ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: DISCUSSÃO SOBRE OS PROBLEMAS DO CRITÉRIO DE MISERABILIDADE PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Resumo: O presente artigo visa contribuir para a discussão dos problemas do critério quantitativo para concessão do benefício assistencial de prestação continuada presente na Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.742), contextualizando os problemas e dificuldades de aplicação do texto legal, defasado para o contexto contemporâneo. Busca também demonstrar como o Supremo Tribunal Federal, por meio de sua decisão de declarar inconstitucional o citado critério, não se excedeu no exercício de suas funções, pois apenas fez valer a vontade do Constituinte originário.

1 Introdução

Desde o advento do Estado de bem-estar social, com origens nas constituições Mexicana de 1917 e da República de Weimar de 1919, a assistência social é preocupação presente no rol de responsabilidades do Estado para com sua população. Especificamente no Brasil, a Assistência Social tem suas diretrizes previstas nos arts. 6º, 203 e 204 da Constituição de 1988. Por não ser possível contemplar o tema em sua totalidade, a Constituição estabelece a possibilidade de a matéria ser discutida e ampliada por lei complementar – nesse caso, a lei em questão sendo a Lei 8.742/93, conhecida como Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS).

No presente trabalho, trataremos primeiramente da evolução histórica da assistência social, citando origens e exemplos históricos de práticas protetivas ao redor do mundo e no Brasil, em suas principais constituições. A seguir, analisaremos o aspecto legal da assistência social, como sua previsão na Constituição e na legislação ordinária, citando pontos controversos.

No segundo capítulo, exploraremos a atuação do Judiciário especificamente em sua última instância, analisando as discussões acerca do tema e a aplicação da legislação nos casos práticos, demonstrando as mudanças no posicionamento do Supremo Tribunal Federal, inicialmente defensor do critério quantitativo legal e que posteriormente decidiria pela inconstitucionalidade do mesmo.

Finalmente, no último capítulo trataremos de questões controversas, como o

ativismo judicial, do qual a Suprema Corta é acusada de praticar no caso em questão, e a dicotomia entre os princípios da reserva do possível, argumento da União para se posicionar contra a ampliação do critério de miserabilidade, e o mínimo existencial, princípio da jurisprudência moderna que defende um piso mínimo para concretização de direitos fundamentais e justifica sentenças aditivas (que implicam gastos não previstos ao erário público).

O método de pesquisa utilizado é essencialmente o de análise jurisprudencial, com auxílio de bibliografia doutrinária relativa ao tema.

2 Assistência Social no Brasil

A origem da preocupação com a assistência social na história recente, em moldes similares à que conhecemos hoje, data ainda da idade média, na sociedade romana. Por meio do *pater famílias*, a família romana tinha a obrigação de prestar assistência aos servos e clientes mediante contribuição de seus membros, de modo a ajudar os mais necessitados. Outro exemplo histórico é a Inglaterra do início do século XVII, onde foi editado o *Poor Relief Act* (lei de amparo aos pobres), instituindo a contribuição obrigatória para fins sociais e consolidando leis relativas à assistência pública. Um dos mais importantes documentos da origem do Constitucionalismo moderno, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Constituição francesa de 1793, já trazia em seu art. 21 a preocupação com o tema, positivando que “os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadãos infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja **assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar**” (grifo, nosso). A preocupação se repete ainda na Constituição francesa de 1848, que estipulava ser responsabilidade da República proteger os cidadãos, prestando, na falta da família, socorro aos que não estejam em condições de trabalhar (MARTINS, 2010, p. 3).

A Constituição Alemã de 1919 – também conhecida como Constituição da República de Weimar – é considerada a primeira a elencar a assistência social no rol de direitos exigíveis perante o Estado. O modelo germânico seria posteriormente adotado também no resto da Europa e do mundo, chegando finalmente ao Brasil na Constituição de 1934, que menciona pela primeira vez uma ordem econômica e social (FERREIRA FILHO, 2010, p. 67).

Antes de 1934, assistência social era sinônimo de caridade e filantropia no Brasil, vinculada mais à instituições não governamentais, da iniciativa privada, e de instituições religiosas, historicamente responsáveis pelas atividades assistenciais. Por falta de norma positivada, o Estado estava isento dessa responsabilidade até o advento dessa Constituição. Ainda não se podia falar em assistência como um direito (SILVA, 2010, p. 1).

Apesar de positivada, a assistência ainda era praticada de forma indireta pelo Estado, que na maior parte das vezes subsidiava organizações filantrópicas, postura adotada no governo Getúlio Vargas (Lei nº 91/35). O grande avanço aconteceu em 1938, quando foi criado o Conselho Nacional de Serviço Social (CNSS), estabelecendo a ação conjunta entre governo e sociedade civil na elaboração e viabilização de políticas assistenciais.

Ainda que tratada com mais ou menos destaque em todas as constituições seguintes, a assistência social só assume papel verdadeiramente relevante na Constituição de 1988, que finalmente a consagra como direito fundamental, com a devida especificidade e relevância. No art. 6º, *caput*, do referido diploma, em peso de igualdade com outros direitos como educação, saúde, alimentação, etc., consta a "assistência aos desamparados" como um direito social.

2.1 Constituição Federal e Legislação Ordinária: Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS - Lei 8.742/93)

Tal como anteriormente explanado, a assistência social é um direito fundamental previsto na Carta Magna de 1988, que a regulou específica e detalhadamente, caracterizando-a como direito a prestações periódicas exigíveis exclusivamente perante o Estado.

A Seguridade Social na Constituição de 1988 envolve três áreas distintas, conforme estrutura e princípios previstos no art. 194 do documento: Saúde (arts. 196-200, CF); Previdência Social (art. 201-202, CF); e Assistência Social (art. 203-204, CF). Cabe ainda ressaltar que a Previdência é um sistema contributivo, sendo imprescindível que o segurado tenha contribuído para ter direito aos benefícios que pleitear, além de requisitos específicos. A saúde e a assistência social, por sua vez, não exigem o pagamento de contribuições. A saúde é oferecida a todos,

independente de contribuição e condição social. Já a assistência social só é oferecida para os necessitados.

É entendimento consolidado na doutrina que nem toda norma constitucional contempla em sua totalidade os direitos nela descritos. Algumas – verdadeiramente a maioria – dependem de lei posterior para regular ou restringir a aplicação desses direitos. Pode-se dividir em três tipos as normas constitucionais, segundo sua aplicabilidade: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Normas de eficácia limitada são as que têm aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. Apesar de presentes na Constituição, elas não têm o poder de gerar efeitos sem edição de lei infraconstitucional que a regule sua implementação na prática. Segundo Alexandre de Moraes, tais normas "somente incidem totalmente sobre esses interesses após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade (por exemplo: CF, art. 37, VII: o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica)" (MORAES, 2012, p. 12).

É fácil situar os dispositivos referentes a assistência social como normas programáticas de eficácia limitada, pois os arts. 203 e 204 trazem apenas as diretrizes a serem seguidas pelo legislador ordinário na confecção de lei que aborde o tema. A lei elaborada pelo legislador para tratar do tema é a 8.742/93, denominada Lei Orgânica da Assistência Social.

Tendo evoluído e passado por mudanças ao longo das diferentes Constituições, é com a edição Lei 8.742/93 (Assistência Social) que foi consolidada a assistência social no país. Apesar dos mais de 20 anos de existência, várias controvérsias acerca da LOAS permanecem. Introduziremos tópicos pertinentes da lei em questão, analisando suas diretrizes e suas controvérsias.

Dita o art. 1º da Lei 8.742 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**" (grifo nosso). Destaca-se no trecho acima a preocupação do legislador em atender as primordialidades dos necessitados, ou seja, criar um piso sobre o qual o indivíduo teria as condições mínimas para se desenvolver em sua totalidade, tal como ilustra Amartya Sen (2000, p. 52) ao dizer que "desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam". Ainda que o

autor não resuma sua tese meramente na questão econômica, Sen ressalta que a pobreza, a carência de oportunidades econômicas e a negligência dos serviços públicos são algumas das principais fontes de privação de liberdade. O ideário presente na lei e no pensamento do autor está alinhado com a teoria do **mínimo existencial**, da qual trataremos mais adiante em capítulo específico. Além disso, cabe o questionamento quanto à presunção de que o atual salário mínimo é capaz, nos dias de hoje, de garantir as necessidades vitais básicas do indivíduo a fim de permitir seu desenvolvimento, tal como prevê o art. 7º, IV, da Constituição Federal. Por fim, destaca-se o caráter não contributivo do benefício, não podendo o Estado exigir qualquer contraprestação do indivíduo para o recebimento do mesmo, desde que preenchidos seus requisitos.

O art. 2º trata dos objetivos da assistência social, dos quais destacamos o inciso I, alínea *e,* que prevê "a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família". Talvez o artigo mais controverso da lei, pois permite discussões sobre diferentes temas: quem é considerado idoso? E deficiente? Como comprovar que uma pessoa não tem condições de prover a própria manutenção? Não aprofundaremos a análise de todos os tópicos por não ser o enfoque do trabalho, mas o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) definiu em seu art. 34 como idoso apto a receber a LOAS aquele acima de 65 anos de idade, enquanto a questão da deficiência permanece controversa, cabendo a análise casuística dos diferentes tipos de deficiência – em síntese: é a pessoa que, em razão de sua deficiência, não tem condições de trabalhar e que depende, para praticar os atos ordinários da vida (higiene pessoa, locomoção etc), do auxílio de terceiros. O enfoque de nosso trabalho é o critério para definir a capacidade de promover a própria manutenção.

Ao tentar definir quantitativamente tal pretensão, o legislador definiu, no art. 20, § 3º da referida lei, que o 'critério de miserabilidade' seria o de renda mensal per capita da família não superior a ¼ de salário mínimo. Entendendo núcleo familiar como habitantes de uma mesma residência, isso significaria dizer que, em uma residência com três habitantes e em que apenas um deles recebesse um salário mínimo, nenhum membro estaria apto a receber o benefício de prestação continuada se fosse levado em consideração exclusivamente o critério quantitativo, já que ultrapassaria o limite do critério de miserabilidade, ainda que fosse idoso ou

portador de necessidades especiais. A rigorosidade do critério em questão afasta boa parte dos pleiteantes ao benefício, limitando o alcance da assistência social. Preocupados com essa barreira, alguns magistrados ampliavam por entendimento próprio o limite de renda per capita para até ½ de salário mínimo – ainda que com grande resistência de outros setores, como a Procuradoria do INSS, que alegava a ilegalidade das decisões e o ativismo judicial dos magistrados, que não aplicavam o critério definido pelo legislador. Tornou-se comum também, além do critério objetivo, a adoção do método de pesquisa social, onde um perito designado pelo juiz analisa a situação familiar do pleiteante para aferir a condição socioeconômica do pleiteante. Embora teoricamente mais justo, tal método esbarra na celeridade processual e na subjetividade dos critérios adotados pelo perito social.

3 Atuação do Judiciário

O presente capítulo visa demonstrar como o Supremo Tribunal Federal se posicionou nas diferentes vezes em que fora chamado a discutir a constitucionalidade do critério de miserabilidade na Lei Orgânica de Assistência Social, demonstrando todas suas mudanças de posicionamento, sempre em conformidade com o que entendia ser a realidade socioeconômica da sociedade à época de suas decisões.

3.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232-1/DF

A primeira vez que o Judiciário foi chamado a discutir a polêmica do critério de miserabilidade quanto a sua constitucionalidade foi na Ação Direita de Inconstitucionalidade 1232-1/DF, ajuizada em 1998 pelo Procurador Geral da República à época, tendo o Supremo Tribunal Federal se pronunciado pela manutenção do critério e pela constitucionalidade do mesmo.

Na presente ação, o então Ministro do STF Maurício Corrêa indeferiu o pedido de medida cautelar de suspensão de eficácia do dispositivo impugnado (art. 20, § 3º da LOAS), decidindo pela manutenção do critério adotado pelo legislador: “o legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional”. Tal decisão está alinhada com a crítica de alguns setores sobre a prática do ativismo

judicial de alguns magistrados, da qual falaremos adiante. O Presidente da República ofereceu parecer similar ao do Ministro, no sentido da improcedência da ação, tal como também fizeram o Presidente do Congresso Nacional e a Advocacia Geral da União.

A contribuição inovadora da presente ação foi o posicionamento do Ministro Ilmar Galvão, que argumentou pela insuficiência do critério como única forma de aferir a miserabilidade do indivíduo, considerando o parâmetro mera presunção relativa.

> Com efeito, se se entender – como parece ter entendido a representação acolhida pelo Exmo. Sr. Procurador Geral da República – que o § 3º do art. 20 da Lei 8.742, de 1993, esgota o rol das possibilidades de comprovação de falta de meios, para o deficiente se manter ou ser mantido pela família, então, realmente, essa norma há de ser tida **inconstitucional**, na medida em que se terá revelado flagrantemente **limitadora** ("considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência . . . a família cuja renda mensal per capita seja **inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo**") de garantia constitucional **ilimitada** ("a quem dela necessitar").
> "Entretanto, se se entender que o mesmo § 3º do art. 20 da Lei Federal nº 8.742, de 1993, ao contrário de estar **instituindo caso único** de possibilidade de prova de tal falta de meios e de estar **excluindo outras possibilidades**, nada mais faz do que meramente instituir caso de **PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE** de insuficiência de meios familiares, para manutenção do portador de deficiência, então **nenhuma inconstitucionalidade** poderá ser entrevista. (Supremo Tribunal Federal, ADI 1232-1/DF, 1998)

Prevaleceu, no entanto, o entendimento do Ministro Nelson Jobim, no sentido de que competiria ao legislador definir como melhor entendesse o critério a ser utilizado, não sendo papel do Judiciário expandir o parâmetro legal.

> Compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a lei resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 1232-1/DF, Relator: Ministro Ilmar Galvão, 1998).

3.2 Recursos Extraordinários e o novo posicionamento do STF

Mesmo com o tema julgado, a divergência jurisprudencial – a citar por exemplo o Recurso Especial 1.112.557/MG, em que o Ministro Relator Napoleão Nunes se posicionou pela insuficiência do critério objetivo na análise de miserabilidade, entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça à época, segundo o próprio magistrado –, a mudança na composição do STF e contínuas ações contra o INSS

questionando a constitucionalidade do critério quantitativo levaram o tribunal a declarar a repercussão geral do Recurso Extraordinário 567.985/MT, trazendo de volta a discussão sobre o tema.

No recurso em questão, o autor questionou a posição do INSS em utilizar o critério quantitativo como parâmetro absoluto, alegando ser responsabilidade do Judiciário adequar tal critério à diretriz constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), cumprindo o disposto no art. 203 da Carta Magna.

A autarquia-ré INSS, por sua vez, argumentou que o Colegiado não pode adotar no aferimento de pobreza critério diferente do previsto na lei regente, considerando a norma constitucional como de eficácia limitada e, portanto, passível de ser regulado conforme melhor entender o legislador ordinário. Ressalva ainda o decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.323/DF, quando o tribunal decidiu não ser função do Judiciário ampliar por conta própria o âmbito de incidência da lei e a obrigação de aplicar estritamente as regras estabelecidas na Lei 8.742.

O Defensor Público-Geral da União sustentou em sua participação a necessidade do STF rever o pronunciamento concernente à Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232-1/DF, considerando as mudanças no cenário socioeconômico do país na época e na data do então julgado, alegando que “um ¼ do salário mínimo não se mostrava mais como padrão adequado à aferição de miserabilidade preconizada no artigo 203, inciso V, do Texto Maior”, defendendo a utilização de novos métodos de aferição.

Outro forte argumento foi o do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, que defendeu que o aumento provocado pela expansão do parâmetro “representaria crescimento real de 48% no orçamento público, correspondente a custo adicional de 8,9 bilhões de reais. Tal quantia não chegaria a ser 3% do orçamento previdenciário total, consistindo em gasto absorvível pela capacidade financeira da União”.

Passado o relatório, o voto do Ministro Marco Aurélio revelou a nova mentalidade do tribunal, preocupado não mais apenas com a ficção jurídica, mas também com a análise do mundo dos fatos:

> Mostra-se natural e desejável que certos conteúdos constitucionais sejam interpretados à luz da realidade concreta da sociedade, dos avanços culturais e dos choques que inevitavelmente ocorrem no exercício dos direitos fundamentais previstos apenas de modo abstrato na Carta (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 567.985/MT, 2008).

O Ministro ainda esvaziou as críticas de suposto ativismo judicial do STF, alegando ser responsabilidade daquela corte interpretar as normas constitucionais:

> Todavia, ao lado da interpretação constitucional feita pelos outros Poderes da República, o intérprete último da Carta é o supremo. Cumpre ao Tribunal sopesar, com fase nos preceitos do Diploma Maior, as concretizações efetuadas pelo legislador. Nessa relação de tensão entre a normatividade constitucional, a infraconstitucional e a facticidade inerente ao fenômeno jurídico, incumbe-lhe conferir prioridade à tarefa de resguardar a integridade da Carta. Sem esse controle, prevaleceria a interpretação do texto constitucional conforme à lei, a revelar abandono da rigidez própria daquele (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 567.985/MT, 2008).

Ao defender seu posicionamento, o Ministro utiliza de forma crítica o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, tão esvaziado por exageradamente utilizado, lembrando a lição de Immanuel Kant de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, sendo a dignidade um valor intrínseco da humanidade. Segundo essa linha de pensamento, lhe parece impossível delimitar a análise da miserabilidade a um critério que não contemple em sua totalidade o objetivo da norma constitucional: amparar um ser humano desprovido inclusive dos meios físicos para garantir o próprio sustento. Utiliza também o argumento da solidariedade social, defendendo a ideia de que é obrigação do indivíduo a preocupação com outros indivíduos inseridos na mesma sociedade que a sua, um "valor comunitário" da dignidade humana, presente no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal. Finalmente, utiliza o argumento do mínimo existencial, segundo o qual "existe certo grupo de prestações essenciais básicas que se deve fornecer ao ser humano para simplesmente ter capacidade de sobreviver e que o acesso a tais bens constitui direito subjetivo de natureza pública" – independente do argumento da reserva do possível, acrescentaríamos nós.

Por fim, o Ministro questiona a suficiência do critério na totalidade dos casos ao usar como exemplo o caso concreto que deu origem à ação, em que a requerente, que morava com seu esposo e um filho deficiente, teve o pleito de seu benefício negado por ultrapassar em R$ 17,00 o limite do parâmetro legal – na época, recebia aposentadoria no valor de R$ 400,00, correspondente a R$ 133,00 *per capita*, tendo o salário-mínimo da época o valor de R$ 350,00 e, portanto, excedendo infimamente o limite de R$ 116,00, segundo os critérios adotados pela lei. Levando em consideração o avanço da inflação e os reajustes insuficientes do salário mínimo, entendeu que a quantia prevista em lei era insuficiente para superar a linha da

pobreza. Além disso, ressaltou o perigo em reduzir miserabilidade unicamente ao critério de renda, uma vez que situações específicas, como no caso de uma família de membros com necessidades especiais ou com idosos em situação de saúde debilitada, podem significar um aumento anormal nos gastos do núcleo familiar em comparação com outras famílias.

Citados os principais argumentos favoráveis e contrários à expansão do critério legal, o magistrado apresenta sua posição favorável à expansão, fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana:

> No confronto de visões, há de prevalecer aquela que melhor concretiza o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana – cuja aplicação é prioritária no ordenamento jurídico. Quanto às considerações concernentes à segurança jurídica e isonômica, também elas hão de ceder frente àquele princípio maior (Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 567.985/MT, 2008).

Afastou também o argumento da reserva do possível:

> Três razões levaram-me a assentar a improcedência da crítica [sobre a reserva do possível]. A uma, porque o benefício assistencial tem natureza restrita, não basta a miserabilidade, impõe-se igualmente a demonstração da incapacidade de buscar o remédio para tal situação em decorrência de especiais circunstâncias individuais. Elas gozam de evidente prioridade na ação do Estado, assentada pelo próprio texto Constitucional. (...)
>
> A duas, porquanto a superação da regra legal há de ser feita com parcimônia. Observem que cumpre presumir aquilo que normalmente acontece na interpretação do Direito: que juízes bem-intencionados vão apreciar, consoante a prova produzida no processo, a presença do estado de miséria, considerados os demandantes. O normal é a atuação de boa-fé. Além disso, vale ressaltar que o critério de renda atualmente fixado está muito além dos padrões para fixação da linha da pobreza internacionalmente adotados. Esse elemento faz crer que a superação da regra será realmente excepcional.
>
> A três, finalmente, porque o orçamento, embora peça essencial nas sociedades contemporâneas, não possui valor absoluto. A natureza multifária do orçamento abre espaço para encampar essa atividade assistencial que se mostra de importância superlativa no contexto da Constituição de 1988 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 567.985/MT, Relator: Ministro Marco Aurélio, 2008).

A decisão foi no sentido de declarar a nulidade do critério no caso em questão, ainda que, na opinião fundamentada do magistrado, a mera declaração de nulidade seja insuficiente para superar a inconstitucionalidade decorrente de omissão. Acrescentou ainda que era função dos magistrados, por meio do controle difuso de constitucionalidade, declarar a inaplicabilidade da regra em caso de inconstitucionalidade. A decisão inovou no sentido de admitir o uso de outros meios

para aferição da hipossuficiência quando o magistrado da causa entender a presunção absoluta como insuficiente no caso concreto.

Outro importante julgado do tema foi o do Recurso Extraordinário 580.963/PR, também com repercussão geral, em que o Ministro Gilmar Mendes se posicionou pelo "esvaziamento da decisão tomada na ADI 1.232/DF, especialmente por verificar que inúmeras reclamações ajuizadas teriam sido indeferidas a partir de circunstâncias específicas". Também chamou atenção para um processo de inconstitucionalização do critério, alegando que "a jurisprudência atual superaria, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados...". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 580.963/PR, Relator: Ministra Carmen Lúcia, 2008).

3.3 Súmula 11 e adoção do método de Pesquisa Social

A contribuição do posicionamento em voto vencido do Ministro Ilmar Galvão na ADI 1232-1/DF, do Ministro Marco Aurélio na decisão do Recurso Extraordinário 567.985/MT e do Ministro Gilmar Mendes na decisão do Recurso Extraordinário 580.963/PR, somado às diversas mudanças na jurisprudência nacional, motivaram anos mais tarde a edição da Súmula 11 da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, com o seguinte texto:

> A renda mensal per capita familiar superior a ¼ do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742, de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.

A pesquisa social é realizada da seguinte maneira: um perito social, nomeado pelo juiz, é designado para realizar uma visita na residência da reclamante ao benefício, mediante prévio contato por telefone ou outra forma que conste nos autos. Munida dos devidos documentos probatórios de sua condição socioeconômica, a parte autora deve responder os questionamentos do perito, que utiliza a pesquisa de campo como instrumento metodológico, mediante entrevista e observação sistemática. Os aspectos considerados são o histórico e composição familiar, infraestrutura e condições gerais da moradia, meios de sobrevivência e renda per capita do grupo familiar. Observados devidos aspectos, o perito formula um laudo socioeconômico a ser encaminhado para o juiz, respondendo os quesitos do magistrado e das partes. Baseado na pesquisa social e no laudo médico - este

último apenas em caso de benefício para portadores de necessidades especiais, já que o LOAS idoso exige apenas a comprovação de idade superior a 65 anos -, o magistrado formará seu entendimento para decidir a causa. É importante ressaltar que o laudo não vincula a decisão do juiz, que tem liberdade de acatar ou não a sugestão do perito.

Em média, o tempo decorrido entre o despacho do juiz solicitando a pesquisa e o laudo do perito não chega a um mês. A celeridade processual não é afetada.

Apesar do cancelamento da súmula 2 anos após sua edição, em abril de 2006, a hermenêutica utilizada pelo STF ao analisar o referido dispositivo no acórdão do caso foi um importante marco para mudanças na concessão benefício assistencial, uma vez que passa a ser utilizada a pesquisa social como forma alternativa de aferir a miserabilidade do indivíduo, não mais apenas o critério objetivo. Não livre de críticas dos defensores do uso estrito do texto legal, vários magistrados utilizam até hoje o mencionado método.

3.4 Declaração de Inconstitucionalidade do § 3º, do artigo 20, da LOAS

Apesar da gradual tendência do STF em decidir pela insuficiência do critério legal, foi apenas em 18 de abril de 2013, no julgamento da Reclamação 4374, que o plenário do STF confirmou por maioria de votos a inconstitucionalidade do § 3º, do artigo 20, da LOAS, por considerar que esse critério estaria defasado para caracterizar a situação de miserabilidade.

A Reclamação em questão foi ajuizada pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) com objetivo de suspender o pagamento de um salário mínimo mensal a um trabalhador rural de Pernambuco, benefício concedido por decisão da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Pernambuco. O INSS alegava afronta da decisão judicial ao entendimento da Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232, já que a renda do trabalhador em questão era superior ao previsto no critério legal, considerado constitucional pela Suprema Corte na época da ADI.

Na Reclamação em questão, o Ministro Relator Gilmar Mendes elogiou os juízes que interpretam os casos além do critério taxativo da lei no que descreveu como uma “atuação corajosa da magistratura de primeira instância, na tentativa de remediar um gravíssimo problema social que se notabiliza com uma soma de

injustiças, decorrente de uma desencontrada relação entre a letra objetiva da lei e a vontade da Constituição", valorizando sempre as técnicas hermenêuticas de interpretação de normas constitucionais em detrimento da análise da letra fria da lei na busca da justiça – postura, entendemos, irretocável. Ressalta também como a insuficiência do citado critério provocou, no recente contexto histórico, incontáveis ações tratando do mesmo tema, não tendo a decisão proferida no julgamento da ADI 1.232 resolvido a controvérsia, razão pela qual urge uma nova interpretação do dispositivo legal.

Ao defender a ampliação do critério legal, o Ministro cita a proliferação de leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, como o Bolsa Família (Lei 10.836/2004), o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (Lei 10.689/2003), o Bolsa Escola (Lei 10.219/2001), entre outros.

Listados, entre tantos outros, os principais motivos para a mudança de posicionamento, argumentou o Ministro que cabia àquele tribunal a revisão da decisão na ADI 1.232 pelo que chamou de "processo hermenêutico de reinterpretação" e "processo de mutação constitucional", capaz de redefinir o conteúdo e o alcance, ou até mesmo a superação, total ou parcial, de uma antiga decisão do mesmo tribunal.

Quanto à possibilidade do tribunal de rever casos em que já fora declarada constitucional a lei, o Ministro esclarece que é inadmissível a aferição repetida de sua constitucionalidade, salvo em caso de "significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes", quando se torna plenamente legítimo. A Reclamação, justamente por ser instrumento de observância do cumprimento de Emendas Constitucionais, segundo o previsto na EC n. 45/2004, tem o poder de declarar nulo ou não o ato administrativo contrário a entendimento previsto em súmula vinculante, conforme decida o STF em discussão sobre sua constitucionalidade.

> A tendência hodierna, portanto, é de que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da ordem constitucional como um todo (Supremo Tribunal Federal, Rcl 4374, 2013).

Estabelecido a possibilidade de revisão de declaração anterior, prosseguiu o magistrado na constatação de omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar o comando do art. 203, V, da Constituição:

> Naquela ocasião [do julgamento da ADI 1.232], o Tribunal proferiu decisão pela improcedência da ação direta, mas não deixou de constatar que o dispositivo questionado – o art. 20 da Lei nº 8.742/93 – era insuficiente para cumprir integralmente o comando constitucional do art. 203, V, da Constituição da República.
> A prevalência da solução lógica [do Ministro Nelson Jobim e maioria do plenário, no sentido de que competia ao legislador e não ao Judiciário definir o alcance e os moldes da lei] não foi capaz de dar uma resposta satisfatória para o problema – por todos reconhecido – da insuficiência da legislação. A atitude de *self restraint* acabou deixando aberta a questão quanto à omissão legislativa no cumprimento do inciso V do art. 203 da Constituição. A Corte proferiu uma decisão consistente, em fundamentada do ponto de vista lógico, mas não resolveu o problema constitucional (substancial) que lhe foi posto naquela ADI 1.232 (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 4374, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2013).

Mendes lembrou ainda o voto do Ministro Sepúlveda Pertence que não considerou o critério objetivo inconstitucional por si só, mas reconheceu a omissão legislativa do mesmo, ainda que nada pudesse fazer por não se tratar do instrumento de controle de constitucionalidade adequado para a solução do caso – deveria ser discutido em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), não por uma ADI.

A decisão de simplesmente julgar a ação improcedente na ADI 1.232, no entanto, deixou a questão em aberto. Se há omissão, abre-se razão para as mais diversas decisões de magistrados e tribunais, conforme melhor interpretarem a Constituição. Se interpretada como documento garantidor de direitos, que busca a constitucionalização de direitos sociais que visam reduzir as desigualdades existentes no país, não resta dúvida que a solução mais justa seria ampliar o critério restritivo. Embora de difícil aplicação, o Ministro lembra a lição de Peter Häberle, afirmando que "*tanto a teoria da Constituição como o tipo de Estado constitucional devem conceder ao ser humano um espaço para um "quantum de utopia", não só na forma de ampliação dos limites das liberdades, mas, também, de uma maneira mais intensa, na medida em que os textos constitucionais disponham sobre esperanças*". O ideário da concretização de direitos prevalece sobre as dificuldades de aplicação. "O benefício e seu correspondente valor estão consagrados na Constituição e assim ficam protegidos contra qualquer tentativa de reforma", como bem ressalta o Ministro. Atacar a posição do legislador ordinário não seria, portanto, uma ingerência do Judiciário, mas apenas a constatação de que houve algo que o Ministro denomina "proibição de proteção insuficiente" em relação ao direito fundamental, gerando estado de omissão inconstitucional, passível de análise do STF.

Por fim, o Ministro defendeu a adoção de uma forma alternativa de sentença aditiva, na qual a Suprema Corte não declararia a nulidade do dispositivo infraconstitucional, apenas declararia sua inconstitucionalidade e o manteria válido para que Executivo e Legislativo competente, até 31 de dezembro de 2015, redigissem novo texto de lei sobre o tema. A proposta, no entanto, não alcançou o quórum para modulação de 2/3 dos ministros da Suprema Corte, restando a polêmica decidida pela inconstitucionalização do critério, mas sem declaração de sua nulidade e sem previsão para que nova lei que trate do tema seja editada.

4 Conflito de Teses

As decisões do Supremo Tribunal Federal denotam como o tema gira em torno de três teses fundamentais, duas contrárias e uma a favor da expansão do critério quantitativo presente em lei: o ativismo judicial, a reserva do possível e o mínimo existencial, respectivamente. Conquanto tenham relevância diferenciada nas diversas discussões do Direito, a prevalência de um sobre outro não significa necessariamente que prevalecerá sobre os demais em todos os casos. O objetivo do presente capítulo é demonstrar como, no caso em questão, prevalece a teoria do mínimo existencial sobre aos outros argumentos de justificação contrários à expansão do parâmetro quantitativo, fazendo uma breve análise de cada uma das teorias em seus conceitos e aplicação.

4.1 Ativismo Judicial

A primeira crítica à ideia do Judiciário reformando o critério legal é a crítica ao ativismo judicial. Simplificadamente, o conceito de ativismo judiciário, produto de inovações na interpretação das leis e tendência do neoconstitucionalismo, é a ingerência do Poder Judiciário nas funções do Poder Legislativo. É a postura proativa dos julgadores, interferindo de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes (Paganelli *et al*., 2011). Tal prática supostamente fere o princípio constitucional da separação dos poderes, que dita os limites de atuação de cada poder para que todos atuem harmonicamente. Outro princípio afetado seria o princípio democrático da participação indireta, segundo o qual o Legislativo – e

não o Judiciário – é o verdadeiro legitimado a legislar, razão da crítica sobre a judicialização da política.

No caso em questão, os principais expoentes da crítica ao ativismo judicial são os então Ministros no julgamento da ADI 1.232/DF, de 1995, Maurício Correa e Nelson Jobim. Como já citado no capítulo anterior, o Ministro defendeu que "o legislador ordinário, bem ou mal, mas cumprindo o dever de editar a lei, estabeleceu um parâmetro, que teve a virtude de dar eficácia à norma constitucional". Nesse sentido se posicionou também o Ministro Nelson Jobim, segundo o qual "compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a lei resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei", não cabendo ao Judiciário questionar uma decisão política que tenha seguido as normas formais do processo legislativo.

Há, segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, uma importante distinção entre judicialização da vida e ativismo judicial: enquanto a judicialização se justifica pela própria Constituição e consiste na transferência para o Judiciário das funções típicas dos outros Poderes do Estado, inovando sempre que não houver previsão legal sobre tema previsto na Carta Magna, o ativismo judicial se caracteriza por uma postura de interpretação mais expansiva do que a que caberia ao Poder Judiciário, geralmente provocada pelo distanciamento entre as pretensões civis e a vontade política do Legislativo. Nesse sentido, a postura do STF no caso poderia ser considerada ativista.

Refutamos as críticas e, com a devida vênia, o posicionamento dos Ministros no julgamento do caso. Se é bem verdade que o ativismo judicial é causa de sentenças aditivas com as quais o maquinário público não possui verbas para lidar, há um sério risco em delimitar categoricamente a atuação do Judiciário para longe da atividade legislativa. A própria função jurisdicional não se limita a julgar casos apenas segundo análise da legislação vigente, sob o risco de ignorarmos importantes avanços da jurisprudência, que inovou em diversos casos em que a legislação não contemplava os avanços da sociedade. O próprio ordenamento jurídico prevê hipóteses em que a atuação do Judiciário sobre o Legislativo se faz necessária, do contrário não existiria controle repressivo de constitucionalidade, por exemplo. Ademais, constatada insuficiência da atividade legislativa em face de preceito constitucional, é indispensável que a Suprema Corte haja em defesa da Carta Magna. É, em última análise, uma questão de ponderação: admitir o Judiciário como "legislador negativo" certamente teria consequências negativas, mas a não

concretização de direitos fundamentais, como é, no caso, o direito à assistência social, seria ainda mais perigoso. Parafraseando o Ministro, bem ou mal, enquanto não for adotado critério mais adequado à separação de fato dos poderes, a declaração de inconstitucionalidade de leis que contrariem preceitos constitucionais, seguida de posterior remissão ao Legislativo para que novo texto legal seja elaborado, ainda nos parece mais justo que aceitar um dispositivo inconstitucional. O próprio Ministro Luís Roberto Barroso justificou, em sua sabatina, posturas similares da Suprema Corte: “Onde haja o direito fundamental de uma minoria em jogo, o Judiciário deve ser mais diligente e atento”. Não restam dúvidas de que portadores de deficiência e idosos se encaixem em tal preocupação.

4.2 Reserva do Possível

O princípio da "reserva do possível" regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no tocante à efetivação de alguns direitos (especialmente em relação a direitos de segunda geração, como é o direito à assistência social, no caso em questão). A construção do princípio teve origem na doutrina alemã, notadamente nos anos 70, com o caso que ficou conhecido como “numerus clausus”, que discutia a limitação do número de vagas nas universidades públicas alemãs. Segundo a Corte constitucional alemã, o direito à prestação positiva exigível perante o Estado depende da reserva do possível, ou seja, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, segundo os recursos que o Estado tenha à sua disposição (SARLET, 2005, p.265). Embora positivados constitucionalmente, a efetivação de alguns direitos estaria submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível (MENDES, 1999) A teoria não se limita, portanto, meramente à disponibilidade de recursos que o Estado venha a dispor, senão também pela razoabilidade da pretensão do reclamante.

O principal expoente da tese da reserva do possível no caso em questão foi o Ministro Ricardo Lewandowski, que argumentou em seu voto contra a expansão do critério quantitativo, ressaltando os riscos de se criarem despesas adicionais ao erário público, especialmente em tempos de crise.

Em defesa da expansão do critério, defendemos a tese da prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ainda que pareça subjetivo por não haver até hoje conceito definido do que seja dignidade da pessoa humana, a

importância desse princípio reside no entendimento de que é obrigação do Estado, por meio de políticas públicas, garantir o mínimo existencial à parcela mais necessitada de sua população. Nesse sentido, vale mencionar a lição de Sarlet (2005, p. 118):

Uma outra dimensão intimamente associada ao valor da dignidade da pessoa humana consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, **a um sistema efetivo de seguridade social**, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguração de uma existência com dignidade (grifo nosso).

Tendo em conta as origens da teoria, a reserva do possível não se aplica a reclamação em questão, pois é completamente razoável exigir do Estado prestações mínimas para a manutenção da vida. Ademais, como bem constatou o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero no julgamento dos Recursos Extraordinários anteriormente citados, o aumento de gastos provenientes da expansão do critério legal não chegaria a representar 3% do orçamento previdenciário total, sendo perfeitamente absorvível pela capacidade financeira da União. Não resta dúvida, portanto, que um critério que não contemple o mínimo devido pelo Estado à sua população não pode prevalecer. Talvez o contexto da época em que fora elaborado justificasse sua manutenção, mas não é mais o caso. Em um embate entre o argumento da reserva do possível e o do mínimo existencial, entendemos prevalecer o último, especialmente quando a lógica demonstra que sequer é aceitável alegar a reserva do possível. Expandir o critério legal nada mais é que trazer para o contexto atual um texto legal obsoleto.

4.3 Mínimo existencial

A teoria jurisprudencial do mínimo existencial argumenta que a dignidade da pessoa humana, preceito ético e fundamento constitucional, exige do Estado não apenas o respeito e proteção relativos aos direitos de abstenção, chamados direitos fundamentais de primeira geração, mas também a garantia de efetivação dos chamados direitos sociais, de segunda geração. Trata-se da garantia e preservação de condições mínimas para uma vida digna, de assegurar o acesso a condições materiais mínimas dos cidadãos para realização pessoal. É, segundo Ingo Sarlet

(2005, p. 93), não apenas "um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana, [...] mas uma vida com dignidade, no sentido de vida saudável".

As origens da teoria residem nas ideias de dois filósofos: John Rawls e Immanuel Kant. Kant, ao definir o homem como um fim em si mesmo – e não uma função do Estado –, atribui ao ser humano uma dignidade ontológica, intrínseca. A partir dessa construção ideológica é que pode se exigir que o direito e o Estado estejam organizados em benefício dos indivíduos e não o contrário. Rawls, por sua vez, estabelece sua ideia de justiça a partir do mínimo existencial, a que ele define como condições prévias para o exercício dos direitos fundamentais, sendo que abaixo de um certo nível de bem-estar material e social, de treinamento e de educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais.

A decisão dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários e da Reclamação supramencionada está alinhada com a teoria do mínimo existencial. Ainda que a expansão do critério quantitativo para além de seu texto original signifique gastos adicionais ao erário público, prevalece o ideário de concretização do direito fundamental à assistência social, presente na Constituição Federal. Ademais, como já explanado anteriormente, o aumento nos gastos com benefícios de prestação continuada não significaria um gasto maior do que a União seria capaz de suportar. O texto de nossa Carta Magna deixa claro um dos objetivos de nosso ordenamento jurídico como norteador da sociedade: promover a justiça por meio da inclusão social. Garantir as condições mínimas para uma existência digna é uma obrigação perante a sociedade da qual o Estado não pode se omitir com a desculpa de que o Legislativo entendeu ser melhor assim. Há tempos discute-se a crise de legitimidade do Legislativo e, ainda que boa parte dessas críticas valha também para o Judiciário, nos parece que sua decisão de renovar um critério obsoleto reflete muito mais os anseios da sociedade que obedecer a um texto de lei estagnado em nome de uma suposta obediência a princípios constitucionais. Fosse esse o casso, ainda defenderíamos o princípio que entendemos mais importante no ordenamento jurídico e aquele que deve nortear o processo legislativo em todas suas fases: o princípio da dignidade da pessoa humana.

5 Considerações finais

Diante deste cenário, em que pesem as válidas críticas quanto à recente tendência ao ativismo da Suprema Corte, entendemos que deve prevalecer o entendimento atual no sentido da inconstitucionalidade do § 3º, do artigo 20, da LOAS.

A realidade social não pode ser refém de um texto legal obsoleto. Se é bem verdade que não cabe ao Judiciário legislar, muito pior seria manter um critério injusto. A alternativa buscada pelo Ministro Gilmar Mendes, de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, mas sem declarar sua nulidade, remetendo o texto ao Congresso Nacional para que seja revisado, nos parece a ideal. Lamentavelmente, a proposta não alcançou o quórum de modulação necessário, provavelmente pela adesão majoritária à corrente defensora de que o Judiciário pode apenas constituir o Legislativo em mora – o que na prática não tem efeito algum –, não podendo estabelecer prazos para o exercício de sua função. Em uma época de vívidas discussões sobre a esfera e os limites da atuação de cada Poder, alternativas que busquem o diálogo entre eles ainda nos parecem a melhor opção.

Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 4374**, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/rcl4374.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.963/PR**, Relator: Ministra Carmen Lúcia, 2008. Disponível em: http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14770137/recurso-extraordinario-re-580693-pa-stf

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1232-1/DF**. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 1998. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 567.985/MT**, Relator: Ministro Marco Aurelio, 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/re567985.pdf

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula 11, de 05 de abril de 2004**. Disponível em: https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 12 ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Revista Jurídica Virtual**. Edição 1: Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

PAGANELLI, Celso Jefferson Messias; IGNÁCIO JUNIOR, José Antônio Gomes; SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Ativismo Judicial: Paradigmas Atuais**. 1. Ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.