpretativa. Isso significa que aquele princípio se ajusta e justifica alguma parte da prática jurídica, bem como oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a Integridade requer.

²⁰³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coord.) **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 576-577.

²⁰⁴ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coord.) **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, p. 574.

²⁰⁵ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coord.) **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie, p. 579.

Os direitos sociais são tomados aqui como extensões do princípio da igualdade; todavia, o que significa essa igualdade, esse tratamento de todos com igual respeito e consideração? O que torna os cidadãos iguais? Ter as mesmas oportunidades, as mesmas riquezas ou ter o mínimo para viver de forma digna?

Se o igual respeito e consideração é pré-requisito da legitimidade política, não se pode deixar de lado a questão relativa ao que o fato requer. Conforme questiona Ronald Dworkin²⁰⁶,

seria suficiente a comunidade garantir um nível mínimo de nutrição, alojamento e cuidados médicos para todos e, então, não se interessar por saber se alguns cidadãos possuem muito mais riquezas que outros?

Talvez as circunstâncias concretas de pobreza no Brasil e em outras nações tornem muito ousada e audaciosa a pergunta sobre o que, exatamente, o igual respeito e consideração requerem. Mas é plausível que as políticas se empenhem em garantir a dignidade das pessoas, uma vida minimamente razoável, até que seja possível estruturar as instituições de forma a ter a igualdade como parâmetro? Há um risco democrático nessa opção que precisa ser considerado. Conforme alerta Ronald Dworkin:

[...] quando se admite que os membros da comunidade que estão em situação desconfortável não precisam igualar-se aos concidadãos sem conforto, mas somente a um padrão de vida mínimo e razoável, então concede-se demais para despertar a questão essencialmente subjetiva de quão mínimo é o padrão razoável, e a história contemporânea demonstra que aqueles que gozam de conforto talvez não ofereçam uma resposta generosa para essa pergunta. Portanto, mesmo com o que há de lamentável nas atuais circunstâncias, não seria sensato deixar de questionar se a igualdade, e não apenas uma atenuação da desigualdade, deve ser a meta legítima da comunidade.²⁰⁷

Os direitos sociais são, sem exceção, direitos subjetivos; essa é base do sistema constitucional. São definitivos, no sentido de que são aplicáveis ou não a cada caso, e são sempre vinculantes, porque são normas jurídicas.

Para Ronald Dworkin, portanto, como expansão do princípio da igualdade em seu aspecto distributivo, os direitos sociais possuem um conteúdo indeterminado e variável, mas não um conteúdo mínimo ou máximo. Ser tratado com igual

²⁰⁶ **A virtude soberana.** A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 11.

²⁰⁷ **A virtude soberana.** A teoria e a prática da igualdade, p. 12.

consideração significaria receber um tratamento devido, na medida exata das possibilidades reais da comunidade política e do caso concreto. Isso não é o mínimo; é, sempre e em qualquer caso, o devido. É a devida consideração que o Estado deve ter com cada um de seus cidadãos.

A igual consideração exige mais que a simples atenuação da desigualdade e os direitos sociais conquistados no exercício da cidadania não podem ser reduzidos a direitos mínimos. A hipótese é de que a Constituição de 1988 definiu que todos têm direitos sociais na medida de suas necessidades e não conforme padrões pré-definidos ditos “razoáveis”. A consideração das necessidades básicas representa, em última instância, a abertura ao caso concreto, o que não ocorre na fixação de padrões abstratos como o mínimo social ou existencial. Uma decisão que respeitasse a Integridade deveria enfrentar, seriamente, a análise da norma, verificando se a mesma reflete a igual consideração do Estado com todas as pessoas em situação de vulnerabilidade.

4.3 O ideal de igual respeito e consideração e a interpretação da Constituição de 1988

No presente tópico, pretende-se fazer uma relação entre o pensamento dworkiniano e a interpretação da Constituição brasileira de 1988; tal procedimento visa mostrar de que forma o pensamento do autor poderia servir como base para a elaboração de uma reflexão crítica das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao BPC.

A Constituição brasileira de 1988 foi corolário da redemocratização do país ocorrida na década de 1980; é, sem dúvida alguma, o texto constitucional mais liberal e democrático que o país já teve, visto que foi uma das que mais ampliou o rol dos direitos sociais na história da República no País.²⁰⁸

Com o advento da nova ordem constitucional, houve uma mudança na concepção do papel do Judiciário no Brasil, que passou a adotar uma postura menos formalista e a conscientizar de que havia a necessidade de aproximar a interpretação das normas jurídicas com a realidade. Isso se deu, basicamente, em

²⁰⁸ CARVALHO, José Murilo de. **A cidadania no Brasil: o longo caminho.** 11.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008, pp. 199 e ss.

virtude da positivação de normas de textura aberta, que exigiam em sua interpretação “critérios de racionalidade material”:²⁰⁹

Conforme José Eduardo Faria²¹⁰

No atual Estado-Providência, com seus diferentes e complexos papéis como provedor de serviços básicos, como promotor de novas relações sociais, como planejador de atividades econômicas e até mesmo como agente diretamente produtor de bens e serviços, muitas de suas leis caracterizam-se por suas funções promocionais – o que exige de seus aplicadores, nos tribunais, um esforço de compreensão valorativa de suas regras, mediante procedimentos mais abertos e flexíveis do que os previstos pela hermenêutica comum ao Estado liberal.

José Eduardo Faria constata, assim, uma mudança na racionalidade a ser utilizada pelo Poder Judiciário a partir da chegada da nova ordem constitucional diante da falência do positivismo jurídico e sua defesa do fechamento estrutural do Direito em uma racionalidade formal; tal mudança faz surgir uma nova racionalidade, denominada de material, que visa à compreensão do direito a partir de seu caráter axiológico, o que leva à substituição das pautas hermenêuticas normativamente estritas por pautas bem mais flexíveis, baseadas em critérios de racionalidade material.

É nesse contexto que carece de ser compreendido o “direito à assistência aos desamparados” na Constituição da República: que a mesma será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social.

Mas o que significa, de fato, dizer que a “assistência será prestada a quem dela necessitar”? A resposta, no âmbito do Poder Judiciário, deve envolver, necessariamente, uma tomada de posição acerca da amplitude da expressão referida.

A partir do exame do pensamento de Ronald Dworkin, denota-se que alguns conceitos jurídicos são interpretativos e que, por essa razão, exigem que o aplicador do direito recorra à teoria política normativa, não basta à apreensão do conteúdo formal desses conceitos à luz do ordenamento jurídico, mas sim, uma compreensão

²⁰⁹ FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In FARIA, José Eduardo [org.]. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 63.

²¹⁰ As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In FARIA, José Eduardo [org.]. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005 p. 62.

da dimensão material dos mesmos, de modo a possibilitar ao intérprete a justificação de determinados comportamentos e, principalmente, das decisões judiciais.

Trata-se, portanto, de um exercício de razão prática, que envolve juízos de valor e ponderações principiológicas. Em termos constitucionais, Ronald Dworkin denomina a atividade interpretativa com base em princípios de leitura moral.

A leitura moral é a aplicação específica da teoria direito como Integridade na interpretação do texto constitucional; parte-se da ideia de que os conceitos interpretativos, tais como igualdade e liberdade e, no caso em tela, a universalidade e a equidade do acesso à Assistência, “referem-se a princípios morais abstratos e, por referência, incorporam-nos como limites ao poder do Estado”.²¹¹

Isso significa, no contexto do pensamento de Ronald Dworkin, que a interpretação constitucional exige do intérprete uma análise dos princípios morais da comunidade em que esta situada e que estão positivados, em grande parte, na própria Carta constitucional.

Assim, verificam-se, primeiramente, quais são valores que abarcaram o processo de confecção do texto constitucional, os quais foram garantidos pelos legisladores constituintes; estes possibilitam a verdadeira medida para a compreensão do que o autor denomina de moralidade constitucional, que são os princípios informativos da Lei Maior. O que não significa, contudo, que o intérprete deve recorrer a uma intenção dos constituintes ou investigar o que eles pretendiam dizer, mas sim que a correta compreensão dos princípios morais exige do intérprete um trabalho de equipe junto com os demais funcionários da justiça do passado e do futuro, que elaboram juntos uma moralidade constitucional coerente; e devem cuidar para que suas contribuições se harmonizem com todas as outras.²¹²

A integridade constitucional estabelece que o hermeneuta analise a Constituição à luz dos princípios morais da comunidade; mas que o faça em coerência com o passado e observando as consequências de sua interpretação para o futuro, uma vez que a Constituição, enquanto texto legislativo, “está ancorada na história, na prática e na Integridade”.²¹³

²¹¹ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade:** a Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 10.

²¹² DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade:** a Leitura Moral da Constituição Norte- Americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

²¹³ DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade:** a Leitura Moral da Constituição Norte- Americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 17.

Nesse sentido, garante Ronald Dworkin²¹⁴ que

Os juízes devem submeter-se à opinião geral e estabelecida acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere. A leitura moral lhes pede que encontrem a melhor concepção dos princípios morais constitucionais – a melhor compreensão, por exemplo, de o que realmente significa a igualdade moral dos homens e das mulheres 0 que se encaixe no conjunto da história norte-americana. Não lhes pede que sigam os ditames de sua própria consciência ou as tradições de sua classe ou partido, caso esses ditames ou tradições não se encaixem nesse conjunto histórico.

A leitura moral, enquanto processo interpretativo do texto constitucional implica que os magistrados, ao decidirem um determinado litígio, tomam decisões substantivas, e não meramente procedimentais; por isso Ronald Dworkin reserva ao Poder Judiciário um papel central tanto na filosofia do direito, quanto na teoria política, uma vez que parte de uma concepção substancialista de democracia, no sentido de que o princípio democrático se realiza em uma determinada sociedade mediante a concretização de determinados valores fundamentais.

Nos Estados Unidos, o entendimento de que a Suprema Corte tem a incumbência de proteger a democracia é extremamente difundida. Todavia, existe uma cisão doutrinária sobre o modo como isso deve ser feito.

Para alguns autores, defensores da doutrina proceduralista, cujo principal representante é John Hart ELY²¹⁵, o Poder Judiciário deve zelar pelo procedimento democrático, mas não deve adentrar em questões que envolvam julgamentos valorativos, visto que estes são privativos do Poder Legislativo. Estes qualificam um governo como democrático quando a escolha dos representantes e a tomada das decisões observam as regras ou procedimentos previstos na legislação.

Dizer que as regras estão no coração da democracia pressupõe duas situações fundamentais da teoria democrática proceduralista. A primeira delas é

²¹⁴ **O Direito da Liberdade:** a Leitura Moral da Constituição Norte- Americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16.

²¹⁵ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. John Hart Ely e a crítica ao controle de constitucionalidade. **Revista Embargos Culturais.** 03 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-03/embargos-culturais-john-hart-ely-critica-constitucionalidade>>. Acesso 12 nov. 2014. A partir de John Hart Ely pode-se fracionar as correntes de compreensão constitucionais em grupos favoráveis e desfavoráveis a interpretações criativas dos textos políticos fundantes. Aqueles primeiros são ativistas, insistem que a aplicação da Constituição exige alguma medida de criatividade e de alguma maneira revelam adesão a concepções jusnaturalistas e metafísicas do Direito: amplia-se o texto original da Constituição. Earl Warren, que presidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos de 1953 a 1968 é o nome que mais representa essa tendência. Os refratários ao ativismo defendem posturas de contenção, centradas nos textos legais, na perene busca da intenção dos autores dos textos constitucionais. Antonin Scalia, juiz da Suprema Corte norte-americana, é o campeão da causa.

que o princípio majoritário ganha um papel de destaque, no sentido de que a democracia é o governo pela vontade da maioria. O procedimento democrático deve, assim, procurar arrestar a vontade da maioria dos cidadãos, sem importar se essa vontade da maioria é justa ou injusta. Isso significa que uma decisão democrática pode ser injusta e nem por causa disso deixará de ser democrática.

Ronald Dworkin²¹⁶ ressalta que a visão majoritária da democracia não exige que o debate político seja constituído necessariamente de argumentos fundados em valores políticos, visto que não há uma responsabilidade democrática para a busca da melhor decisão para a sociedade.

O princípio majoritário, nesse sentido, é visto pelos proceduralistas como um princípio absoluto e como um valor político independente. Assim, da defesa do princípio majoritário decorre a segunda característica, que é a defesa de uma atuação restrita do Poder Judiciário, em especial da Suprema Corte. Para os adeptos desse modelo, o Judiciário deve se limitar a intervir para que os procedimentos democráticos sejam preservados. A interpretação constitucional, nesse sentido, deve ser meramente procedural, de modo a garantir um processo legislativo democrático.²¹⁷

O proceduralismo, todavia, foi severamente criticado por sua despreocupação com o conteúdo da decisão democrática e pelo fato de, frequentemente, lesar os direitos das minorias. A partir dos efeitos nefastos decorrentes de sua adoção, passou-se a questionar se o princípio majoritário deve, de fato, ter a posição de destaque e se o Judiciário não deveria ter um papel mais ativo na construção de uma sociedade democrática.

A doutrina substancialista representa uma contraposição ao puro proceduralismo, sustentando que a democracia deve visar à consecução de determinados valores, que têm por objetivo balizar as decisões políticas. Trata-se de uma doutrina teleológica da democracia, que prioriza a realização de determinados valores políticos em face da vontade da maioria.

Em razão disto, os adeptos desse modelo defendem uma ação incisiva do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Esse é o pensamento adotado por Ronald Dworkin, uma vez que o autor norte-americano entende que o

²¹⁶ **LA DEMOCRACIA POSIBLE: PRINCIPIOS PARA UN DEBATE POLITICO.** Barcelona: Paidós Iberica, 2008, p. 132.

²¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck. [et al]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 29.

princípio majoritário não é absoluto, mas antes, pressupõe que alguns valores estejam concretizados na comunidade.

Trata-se de uma garantia de que as decisões envolvendo os direitos fundamentais, em uma sociedade democrática, não serão tomadas segundo uma racionalidade econômica ou que permita a prevalência do poder político, mas antes serão expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político.

O conteúdo abstrato do direito ao igual respeito e consideração manifesta-se como um direito de tratamento igualitário que implica no reconhecimento e no deferimento de bens e oportunidades a todos os membros de uma comunidade, na medida de suas igualdades e desigualdades. Nas decisões políticas, traduz-se na forma como esses bens e oportunidades deverão ser distribuídos, respeitando as diferenças, dentro da comunidade.

O que é defendido pelo autor não é que a mesma parcela de recursos, que foi destinada a um, seja igualmente aos demais; não, pois tal situação dá margem ao que ele chama de “igualdade indiscriminada”.

O direito a tratamento “como um igual” deve ser entendido como um direito de fundamental importância para a concepção liberal de igualdade, eis que atribui ao governo o dever de considerar as circunstâncias pessoais de cada indivíduo quando de tomada da decisão política, que determinará a destinação dos recursos na sociedade; significa, por exemplo, que o governo tem que levar em consideração as deficiências físicas, mentais, e qualquer outra que determinados indivíduos têm, para definir a política tributária e orçamentária que será adotada.

As deficiências físicas, sob a ótica da igualdade de recursos, podem ser consideradas como fatores circunstanciais que ensejam compensação. As deficiências, por acarretarem diminuição de recursos, são valoradas independentemente de suas consequências práticas, ou seja, não importa, para fins de compensação, se o indivíduo que sofra de uma deficiência tem uma diminuição de seu bem-estar; mas apenas que ele está em uma posição desprivilegiada em termos de recursos. Assim, cumpre observar que as habilidades físicas e mentais (ou a falta delas) devem ser levadas em consideração para fins de cálculo da quantidade de recursos que um indivíduo possui.

Assim, a partir da constatação de que as pessoas portadoras de deficiências possuem um montante de recursos deficitário com relação às pessoas que não as

têm, seja porque não conseguem decidir com plena liberdade os rumos de sua vida em virtude de uma deficiência mental ou, então, por se verem limitadas por deficiências físicas, a solução que se impõe é a compensação dos portadores de deficiência, por intermédio de bens materiais.

Assim, de que forma o liberalismo igualitário dworkiniano poderia contribuir para a interpretação do artigo 203, V da Constituição Federal? A igualdade de recursos sustenta que as desigualdades provenientes de deficiências físicas devem ser compensadas. A questão que se coloca no tocante à Assistência Social e ao BPC é o limite de tal compensação.

Dada as peculiaridades da sociedade brasileira, que ainda sente os efeitos de uma tradição patrimonialista e traz na pele as profundas marcas de uma cultura de desigualdade e exclusão social, há a necessidade de se colocar em relevo o princípio segundo o qual o sucesso ou ruína de qualquer vida humana é, por si só, importante, algo que todos teriam razão para querer ou lastimar.

Assim, notadamente para a interpretação do artigo 203 da Constituição Federal, a expressão “a quem dela necessitar” representa, em termos políticos, uma universalidade de direitos conquistados e garantidos pela Carta Maior; e o dever do Estado é garantir uma vida digna aos seus cidadãos com igual respeito e consideração.

Deste modo, a resposta à questão proposta, levando em conta se tratar de um direito fundamental social de assistência aos desamparados, protegidos pela ordem constitucional pátria, exigiria um juízo de moralidade política, com o intuito de determinar o alcance jurídico da garantia que o artigo 203 da Constituição Federal confere aos cidadãos brasileiros, no sentido de que as políticas públicas, no que se refere à assistência aos desamparados, deverão tender à universalidade e à igualdade.

O direito conquistado e constitucionalizado inaugura o processo de efetivação da garantia que estabelece que se traduz no direito a ter direitos capazes de serem efetivados.

4.4 Daniel Sarmento: direito a ter direitos capazes de serem efetivados

Neste tópico, pretende-se apresentar uma entrevista por e-mail, onde Daniel Sarmento conversa com o blog “Os Constitucionalistas” sobre diversos temas:

constitucionalismo democrático, interpretação constitucional fora dos tribunais, controle de constitucionalidade, ativismo judicial, processo de deliberação do Supremo Tribunal Federal, reclamação como meio de revisão das decisões do STF, última palavra na jurisdição constitucional, direitos fundamentais e democracia.

Nesta conversa acadêmica com Daniel Sarmento ele responde às grandes questões levantadas neste trabalho dissertativo e lança seu olhar constitucionalista sobre o estado brasileiro e suas mazelas.

Para Daniel Sarmento²¹⁸, definitivamente, a Constituição não é o que o Supremo Tribunal Federal diz que é. O STF é um intérprete importante da Constituição, mas não o seu senhor. A Corte também pode errar. Há mecanismos sociais e políticos legítimos para lutar pela prevalência de interpretação constitucional distinta da adotada pelo Supremo; além disso, existe interpretação constitucional fora das cortes, no Parlamento, no espaço público informal, nas reivindicações dos movimentos sociais, na academia entre outros, e ela não poderia ser ignorada.

Para Sarmento, o Supremo Tribunal Federal poderia sim, no julgamento de uma Reclamação, alterar o entendimento que firmou na respectiva ação de controle abstrato, quando a decisão anterior, proferida em controle abstrato, tiver declarado a constitucionalidade do ato normativo, mas não quando ela tiver pronunciado a sua inconstitucionalidade; como aconteceu no caso envolvendo a constitucionalidade dos critérios para definição de miserabilidade para fins de acesso ao Benefício de Assistência Social, previsto no art. 203, V, da Constituição. Conforme exaustivamente discutido: numa primeira decisão, o STF reconheceu, em controle abstrato, a validade do critério adotado pelo legislador, de renda familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*. Em reclamação posterior, em que se alegava ofensa à primeira decisão, a Corte reviu sua orientação original, para afirmar que outros elementos podem indicar a miserabilidade de pessoas idosas ou com deficiência, cujas famílias tenham renda superior àquela fixada pelo legislador. Entende o autor, portanto, que o STF não pode ficar vinculado de modo absoluto à sua própria jurisprudência, mesmo a firmada em controle abstrato, sob pena de se bloquear a interpretação evolutiva da Constituição e a mutação constitucional pela via

²¹⁸ SARMENTO, Daniel. **O STF não é o centro do constitucionalismo.** [25 mai. 2014]. Conversas acadêmicas com Daniel Sarmento. Entrevistadores: Blog Os Constitucionalistas –UERJ. Rio de Janeiro 2014. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>>. Acesso: em 20 out. 2014.

jurisdicional. A reclamação poderia, assim, ser um meio para que a Corte possa rever seus erros ou atualizar a sua jurisprudência, já que, no seu conceito, os ministros são falíveis e, não, “deuses do Olimpo”.

A decisão proferida em sede de Reclamação não possui eficácia *erga omnes*, mas *inter partes*, não obstante sirva para sinalizar aos demais órgãos do Judiciário e à Administração a nova orientação do STF; esse posicionamento diverge, portanto, da tese de que decisões proferidas pelo STF fora das ações de controle abstrato tenham também eficácia *erga omnes*. O autor também não concorda com a posição de que teria ocorrido, no caso em tela, mutação constitucional no art. 52, X, da Constituição²¹⁹ e que, agora, qualquer decisão do STF em matéria de controle de constitucionalidade já possui *ipso jure* eficácia geral e vinculante. Entende que o texto da Constituição não comporta esta exegese.

Daniel Sarmento²²⁰ é um crítico da expressão “neoconstitucionalismo”; atesta que existem muitas diferenças entre autores que se dizem neoconstitucionalistas, pois uns defendem uma versão mais suave do positivismo, conhecida como “positivismo inclusivo”²²¹; outros são radicalmente antipositivistas; uns se dizem liberais, outros comunitaristas. O que aponta terem tais autores em comum é a defesa de um novo paradigma jurídico que envolve, dentre outros elementos: a) a afirmação da centralidade da Constituição no ordenamento jurídico; b) o

²¹⁹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

²²⁰ LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009, p. 11-12. Adverte SARMENTO, Daniel que os adeptos do neoconstitucionalismo embasam suas concepções em ramificações teóricas bem heterogêneas, abrangendo, assim, entre outros, os pensamentos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino: “[...] nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Por outro lado, tanto entre os referidos autores com entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade de uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e proceduralistas. Neste quando, não é tarefa singela definir neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não existe um único neconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que talvez justifique sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa”.

²²¹ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo Jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 47. A tese central do positivismo inclusivo indica que quando os juízes apelam a determinados padrões morais na resolução dos casos jurisdicionais suscitados, em verdade, terminam por incorporar ditos conteúdos de moralidade na composição do direito juridicamente válido.

reconhecimento da força normativa e irradiante dos seus princípios; c) o recurso a métodos mais flexíveis na adjudicação, como a ponderação de interesses; d) a defesa da permeabilidade da interpretação jurídica a considerações de ordem moral; e) a constatação e defesa de certo protagonismo judicial na vida política e social, que se justificaria pela necessidade de proteção e promoção dos princípios constitucionais, especialmente os ligados aos direitos fundamentais.

No Brasil, o autor entende que uma crítica deve ser feita à recepção do neoconstitucionalismo, fazendo coro com as vozes de Humberto Ávila e Marcelo Neves, que é a de que tal teoria tem dado ensejo ao excessivo arbítrio judicial, através do que ele chama de “carnavalização dos princípios constitucionais”. Os princípios constitucionais, de teor mais vago, acabam servindo para tudo, no contexto de uma cultura jurídica que vê como mais *cult* a sua invocação do que o recurso às regras legais. Com frequência, tais princípios são empregados sem a devida fundamentação. Paga-se por isto um preço caro em termos de segurança jurídica e democracia, já que as decisões judiciais se tornam imprevisíveis e os cidadãos ficam sujeitos aos gostos e às preferências de magistrados não eleitos.

Além disso, no cenário, que ele denomina de “cordialidade assimétrica” em que vive o Brasil, o recurso indiscriminado a princípios fluidos poderia ser uma forma oblíqua de se legitimar o uso do “jeitinho”, em favor dos amigos e dos mais poderosos. Estes, porém, são problemas da recepção do neoconstitucionalismo nas práticas judiciais brasileiras e, não, da teoria neoconstitucional, que não endossa este uso abusivo.

Daniel Sarmento não se considera um neoconstitucionalista, sobretudo por uma razão; para os neoconstitucionalistas, o Judiciário é o protagonista do Direito Constitucional; em que pese o autor não negar o fenômeno da judicialização da política, prefere outra linha teórica, que, apesar de reconhecer o papel importante do Judiciário na defesa dos direitos fundamentais e proteção da democracia, afirma a centralidade dos movimentos sociais e da sociedade civil na arena constitucional. Não se trata de apenas afirmar que tais atores podem participar da jurisdição constitucional, como *amici curiae* ou expositores em audiências públicas, mas de reconhecer que há muito Direito Constitucional fora dos Tribunais. Nesta questão, o pensamento de Daniel Sarmento se aproxima de uma corrente que é conhecida nos Estados Unidos como “constitucionalismo democrático” e que não se confunde com o constitucionalismo popular, de autores como Mark Tushnet, Larry Kramer e Jeremy

Waldron, refratários ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Seus principais expositores são, em sua opinião²²², Jack Balkin²²³, Robert Post, Reva Siegel, Sanford Levinson e Barry Friedman.

Em relação ao STF entende que o Tribunal deve agir em favor dos princípios constitucionais diante do arbítrio ou descaso do sistema político. Concorda que é papel dos tribunais constitucionais atuarem contra as preferências das maiorias ou dos grupos hegemônicos, quando seja essencial para preservar direitos das minorias ou das parcelas mais vulneráveis da população (que, às vezes, nem são minoria, no sentido estritamente numérico). Não é partidário da ideia de que os juízes sejam (ou devam se comportar como se fossem) sábios de toga, com a prerrogativa de reger uma sociedade infantilizada, apontando-lhes os caminhos para a redenção.

Mas, por outro lado, juízes constitucionais podem proferir decisões importantes em favor de direitos fundamentais e valores democráticos, as quais eventualmente assumem uma dimensão pedagógica, reforçando uma cultura de direitos e cidadania, e realimentando movimentos sociais emancipatórios. Foi o que na decisão do STF sobre uniões homoafetivas. Contudo, para o autor, é óbvio que tais decisões só foram possíveis porque, antes delas, movimentos sociais reivindicaram na esfera pública, com eficiência, a superação do racismo nos Estados

²²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, nº02. ISSN 1516-0351 p. 119-161. Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/File/11773/9225> > Acesso em: 05 dez 2014. Neste texto Sarmento aborda e discute a concepção nos referidos autores.

²²³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, p. 160. Nas palavras de Jack Balkin “a legitimidade constitucional depende do que Sanford Levinson chamou de ‘protestantismo constitucional’ – a ideia de que nenhuma instituição do Estado, e especialmente, também não a Suprema Corte, tem o monopólio do sentido da Constituição. Assim como as pessoas podem ler a Bíblia e decidir o que acreditam que ela significa para si, também os cidadãos podem decidir o que a Constituição significa e defender sua posição na esfera pública. Para que o projeto constitucional tenha sucesso, não é suficiente que o povo o suporte. O povo deve ter também a possibilidade de criticar a forma como esse projeto está sendo desenvolvido. As pessoas devem poder discordar, denunciar e protestar contra a prática constitucional, inclusive, especialmente, as decisões dos tribunais, e demandar a Constituição como a ‘sua’ Constituição, de forma a poder mover a prática constitucional na direção mais próxima dos seus ideais. Só nestas condições é plausível que o povo mantenha fé na Constituição” (Constitutional Redemption: Political Faith in a Unjust World. Cambridge: Harvard University Press, p. 10). A interessante analogia entre a compreensão pluralista dos intérpretes da Constituição e o protestantismo consiste no fato de que esse, ao contrário do catolicismo, nega a existência de um único intérprete autorizado da verdade religiosa – no caso do catolicismo, a Igreja Católica. Para o protestantismo, desde Martinho Lutero, cada fiel pode interpretar a Bíblia ao seu modo. Da mesma forma, o pluralismo de intérpretes constitucionais também nega à Suprema Corte ou à Corte Constitucional o monopólio da “verdade” na interpretação da Constituição.

Unidos e da homofobia no Brasil. Daniel Sarmento não acredita que os juízes constitucionais sejam ou devam ser os “profetas morais” da Nação.

Perguntado se o STF representaria argumentativamente o cidadão, o autor respondeu que esta é uma construção de Robert Alexy, que, em sua opinião, seria contrafática. Como descrição da realidade, não é adequada, mas pode ter alguma utilidade como um “ideal regulativo” sobre como deve se dar a atuação do STF.

A ideia da Corte como representante argumentativo da sociedade não pode significar, evidentemente, que as inclinações majoritárias tenham sempre que prevalecer nos julgamentos (afinal um dos papéis centrais da justiça constitucional é contramajoritário); mas, pode representar que o Supremo deva tomar em consideração as expectativas normativas que brotam no espaço público, abrindo-se às diversas perspectivas presentes numa sociedade plural. Às vezes, traça-se uma correlação entre a ideia de representação argumentativa e a realização de audiências públicas na jurisdição constitucional, o que o autor é completamente favorável somado a tudo o mais que possa democratizar e pluralizar as vozes presentes no Tribunal constitucional.

Para Daniel Sarmento, o conceito de “ativismo” é objeto de controvérsia. Há quem o utilize com carga necessariamente negativa, como os originalistas, nos Estados Unidos, que empregam o rótulo para criticar a jurisprudência progressista da Corte de Warren. É o caso, na doutrina brasileira, de Elival da Silva Ramos e de Lênio Streck. Prefere adotar um uso neutro do termo, em que o ativismo denota uma atuação mais enérgica e proativa da Corte, que pode ser ou não legítima, dependendo do caso e de uma série de variáveis. Entende que o STF tem sido ativista em algumas questões nos últimos quinze anos. Na primeira década de vigência da Constituição, a Corte era mais autocontida, talvez pela hegemonia de Ministros nomeados durante o regime militar, que não se sentiam muito confortáveis no papel de guardiões de uma nova ordem, cujos valores não compartilhavam integralmente. Considera que a postura mais ativista da Corte foi correta em alguns casos e equivocada em outros. A decisão sobre a união homoafetiva parece-lhe ativista, pois o STF se baseou em princípios constitucionais abstratos, de elevado teor moral, para resolver uma questão altamente controvertida na sociedade, não dando tanto peso aos elementos literal e histórico da interpretação constitucional. Registra-se, na opinião do autor em comento, uma excelente decisão, talvez a mais

importante da história da Corte em matéria de direitos humanos, que protegeu os direitos mais básicos de uma minoria estigmatizada.

Já a decisão de Raposa Serra do Sol, na parte em que impôs condicionantes às futuras demarcações de terras indígenas, também foi ativista. Neste caso, porém, entendeu que foi um ativismo ilegítimo: o STF, praticamente, atuou como legislador e impôs graves restrições a direitos básicos de uma minoria étnica vulnerável, que estão em total desacordo com o texto constitucional e com a normativa internacional sobre direitos humanos.

Ao julgar os embargos declaratórios opostos contra tal decisão, o lado negativo das condicionantes foi, em certa medida, suavizado, já que o Supremo esclareceu que elas não são vinculantes para outros casos; mas, não foi eliminado, uma vez que tais restrições aos direitos indígenas foram confirmadas, tendendo a pautar a atuação do Judiciário brasileiro em outros processos.

E, por fim, a pergunta que não poderia faltar e a mais polêmica de todas é se o Supremo Tribunal Federal teria em sede de controle de constitucionalidade a última palavra. Para Daniel Sarmento, o STF não detém o poder de dar a última palavra na interpretação constitucional, nem muito menos possui o monopólio no campo da hermenêutica constitucional; não há, pois, monopólio interpretativo do STF, posto que, como mencionado pelo autor, existem inúmeros intérpretes da Constituição, como outros órgãos judiciais, o legislador, o Poder Executivo, os movimentos sociais, a imprensa, a academia etc. Faz alusão ao professor norte-americano Sanford Levinson que chamou de “protestante” a teoria constitucional que reconhece a legitimidade da atuação de vários intérpretes, e de “católica” a que afirma a autoridade exclusiva de um intérprete para definir o sentido do Constituição. A distinção vem do fato de que, para a ortodoxia católica, a única interpretação legítima da Bíblia é aquela feita pelas autoridades da Igreja; ao passo que os protestantes, desde Lutero, afirmam que cada fiel deve poder interpretar o texto sagrado à sua maneira, de acordo com a sua consciência.

Sem adentrar a discussão teológica, entende que, pelo menos no campo constitucional, a “teoria protestante” da interpretação, que reconhece a legitimidade da atuação de muitos intérpretes, é muito mais rica e democrática.

Quanto à última palavra, seu posicionamento é que não há resposta certa para pergunta errada. A pergunta sobre quem dá a “última palavra” lhe parece errada, pelo fato de que não há uma última palavra na hermenêutica constitucional.

Existe e tem de existir a última palavra no processo judicial, mas não a última palavra sobre o sentido da Constituição.

Do ponto de vista descritivo, uma decisão judicial não tem o condão de por fim à disputa social sobre questões constitucionais controvertidas, como as que versam sobre a igualdade, dignidade humana, propriedade e sua função social etc. Os debates tendem a persistir na sociedade e não é incomum que os perdedores na arena judicial busquem mudar o resultado alcançado no espaço jurisdicional. Isto pode envolver mecanismos como a aprovação de emenda constitucional e a luta pela nomeação de novos juízes que compartilhem a sua visão sobre o tema. Sob o ângulo prescritivo, é ótimo que não haja última palavra, pois juízes constitucionais também podem errar e é importante que existam meios para correção dos seus erros. Não é incomum, inclusive, que juízes errem não a favor, mas contra os direitos fundamentais de grupos vulneráveis. A história é cheia de exemplos e isto tem acontecido com frequência no Direito Constitucional norte-americano contemporâneo.

Afiança que é legítimo o Supremo recorrer a precedentes judiciais de outros países para interpretar a Constituição. Há uma tendência global de diálogo entre tribunais constitucionais e entre estes e as cortes internacionais de direitos humanos, que pode propiciar um benfazejo aprendizado recíproco. No STF, é comum a invocação de precedentes estrangeiros, contudo, o uso do Direito Constitucional Comparado tem de ser feito de forma criteriosa, para se evitar a importação de teorias e construções incompatíveis com nosso ordenamento positivo ou realidade social. Esta é uma advertência importante, pois não é incomum, na cultura jurídica brasileira, que se adote uma postura de emulação acrítica do que vem de fora. Por outro lado, entende Daniel Sarmento que se deveria ampliar as fontes consultadas e invocadas pelos ministros, para além da Alemanha e dos Estados Unidos. Há países do terceiro mundo, como Colômbia e África do Sul, com jurisdição constitucional avançadíssima e que enfrentam problemas mais semelhantes aos problemas brasileiros do que as nações desenvolvidas.

A jurisprudência da Corte Interamericana também deveria ser mais utilizada, não só porque tem decisões muito boas, mas, sobretudo, porque o Brasil se sujeita à sua jurisdição. O Brasil é praticamente um pária em algumas questões sobre direitos humanos, como a submissão de civis a cortes militares, compostas majoritariamente por militares de carreira, que é rechaçada pela Corte

Interamericana, com base em ótimas razões, que os juízes constitucionais brasileiros parecem ignorar.

Quanto ao processo de deliberação do Supremo, qualifica de muito ruim e concorda com a imagem proposta por Conrado Hübner, de que o STF funciona atualmente como “11 ilhas” e não como uma Corte, que fale com uma só voz. Hoje é até difícil identificar a orientação do Supremo sobre temas controvertidos, pois os acórdãos contêm os fundamentos adotados pelo relator, que não são, necessariamente, acompanhados pelos demais ministros. Mas o processo decisório da Corte foi defeituoso, gerando incerteza e insegurança jurídica. Infelizmente, esta tem sido a regra e, não, a exceção.

Para finalizar Daniel Sarmento aponta que o problema mais grave do Brasil é a desigualdade, não só a desigualdade econômica, mas, também, a da falta de enraizamento da ideia básica de que todas as pessoas têm o direito de serem tratadas com o mesmo respeito e consideração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assistência aos desamparados representa o último recurso na preservação da dignidade humana²²⁴. O papel do Estado na promoção do desenvolvimento humano e social caminha abraçado à proteção social, rumo efetivação de políticas públicas para a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual. A assistência social em seu sentido protetivo trata-se de um dos pilares da justiça que permeia todo o sistema jurídico, político, econômico e social por excelência.

No tempo, a proteção social dos cidadãos alcançou diversos níveis, desde as práticas de caridade e melhorias das condições de trabalho, até chegar a um mínimo existencial, que deve, de fato, ser garantido pelo Estado. É necessário que se proteja um núcleo mínimo de direitos inerentes à sobrevivência do homem.

O *status* constitucional conferido a assistência social pela Constituição de 1988 encerrou uma respeitável etapa de conquista do direito e ao mesmo tempo inaugurou a luta por sua efetivação: ter direitos capazes de serem efetivados.

²²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** O princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 337.

A Constituição é um projeto em movimento e a efetivação dos direitos sociais está sujeita a novas interpretações a serem realizadas a cada novo momento da história da sociedade. O STF é um intérprete respeitável da Constituição, mas ele também pode errar, e erra às vezes, e não pode ficar eternizado de modo absoluto à sua própria jurisprudência, sob pena de se impedir a interpretação evolutiva da Constituição como ocorreu com o BPC.

A interpretação constitucional precisa existir fora do limite das cortes, na administração pública, nas casas legislativas, nas academias, nos movimentos sociais. É a interpretação no espaço informal que reduz o espaço entre o direito e justiça.

A interpretação da Constituição não é mero exercício intelectual abstrato, mas demanda a consideração da realidade concreta, sobre a qual incide o texto constitucional.

A política, a democracia, o parlamento, o judiciário e as regras contam, mas a vida das pessoas, no sentido de uma vida com dignidade conta mais.

O Benefício da Prestação Continuada é um instrumento de justiça social e de distribuição de renda àqueles em situação de extrema necessidade e privação. A pobreza estabelece o isolamento, a restrição e a privação de direitos e liberdades e, por essa razão, desequilibra as relações sociais e econômicas de um Estado. Compete, sim, ao poder público promover políticas de combate à miserabilidade.

E é disso que tratou esta dissertação: das pessoas em situação de vulnerabilidade social e econômica, dependentes da garantia concreta do direito à assistência social e dos caminhos de aplicação desse direito que levem a sério não apenas os limites da comunidade política, mas as necessidades reais de seus cidadãos.

Uma decisão em conformidade com a tese da integridade buscaria no sentido da norma um ideal de igual respeito e consideração do Estado para todas as pessoas em situação de vulnerabilidade.

A ideia de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria é uma exigência do reconhecimento da força normativa da Constituição, da necessidade de levar a sério os direitos constitucionalmente protegidos pelo legislador; além disso, a necessidade do controle judicial de constitucionalidade é a chave mestra para a realização das garantias como forma de promoção da justiça social. A defesa ao

protagonismo judicial se justifica pela necessidade de proteção e promoção dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

O STF deve agir em favor dos princípios constitucionais diante do descaso do sistema político. É papel dos tribunais constitucionais atuarem contra as preferências das maiorias, quando seja essencial para preservar direitos das minorias ou das parcelas mais vulneráveis da população, que, às vezes, nem são minoria, no sentido estritamente numérico.

O argumento que sempre se apresenta contra a jurisdição constitucional é o argumento contra-majoritário, ou seja, os juízes das Cortes Constitucionais são tidos e havidos como controladores ilegítimos da constitucionalidade das leis. A crítica que se faz sempre é que esses senhores não têm voto. E, não tendo voto, não podem decidir pela anulação de uma lei que foi votada pelo Parlamento. Essa crítica só teria validade se a Constituição não fosse levada a sério; pois, ela é a expressão da maioria das maiorias, do povo constituinte. Guardar a Constituição é guardar a vontade da maioria e isso parece não ter nada de contra-majoritário. A Constituição é um valor em si, não pelo documento enquanto documento, mas porque ali se encontram todos os segmentos sociais.

A Constituição é uma realidade. Seria um contrassenso organizar-se um Estado Constitucional de Direito e, depois, entregar a guarda da Constituição ao Parlamento, para que este guarde os seus próprios atos em face da Constituição. Quem faz a lei não deve julgar se ela é boa ou má, se é justa ou injusta.

De tal modo, bem à maneira Radbruch de ser, pode-se afirmar: ao se aproximar direito e justiça, repudiam-se todas as leis que carreguem alguma injustiça, posto que, a injustiça extrema não é direito.

REFERÊNCIAS

ABREU, Antônio Suárez. **A arte de argumentar:** gerenciando razão e emoção. 3.ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. **Una defensa de la fórmula de Radbruch**. Buenos Aires: La Ley, 2004.
- ALMEIDA, Júnior Fernando Ozório de. Considerações sobre o princípio da interpretação conforme à Constituição e sobre sua aplicação na jurisprudência do STF em matéria tributária. **Revista de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- ANDRADE AGUIAR, Mariana Pinheiro Pessoa de. **O significado do benefício de prestação continuada da política de assistência social na vida das pessoas com deficiência**: Centro de Estudos Sociais Aplicados. 2012. 112f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual do Ceará. Curso de Mestrado Acadêmico em Políticas Públicas e Sociedade, Fortaleza. Disponível em: <http://www.uece.br/policiticasuece/dmddocuments/mariana_pinheiro.pdf>. Acesso em 18 fev. 2014.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução Edson Bini. 3. ed. Bauru-SP: Edipro, 2009.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001.
- APPIO, Eduardo. **Discricionariedade política do poder judiciário**. Curitiba: Juruá, 2008.
- ARANTES, Esther Maria de M. Rostos de crianças no Brasil. In: Rizzini e Pilotti (orgs.). **A arte de governar crianças**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.
- ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. de M. W. Barbosa de Almeida. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Aplicação do direito e contexto social**. São Paulo: Ed. RT, 1996.
- _____. **Critica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- _____. **Método e hermenêutica material do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana.** 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimização dos direitos humanos.** 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Interpretação e aplicação constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Revista (Syn)thesis. UERJ. ISSN 2358-4130 - v. 5, n. 1 (2012). Disponível em: <<http://www.e-pub.licacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 22 out. 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional.** 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo:** uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BEHRING, Elaine; BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social:** fundamentos e história. 6. ed. São Paulo: Cortez: 2009.

BEIGUELMAN, Paula. **A crise do escravismo e a grande imigração.** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

BIX, Brian. Robert Alexy, a fórmula radbruchiana e a natureza da teoria do direito. Trad. Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira. **Revista Panóptica**, Vitória, v. 1, n. 12, p. 70-79, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08007.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2014. Brian Bix Professor dos Departamentos de Filosofia e de Direito da Universidade de Minnesota, Estados Unidos da América.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Bauru: Edipro. 2001.

_____. **El objeto de la jurisprudencia y la jurisprudencia como análisis del lenguaje: contribución a la teoría del derecho.** 2. ed. Madrid: Debate, 1990.

- _____. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 2006.
- _____. **Teoría general del derecho**. Trad. Jorge Guerrero. 2. ed. Bogotá: Temis,, 1999.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.
- _____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOITEX, Elza Antônio Pereira Cunha. **O significado perdido da função de julgar**. 1990. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social.** 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- BOSCHETTIA Ivanete. Assistência Social. In: **Capacitação em Serviço Social e Política Social**. Módulo 3, Brasília, UnB/CEAD, 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação Constitucional nº 4.374 PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. **Diário de Justiça**, Brasília, 18 mar. 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/RCL4374.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2014.
- BRASIL, Supremo Tribunal federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1232, relatoria Min. Ilmar Galvão, DOU 27.08.1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>. Acesso em: 20 out. 2013.
- CALSAMIGLIA, Albert. **Ensayo sobre Dworkin**. In: DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Tradução de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel, 1997.
- _____. **El Concepto de Integridad en Dworkin**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001, núm. 12 (1992).
- CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocesualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAMPBELL, Tom. **La justicia**: los principales debates contemporáneos. Trad. Silvina Álvarez. Barcelona: Gedisa, 2002.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito.** Trad. A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- _____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado.** Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.** Coimbra: Coimbra Editora, 1982
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993.
- CARNEIRO, Maria Francisca, SEVERO, Fabiana Galera, ÉLER, Karen. **Teoria e Prática da Argumentação Jurídica.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- CARVALHO, José Murilo de. **A cidadania no Brasil: o longo caminho.** 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2008.
- CARVALHO, Rogério Tobias de. **Imunidade Tributária e Contribuições para a Seguridade Social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CIANCIARDO, Juan. **El Conflictivismo en los derechos fundamentales.** Navarra/Pamplona: Ediciones. Universidad de Navarra, 2000.
- CLEVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988.** São Paulo: Ed. RT, 1993.
- CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos.** Curitiba: JM, 1995.
- CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva:** elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- COELHO, Luís Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- COMANDUCCI, Paolo. **Razonamiento jurídico:** elementos para un modelo. Trad. Pablo Larrañaga, Coyoacán: Fontamara, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CORAZZA, Sandra Mara. A Roda do Infantil. **Revista Educação & Realidade.** Porto Alegre: UFRGS, v. 23, n. 1, jan./jun, 1998.

CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**: perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais. Salvador: Juspodivm, 2007.

COSSIO DÍAZ, José Ramón. **Estado Social y Derechos de Prestación**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

COUTO, Berenice Rojas. **O direito e a Assistência Social na sociedade brasileira**: uma equação possível? 3. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

_____. (org.). **O Sistema Único de Assistência Social no Brasil**: uma realidade em movimento. São Paulo: Cortez, 2010.

DI GIOVANNI, Geraldo. Sistemas De Proteção Social: Uma Introdução Conceitual. In **Reforma do Estado e Políticas de Emprego no Brasil**. Campinas: Unicamp, 1998.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1996.

_____. **A virtude soberana**. A teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Derechos en Serio**. Trad. Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984.

_____. **LA DEMOCRACIA POSIBLE: PRINCIPIOS PARA UN DEBATE POLITICO**. Barcelona: Paidós Iberica, 2008.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Direito da Liberdade**: a Leitura Moral da Constituição Norte-Americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Trad. João Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Estratégias em Serviço Social**. São Paulo: Cortez, 2006.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FETZNER, Neli Luiza Cavalieri. PALADINO, Valquíria da Cunha. **Argumentação Jurídica: teoria e prática**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

FIGUEIRA, E. **Caminhando em silêncio**: uma introdução à trajetória das pessoas com deficiência na História do Brasil. São Paulo: Giz, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. **História da Loucura**. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FREITAS, Juarez. **A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS, Elizabete Viana; PY, Ligia (Org.). **Tratado de geriatria e gerontologia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

_____; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 2. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer, Petrópolis: Vozes, 1998.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

_____. **O Custo dos Direitos**. In Paulo Lobo Torres (Org.) **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO – 2001: BRASÍLIA. As minorias e o direito. Brasília: Conselho da Justiça Federal; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council, 2003.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. John Hart Ely e a crítica ao controle de constitucionalidade. **Revista Embargos Culturais**. 03 nov. 2013. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2013-nov-03/embargos-culturais-john-hart-ely-critica-controle-constitucionalidade>>. Acesso 12 nov. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. A interpretação do direito e a interpretação do direito tributário. In: CARVALHO, Maria Augusta Machado (Coord.). **Estudos de direito tributário em homenagem à memória de Gilberto de Ulhoa Canto**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Realismo e Utopia Constitucional. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (coord.). **Direito Constitucional Contemporâneo**. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. Trad. Cláudio Moltz. São Paulo: Landy, 2004.

IAMAMOTO, Marilda. **Relações Sociais e Serviço Social no Brasil**: esboço de uma interpretação histórico/metodológica. 10. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: **A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. **Teoría de la acción comunicativa**. Madrid: Taurus, 1987.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. **Derecho y moral**. Contribuciones a su análisis. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1961.

HECK, Luís Afonso. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20 ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen, SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: Por que la libertad depende de los impuestos. Trad. Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

HONÓRIO, Cláudia. **Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros**. Curitiba, 2009. 306 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: < <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequence=1>>. Acesso em mar 2014, p. 18.

KELBERT, Fabiana Okchestein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOBO, Lilia Ferreira. **Os infames da história**: pobres, escravos e deficientes no Brasil. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Trad. Alex Marins, 2. ed., São Paulo: Martin Claret, 2006.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estados e Constitución**. 7. ed. Madrid: Tecno, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2010.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998.

MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. São os direitos fundamentais disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Robert Alexy. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. (org.). **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Judith Martins . **A reconstrução do direito privado**: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no direito privado. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direitos humanos fundamentais e relações jurídicas contratuais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 58, p. 55-74, 2006.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZILLI, Hugo Nigro. Trabalhador Eficiente. **Conferência de abertura do Seminário Internacional Pessoa Portadora de Deficiência**. 04 abr. 2001. São Paulo: Ministério Público do Trabalho, 2001. Disponível em:<<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub01.Html>>. Acesso em 20 mar. 2013.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MELLO, José Carlos. **Os Tempos de Getúlio Vargas**. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Farias. O Estado democrático de direito e as minorias. In: DANTAS, Bruno et al (Org.) . **Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois, Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.

MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais: Orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. rev. E amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Instituto Brasiliense de DireitoPúblico. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

_____; VALE, André Rufino do. **O pensamento de Peter Härtle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da jurisdição constitucional. Disponível em: http://ojs.idp.edu.br/docs/Peter_Harbele_pdf. Acesso em: 17 abr. 2012.

_____. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MESTRINER, Maria Luiza. **O Estado entre a Filantropia e a assistência social**. São Paulo: Cortez, 2008.

MINAS GERAIS. Relatórios de Informações Sociais Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Secretaria de Avaliação e gestão da Informação - SAGI**. Disponível em: <http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/RIV3/geral/index.php>. Acesso em 02 ago 2014.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME. **Relatório de Gestão do exercício de 2012**. TCU nº 150, de 03 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/acesso-a-informacao/processodecontas/unidades-do-mds/secretaria-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional-sesan/relatorio-de-gestao-snas-2012-final.pdf>>.

MIRANDA, Jadiel Galvão. **Direito da Seguridade Social previdenciário, infortunística, assistência social e saúde**. Rio de Janeiro: Elservir, 2007.

MONTESQUIEU, Barão de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas: Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORÃO, Artur. **A filosofia como exercício espiritual em Kant**. Covilhã: Lusosofia, 2004.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito**: dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. Coimbra: Amedina: 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Renúncia a direitos fundamentais**. In: MIRANDA, Jorge. Coimbra, 1996.

_____. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado liberal ao Estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

_____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. **Direito Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático**. Coimbra: Coimbra Editora 2012.

_____. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: Efetividade frente a reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2010.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

PENALVA DA SILVA, Janaína Lima; DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Política Assistencial, Orçamento e Justiça no Benefício de Prestação Continuada. In: DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; BARBOSA, Lívia (Org.). **Deficiência e Igualdade**. Brasília: Letras Livres/ Editora UnB, 2010.

PENALVA DA SILVA, Janaína Lima. **A igualdade sem mínimos**: direitos sociais, dignidade e assistência social em um estado democrático de direito – um estudo de caso sobre o benefício de prestação continuada no Supremo Tribunal Federal. 2011. 203 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira, São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Lógica jurídica**: nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **O império retórico**: retórica e argumentação. 2. ed. Tradução de Fernando Trindade, Rui Alexandre Grácio, Porto: Asa, 1999.

_____. **Tratado da Argumentação**: A Nova Retórica (tradução de Maria E. G. Pereira). São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Necessidades Humanas**: subsídios à crítica dos mínimos sociais. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PILOTTI, Francisco e RIZZINI, Irene (org.). **A arte de governar crianças**: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUEIROZ, Cristina M.M. **Direitos fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra, 2002.

RADBACH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Cinco minutos Filosofia do Direito**. Trad. Luís Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

_____. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Trad. Wenceslao Roces. México: FCE, 2005.

RAWLS, John. **História da filosofia moral**. Ed. Bárbara Herman. Trad. Ana Aguiar Cotrim. Rev. Marcelo Brandão Cippola. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Justiça como equidade**: uma reformulação. Trad. Cláudia Berliner. Rev. Tec. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Justiça e democracia**. Sel. Catherine Audard. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

_____. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, jan./jun. 2005.

ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado Providência. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RULLI NETO, Antônio. **Proteção legal do idoso no Brasil**: universalização da cidadania. São Paulo: Fiuza, 2003.

SALES, Mione Apolinário; MATOS Maurílio Castro de; LEAL, Maria Cristina (org.). **Política Social, família e juventude**. São Paulo: Cortez, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez. 2000.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça**: a política social na ordem brasileira, Contribuições em ciências sociais. Rio de Janeiro: Editorial Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direito fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1.988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional**: Algumas aproximações e alguns desafios. Salvador : Juspodivm, 2010,

_____. (Org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coord.) **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

_____. **O STF não é o centro do constitucionalismo.** [25 mai. 2014] Conversas acadêmicas com Daniel Sarmento. Entrevistadores: Blog Os Constitucionalistas –UERJ. Rio de Janeiro 2014. Disponível em <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-stf-nao-e-o-centro-do-constitucionalismo>> . Acesso: em 20 out. 2014.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Vida independente**: história, movimento, liderança, conceito, reabilitação, emprego e terminologia. São Paulo: Revista Nacional de Reabilitação, 2003.

SERGIO, Renato. **Dupla exposição**: Stanislaw Sérgio Ponte Porto Preta. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Alexandre Garrido da. **Legitimização discursiva dos direitos humanos e da constituição**: perspectivas teóricas e limites práticos. 2010. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/163.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais**. In: NETO, C.; SARMENTO, D. Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

_____. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Rio de Janeiro: Revista de Direito do Estado – RDE, Renovar, v. 1, n.4, out./dez. 2006.

_____. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e as normas constitucionais**. São Paulo, 2005. Tese (Concurso de Professor Titular) – USP. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, v. 798, p. 23-50, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocontenção judicial. **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, nº02. ISSN 1516-0351 p. 119-161. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/11773/9225>> Acesso em: 05 dez 2014.

SPOSATI, Aldaíza (org.). **A assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras**: uma questão em análise. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **A menina LOAS**: um processo de construção da assistência social. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Vida urbana e gestão da pobreza**. São Paulo: Cortez, 1988.

- _____. Benefício de prestação continuada como mínimo social. In: SPOSATI, Aldaíza (org.). **Proteção social de cidadania: inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- _____. Assistência social: de ação individual a direito social. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n.10 – jul./dez.2007, p. 445. Disponível em: http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-435-Aldaiza_Sposati.pdf Acesso em 20 fev. 2014.
- STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e consenso** – Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- _____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2002.
- _____. **Hermenêutica jurídica em crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.
- STEPHEN, Holmes; SUNSTEIN, Cass de R. El **costo de los derechos**. Por qué la libertad depend de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Edotores, 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- _____. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In TORRES, Ricardo Lobo (org.): **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, jul./set. 1989.
- _____. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de janeiro: Renovar, 2009.
- _____. **Direitos humanos e a tributação**. Imunidades e isonomia. Rio de janeiro: Renovar, 1995.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Ficha-Síntese sobre as Contas do Governo da República**. Exercício de 2013. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/1/2646843.PDF>>. Acesso em 14 jul. 2014.
- TRONCA, Ítalo (org.). **A arte de administrar a pobreza**: assistência social institucionalizada no século XIX. Campinas: Pontes, 1987.
- VIANNA, Luiz Werneck. [et al]. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VIGO, Rodolfo Luís. **La injusticia extrema no es derecho**: de Radbruch a Alexy, Buenos Aires: La Ley- Facultad de Derecho UBA, 2006.
- VOESE, Ingo. **Argumentação jurídica**. Curitiba: Juruá, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. v. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGONHA, A. C. A.; MOREIRA, L. (Orgs.). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris.2010.

WALZER. Michael. **Esferas da justiça**: Uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

YASBEK, Maria Carmelita. **Classes Subalternas e assistência social**. São Paulo: Cortez, 2007.

Zagrebelsky, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Trotta S.A., 1999.